

PERDIDA DE INVESTIDURA – Violación del régimen de inhabilidades / CAUSAL DE PERDIDA DE INVESTIDURA ESTABLECIDA POR ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2009 - No podrá ser congresista quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño / CAUSAL DE PERDIDA DE INVESTIDURA ESTABLECIDA POR ACTO LEGISLATIVO 01 de 2009 – Debe ser interpretada restrictivamente y por tanto, el pago del “valor del daño” será el fijado en la correspondiente sentencia condenatoria.

Las pruebas allegadas demuestran fehacientemente que el Congresista demandado Romero Piñeros realizó un pago al hospital San Rafael de Tunja, por la suma de \$92'866.741,06 pesos m/cte, mediante 8 consignaciones bancarias efectuadas entre el 12 y el 14 de junio de 2007. A juicio de la Sala, dicho pago constituye evidencia inequívoca de que el Congresista demandado pagó “con cargo a su patrimonio el valor del daño” al que le condenó el Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual ascendía exactamente a la suma mencionada. La Sala considera que para los efectos de la causal de inhabilidad, tal y como fue instituida por el Constituyente en el artículo 122 in fine de la Constitución Política, el juez ha de estarse en estricto derecho al quantum al que ascendió la “reparación patrimonial” a la que el Tribunal condenó al servidor público, pues eso fue exactamente lo que este dispuso al consagrar positivamente su contenido normativo. En ese mismo orden de ideas, lo que el juez ha de constatar para efectos de la verificación del hecho exonerativo, es si el condenado asumió “con cargo a su patrimonio el valor del daño.” En el mismo sentido, juzga la Sala que, para los efectos de la causal de inhabilidad en estudio, “el valor del daño” no puede ser otro que el valor de la “reparación patrimonial” que fijó el Tribunal en la sentencia condenatoria. Se reitera que por tratarse de una norma de carácter sancionatorio, debe interpretarse en forma restrictiva, en los precisos y estrictos términos en fue instituida por el Constituyente. Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a sostener que a la luz de los precisos términos de la previsión normativa que corresponde a la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 122 in fine CP, conforme rezan los claros términos de su tenor literal, el Constituyente no erigió el pago de los intereses en elemento integrante del supuesto fáctico configurativo de la causal de inhabilidad invocada. (...) Quedó plenamente demostrado que el fallo del Tribunal Administrativo de Boyacá por el cual el parlamentario demandado fue declarado patrimonialmente responsable y fué condenado a pagar al Hospital San Rafael de Tunja la suma de \$92.866.741,06 como consecuencia de una acción de repetición, fue cabalmente cumplido por éste, toda vez que con cargo a su patrimonio efectuó el pago total de “el valor del daño” no puede ser otro que el valor de la “reparación patrimonial” a la cual fue condenado, según se definió en el resuelve del referido fallo. Fuerza es, entonces, concluir que no se configura la causal de pérdida de la investidura alegada comoquiera que en el caso analizado se verificó la ocurrencia del hecho exceptivo que enerva la configuración del supuesto fáctico de la causal de inhabilidad alegada.

PERDIDA DE INVESTIDURA – Violación del régimen de inhabilidades / ACTO LEGISLATIVO 01 de 2009 - Origen de la causal de inhabilidad establecida en esta norma / CAUSAL DE PERDIDA DE INVESTIDURA – No podrá ser congresista quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el demandado estaba o no inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara, en virtud de lo establecido en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política. A esos efectos, debe la Sala comenzar por determinar: (i) si la inhabilitación instituida en el artículo 122 de la Constitución in fine se configura en virtud de una sentencia condenatoria en firme dictada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en acción de repetición. En caso afirmativo, le corresponderá entonces esclarecer si, con base en las pruebas obrantes en el expediente y a la luz de las garantías procesales que gobiernan los procesos de pérdida de la investidura –en especial, la de interpretación restrictiva de las causales de inhabilitación, la de tipicidad de la conducta constitutiva de falta y el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, el pago efectuado por el condenado, por el monto neto ordenado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia sin intereses, configura el supuesto que enerva la configuración de la causal, en cuanto al cumplimiento de la obligación, debiéndose en consecuencia declararse que asumió con su patrimonio el valor del daño. (...) El artículo 122 in fine de la Constitución Política, establece una causal de inhabilitación diferente a las consagradas en el artículo 179 ibídem, la cual dispone que no podrá ser congresista una persona que haya causado una condena patrimonial al Estado, con ocasión de una conducta calificada como dolosa o gravemente culposa en una sentencia judicial ejecutoriada. En concepto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la inhabilitación instituida en el artículo 122 de la Constitución in fine, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2004, se configura en virtud de una sentencia condenatoria en firme dictada también por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en acción de repetición. Así lo dejó claramente definido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 22 de septiembre de 2009 (C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón) en la que confirió este alcance al supuesto fáctico de la causal de inhabilitación en estudio. (...) El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política tuvo como origen el Acto Legislativo No. 1 de 2004, relativo a la pérdida de derechos políticos. En efecto, el artículo 1º de este Acto Legislativo consagró: “Artículo 1º. Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.” En el historial del proceso de formación del acto de reforma constitucional no consta que el Constituyente hubiese circunscrito la inhabilitación contemplada en la segunda parte del inciso quinto del artículo 122 constitucional, a que la sentencia judicial condenatoria fuese de carácter penal. Refuerza este aserto el que con la modificación introducida por el artículo 4º del Acto Legislativo 01 de 2009, el texto del inciso 5º del artículo 122 se separó en dos incisos (5º y 6º), de modo que quedaron claramente diferenciadas las conductas constitutivas de infracción a la ley penal, de las de naturaleza ajena a ese carácter. En ninguno de los debates del proyecto de reforma al inciso quinto, se consideró que la sentencia de la que se habla en la parte final de ese inciso tuviese que ser de naturaleza penal. Aunque no se consignó una explícita explicación, de los numerosos debates sobre el artículo 4º del Acto Legislativo 01 de 2009 se infiere que se optó por separarlos habida cuenta de que entre los incisos 4º y 5º no existía una relación de dependencia jurídica ni finalística. A la postre ello condujo a

que se consagraran positivamente como reglas jurídicas autónomas e independientes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 122

ACCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Procedencia y finalidad

La Constitución Política de Colombia consagra las causales de pérdida de investidura (Art. 183) y establece que cualquier ciudadano o la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente puede solicitar la pérdida de investidura de los congresistas (Art. 184); o también puede ser solicitada por el Procurador General de la Nación, directamente o por intermedio de sus delegados (Art. 277, numerales 6 y 7). La Sala Plena Contencioso Administrativa ha reiterado en varias ocasiones el carácter de mecanismo de control ético que tiene esta acción pública y su consecuente finalidad de purificar las costumbres políticas, rescatar la dignidad e imagen del Congreso de la República y enaltecer la dignidad del Congresista, así como asegurar la necesaria dedicación de sus integrantes a las funciones que les corresponde cumplir por mandato de la Constitución y la ley.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 184 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 237 / LEY 144 DE 1994 – ARTICULO 1

ACCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Inexistencia de cosa juzgada en relación con la acción de nulidad resuelta con fundamento en la misma causal de inhabilidad / ACCION DE NULIDAD ELECTORAL Y ACCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Diferencias

Sea lo primero advertir que en el presente caso en el que se alega la configuración de la inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, no se configura el fenómeno de la cosa juzgada –ni se viola el principio de non bis in idem– por el hecho de que, de forma previa, la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011, fallara la acción de nulidad de la elección del congresista Rafael Romero Piñeros, deprecada con base en la misma causal de inhabilidad que ahora se estudia en sede de la acción de pérdida de investidura. En efecto, la Sala considera que el fenómeno de la cosa juzgada no se configura en el caso concreto pues, como lo han puesto de presente tanto esta Corporación como la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, el objeto de la acción de pérdida de investidura es esencialmente distinto al que fue abordado en la aludida sentencia, de modo que así resulten coincidentes las causales que fundamentan ambos medios de control, lo cierto es que las referidas acciones –la de nulidad electoral y la de pérdida de investidura– son distintas en cuanto al objeto del que se ocupan y las finalidades que persiguen, circunstancia que impide la configuración de la cosa juzgada. La Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de precisar las diferencias que existen entre la acción de nulidad electoral y la acción de pérdida de investidura en relación, precisamente, con su causa y objeto. Así, ha dicho que mientras en la primera el objeto es la revisión de la validez del correspondiente acto administrativo electoral, y la protección del ordenamiento jurídico su causa; en la segunda se busca, en contraste, establecer la viabilidad de un juicio sobre las inhabilidades, las incompatibilidades y los comportamientos de quienes ejercen la labor de congresistas –lo que constituye su objeto– con miras a salvaguardar la integridad de las corporaciones públicas –que es su causa–. (...) En términos coincidentes se ha pronunciado la Corte Constitucional, quien ha precisado que, aunque la acción de pérdida de investidura puede fundamentarse en las mismas causales que eventualmente se aleguen como sustento de la

acción de nulidad electoral, ello no implica que se trate de medios de control que versen sobre un mismo objeto y causa, pues lo cierto es que persiguen finalidades diversas, lo que impide la configuración del fenómeno de cosa juzgada entre ellas. (...) Así las cosas, en razón de las diferencias existentes entre las causas y objetos de ambas acciones, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada –ni se viola el principio de non bis in idem– cuando, en sede de la acción de pérdida de investidura, se analiza el caso relacionado con un congresista cuya elección ya fue demandada y juzgada por la Sección Quinta en sede de la acción de nulidad electoral, sin que para el efecto sea relevante el hecho de que en ambos casos –en la nulidad y en la pérdida de investidura– el análisis de juridicidad se haga con base en las mismas causales de inhabilidad. La Sala no pierde de vista el argumento manifestado por el congresista demandado en su contestación, donde se afirma que por virtud de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 144 de 1994, no es posible volver sobre la misma causal de inhabilidad que ya fue materia de estudio por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011. Según se analizó en precedencia, sobre dicho tema, la Corte Constitucional precisó que la imposibilidad de volver sobre la misma causal de inhabilidad a que se refiere la norma eiusdem, está instituida únicamente de cara a ulteriores procesos de pérdida de investidura, y no cubre lo que hubiese sido decidido en trámites de distinta índole –como el de nulidad electoral–.

**PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Garantías procesales /
PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Carácter sancionatorio /
CAUSALES DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Son de interpretación
restrictiva**

Es sabido que la institución de la pérdida de la investidura fue consagrada en el artículo 183 de la Carta Política como una sanción para los congresistas que incurran en violación del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o conflictos de intereses que les resulta aplicable (numeral 1); que incumplan ciertos deberes inherentes al cargo (numerales 2 y 3) o sean responsables por indebida destinación de dineros públicos o por tráfico de influencias debidamente comprobado (numerales 4 y 5). En atención a la altísima dignidad que supone el cargo de Congresista y a la significación del Congreso dentro de un Estado democrático, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones anotadas, puesto que la pérdida de la investidura implica no solo que el congresista pierde su calidad de tal, sino que, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista. Del mismo modo, la Constitución señala un término especialmente breve para que el Consejo de Estado decida acerca de la pérdida de investidura, en las condiciones que fije la ley. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que dado que la pérdida de investidura implica la separación inmediata de las funciones que el miembro de la Corporación Pública venía ejerciendo, y también la inhabilidad a perpetuidad para ejercer cargos de elección en el futuro (arts. 179 y 183 C.P.), el proceso debe surtirse con el pleno respeto del debido proceso y del derecho de defensa de las personas sujetas a investigación. La severidad de la sanción y la seriedad de las implicaciones sobre los derechos fundamentales en juego, – como son el derecho a elegir y ser elegido y la participación ciudadana –, exigen un acatamiento celoso de las garantías procesales del funcionario acusado. Ahora bien: dada la trascendencia que comporta la pérdida de investidura, en cuanto no se trata de una sanción cualquiera sino de una excepcional que implica la separación inmediata de las funciones que el sancionado venía ejerciendo como integrante de una corporación pública y la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro, la jurisprudencia ha enfatizado que se impone aplicar de manera estricta

las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso. (...) En particular, la jurisprudencia tanto de esta Corporación como de la Corte Constitucional han resaltado que por razón del carácter sancionatorio que tiene el proceso de pérdida de la investidura, esta institución, en cuanto comporta el ejercicio del ius puniendi del Estado, está sujeta, a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal. (...) Dentro de tales garantías, además de las que se predicen del debido proceso en general y que se derivan del artículo 29 Superior, para efectos de la decisión por adoptarse en esta fallo resulta particularmente relevante destacar la atinente a que las causales de pérdida de investidura de los congresistas deban ser concebidas como de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva, pues no puede perderse de vista que la pérdida de investidura es una sanción que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad. (...) A los efectos de este fallo resulta igualmente relevante recordar que en su jurisprudencia, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han puesto de presente que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse de manera que se garantice su más amplio ejercicio, y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos, deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre, con la finalidad enunciada, en forma restrictiva. (...) En síntesis: El carácter sancionatorio que se ha atribuido al proceso de pérdida de investidura, debe ser visualizado prima facie de cara al respeto de las garantías procesales y al carácter taxativo de las causales que dan lugar a despojar la calidad de congresista. Dada la particular naturaleza de este proceso sancionatorio, y las graves consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, toda vez que conlleva una limitación permanente en el ejercicio de un derecho político-fundamental, el juez tiene el deber de aplicar de manera estricta al proceso de pérdida de la investidura todas las garantías del debido proceso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI)

Actor: JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Decide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado la demanda de pérdida de investidura presentada por Julio César Ortiz Gutiérrez en contra de Rafael Romero Piñeros, Representante a la Cámara por el Departamento de Boyacá.

- **Asunto previo**

El reparto del proceso de la referencia se hizo el 13 de enero de 2012 a la Sección Cuarta de esta Corporación, correspondiéndole al Despacho del Consejero William Giraldo Giraldo¹.

Con ocasión de la vacancia absoluta, por cumplir el citado Consejero la edad de retiro forzoso, la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez quien asumió por encargo de la Sala Plena el referido Despacho, prosiguió con el trámite de varias manifestaciones de impedimentos y registró proyecto de fallo en Sala Plena, sin que fuera aprobado.

A partir del 28 de agosto de 2013 el proceso estuvo a cargo del Doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, quien en esa fecha se posesionó en propiedad en la vacante dejada por el Consejero William Giraldo Giraldo, lo que implicó que la ponencia pasara a manos de aquél, quien a su vez presentó a la Sala Plena un nuevo proyecto que fue derrotado después de largas deliberaciones².

Mediante auto de 9 de abril de 2014³, el Consejero de Estado Jorge Octavio Ramírez Ramírez remitió al despacho del Doctor Danilo Rojas Betancourth, quien previamente a la presentación de la ponencia, resolvió un impedimento el 1º de julio de 2014⁴. Mediante memorial radicado el 26 de enero de 2015, el abogado defensor del demandado Rafael Romero Piñeros presentó sustitución de poder en la persona del doctor Hernando Alcocer Toloza⁵, a quien se le reconocerá personería jurídica conforme los requisitos pertinentes.

La ponencia presentada por el Magistrado Danilo Rojas Betancourth fue improbadada en Sala Plena y, por auto de 27 de julio de 2015⁶, el expediente fue remitido a este Despacho. La suscrita Consejera Sustanciadora plasma en esta decisión las directrices jurisprudenciales aprobadas por la mayoría en la sesión de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo celebrada el 21 de julio del año en curso.

¹ Folio 21 cuaderno 1

² Auto de 9 de abril de 2014, folio 241 cuaderno principal.

³ Folio 241 cuaderno principal

⁴ Folio 245 cuaderno principal

⁵ Folios 261 y ss cuaderno principal

⁶ Folio 277 cuaderno principal

Se hace hincapié en que la presente sentencia conserva los antecedentes y el análisis de los hechos que resultaron probados, conforme fueron consignados en el proyecto de fallo presentado inicialmente a consideración de esta Sala por el Consejero Danilo Rojas Betancourth.

I. LA SOLICITUD

1.1. Lo que se demanda

Mediante escrito radicado el 12 de enero de 2012 (fls. 1 a 19 c. ppl), el señor Julio César Ortiz Gutiérrez, en ejercicio de la acción de pérdida de investidura a que se refieren los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, solicitó que se diera trámite favorable a las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la pérdida de investidura del Congresista RAFAEL ROMERO PIÑEROS, quien actualmente es Representante a la Cámara por el Departamento de Boyacá, para el período constitucional 2010-2014, por violación del régimen de inhabilidades, causal prevista en el numeral 1º del artículo 183 de la Carta, específicamente la consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de la pérdida de investidura solicitada, se comunique la sentencia que la decreta, a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior.”

1.2. Hechos

Como fundamento de sus solicitudes, el demandante argumenta que en el marco de un proceso de acción de repetición, el congresista hoy demandado fue condenado al pago de una condena dineraria que no había sido pagada en su totalidad al momento de su inscripción, elección y posesión como representante a la Cámara, razón por la cual se configuró la causal de inhabilidad establecida en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política –en concordancia con el numeral 1º del artículo 183 *superior*–, que dispone que no son elegibles como congresistas las personas que, como ocurre con el hoy accionado, hayan causado una condena patrimonial en contra del Estado con ocasión de una conducta dolosa o gravemente culposa, calificada de esa forma en una sentencia judicial ejecutoriada.

En la demanda se dice que, aunque el representante accionado pagó el monto dinerario fijado en la sentencia que lo condenó en repetición, ello se hizo más de dos años después de ejecutoriada la misma, tiempo durante el cual se causaron unos intereses de mora que acrecentaron el monto de la obligación, lo que implica que el pago efectuado no tuvo virtud para extinguir el crédito en el entendido de que, “... *el pago total de una deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban...*”, según lo establece el artículo 1649 del Código Civil.

Asevera que esta última afirmación tuvo respaldo en un concepto emitido por el Tribunal Administrativo de Boyacá quien, después de ser consultado por el hospital San Rafael de Tunja acerca de la necesidad de indexar la condena decretada contra Rafael Romero Piñeros, conceptuó que debía darse aplicación al artículo 178 del C.C.A., que dispone que deben ser actualizadas todas las obligaciones impuestas o declaradas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En el mismo sentido, narra que la entidad promovió un proceso de ejecución en contra del congresista, en el cual se libró el correspondiente mandamiento de pago con base en la primera copia auténtica de la sentencia del Tribunal, lo que también es demostrativo de que la deuda permanecía insoluta.

Según dice el actor, todas esas situaciones fueron puestas en conocimiento del Consejo Nacional Electoral cuando, en sede administrativa, se le solicitó que se abstuviera de declarar la elección de Rafael Romero Piñeros, lo cual no fue aceptado por la autoridad electoral bajo el errado entendimiento de que los intereses de mora no hacen parte de la obligación principal, la cual supuestamente fue satisfecha con las consignaciones hechas entre el 12 y el 14 de junio del año 2007. En relación con este punto, el demandante trae a colación varias normas del Código Civil y del Código de Comercio que estipulan que cuando en un crédito se adeudan sumas dinerarias tanto por la obligación principal como por los intereses, entonces cualquier pago que se haga debe ser imputado a estos últimos, lo que en su concepto implica que, en el caso concreto, el señor Rafael Romero Piñeros no había cumplido con la condena que le fue impuesta por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

El peticionario relata que una vez demandado en nulidad el acto administrativo de declaración de la elección del congresista hoy accionado, la Sección Quinta del Consejo de Estado, por medio de sentencia calendada el 21 de septiembre de 2011, mantuvo la validez de la declaración de la elección del representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros, para lo cual argumentó que como la condena patrimonial no fue impuesta en el

marco de un proceso penal, entonces el caso no podía subsumirse en lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política, tal como fue interpretado por la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003⁷.

Al respecto considera que la causal de inhabilidad consagrada en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, según la modificación introducida por el artículo 4º del Acto Legislativo n.º 01 de 2009, no puede ser interpretada como lo hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011, en el sentido de exigir que la condena dineraria haya sido impuesta en el marco de un proceso penal, pues lo cierto es que la misma Corte Constitucional, en sentencias posteriores a la C-551 de 2003, ya ha dicho que el inciso último del artículo 122 de la Constitución Política no viola el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, tal como se afirmó, por ejemplo, en la sentencia C-028 de 2006⁸.

Según dice el demandante, debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento hecho por la misma Corte en la sentencia de constitucionalidad que sirvió de base a la Sección Quinta del Consejo de Estado para denegar la nulidad electoral solicitada, no puede tomarse como vinculante para la interpretación de la causal en el marco de un proceso de pérdida de investidura, pues lo cierto es que en aquella ocasión la Corte carecía de competencia para analizar de fondo la exequibilidad de lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 122 de la Constitución Política, en comparación con las normas del derecho internacional sobre derechos humanos, lo que implica que se trató de meras consideraciones o dichos de paso, y no de motivaciones encaminadas al análisis de constitucionalidad de la norma a la luz de los preceptos que conforman el bloque de constitucionalidad.

En síntesis, considera el accionante que como la situación de morosidad en el pago de la condena permaneció para el momento en que se produjo la inscripción, elección y posesión del congresista demandado, entonces se violó el régimen de inhabilidades, lo que conlleva la pérdida de la investidura de conformidad con el numeral 1º del artículo 183 de la Constitución Política, la Ley 144 de 1994 y las demás normas concordantes. En sus palabras:

“Como toda obligación dineraria en mora causa intereses moratorios, las consignaciones hechas por RAFAEL ROMERO PIÑEROS a favor de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, por un valor exactamente igual al de la obligación señalada en la sentencia, hechas entre el 12 y el 14 de junio de

⁷ Expediente: CRF-001, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett

⁸ Expediente: D-5768, M.P. Dr. Huberto Sierra Porto.

2007, es decir, dos (2) años y catorce (14) días después de haberse hecho exigible la obligación, no pueden considerarse como un pago total de la obligación, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 1608, numeral 1º; 1617, regla primera; y, 1649 del Código Civil Colombiano, que preceptúan que toda obligación dineraria en mora causa intereses moratorios y que el pago total de la deuda comprende los intereses moratorios. Lo anterior significa que como ROMERO PIÑEROS, al momento de la inscripción y de la elección no había pagado la totalidad de la deuda, estaba incurso en la inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política” (f. 16, c. ppl).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito de contestación de la demanda radicado en forma oportuna (f. 37 y sgts. c.ppl.), el Representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros solicitó que fueran denegadas las solicitudes del accionante, con base en las siguientes razones:

Afirma que la deuda por la cual se pregonaba la configuración de la causal de pérdida de investidura, fue solventada en su totalidad por el congresista accionado, a quien no le era exigible el pago de unos intereses que, no obstante haber sido solicitados en la demanda que dio inicio al proceso de acción de repetición, no fueron reconocidos en la sentencia que culminó el mismo. Manifiesta que no es vinculante el concepto que sobre dicho punto fue expedido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la medida en que el único organismo autorizado para esos efectos es la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, razón por la cual era suficiente con que el señor Romero Piñeros pagara la suma dineraria fijada en la sentencia de condena, para con ello extinguir la obligación que tenía a su cargo.

Argumenta que, aún cuando es cierto que cobró ejecutoria la sentencia de repetición proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá –en la cual se calificó como dolosa o gravemente culposa la conducta del representante hoy demandado–, ello se debió a que la misma no fue apelada, y lo cierto es que la falsedad de los juicios de reproche hechos por el Tribunal al calificar las conductas de Rafael Romero Piñeros como dolosas o gravemente culposas, quedó demostrada posteriormente cuando, frente a otros casos similares sucedidos en el hospital San Rafael de Tunja, la Sección Tercera del Consejo de Estado llegó a la conclusión, en sede de acción de repetición, de que no se había actuado en contravención del ordenamiento jurídico, con violación del deber objetivo de

cuidado o con la intención de causar daño al patrimonio estatal.

Agrega que en el presente caso se configura la excepción de cosa juzgada, comoquiera que el Consejo de Estado ya emitió un fallo relacionado con la causal de inhabilidad descrita en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, supuestamente configurada en la persona del Representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros. En efecto, dice que la Sección Quinta tuvo la posibilidad de pronunciarse, mediante la sentencia del 21 de septiembre de 2011, en relación con la demanda de nulidad presentada contra la elección del aludido congresista, formulada por quien hoy solicita su pérdida de investidura, oportunidad en la cual se resolvió que no era procedente declarar la invalidez del acto infirmado.

A juicio del hoy accionado, al versar sobre una misma causal de inhabilidad, la sentencia que ya fue asumida en sede de nulidad electoral resulta vinculante para la decisión que ahora sea tomada por la Sala Plena del Consejo de Estado, comoquiera que así lo establecen el artículo 15 de la Ley 144 de 1994 y 175 del Código Contencioso Administrativo. En respaldo de dicha postura, el congresista demandado trae a colación lo dicho por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de pérdida de investidura del 21 de mayo de 2002, en la cual se dijo que “... *no obstante las acciones de nulidad electoral y de pérdida de investidura, son instituciones de naturaleza distinta, con consecuencias diversas y notas de carácter procesal diferentes, la cosa juzgada podría tener aplicación en el proceso de pérdida de investidura...*” (f. 43, c. ppl).

Dice igualmente que permitir una decisión de la acción de pérdida de investidura en sentido diferente a como fue resuelta la de nulidad electoral, generaría una incongruencia en el sistema jurídico, violatoria de los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima.

De otra parte argumenta que, para que se configure la causal de inhabilidad invocada en la demanda de pérdida de investidura, es necesario que la sentencia condenatoria haya sido proferida en un proceso de naturaleza penal, pues así lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003, providencia en la que se dejó en claro que la nueva redacción del artículo 122 de la Constitución Política podría considerarse acorde con lo dispuesto en el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, siempre y cuando se interpretara en la forma aludida, postura esta que fue confirmada por lo dicho en la sentencia C-541 de 2010, en la

que la Corte dispuso estarse a lo resuelto en la primera de las mencionadas providencias. En este punto, el congresista demandado acoge la interpretación que hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado en la ya referida sentencia del 21 de septiembre de 2011, proferida en el marco del proceso de nulidad adelantado contra el acto de elección del representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros.

En suma, el demandado considera que como fue pagada en su totalidad la deuda que le fue impuesta en el proceso de acción de repetición, y habida cuenta de que la misma no surgió del adelantamiento de un proceso de carácter penal, entonces no se configura la causal de inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, lo que conduce a que sean denegadas las solicitudes planteadas por el señor Julio César Ortiz Gutiérrez en su calidad de accionante.

III. AUDIENCIA PÚBLICA

Surtido el trámite de rigor y practicadas todas las pruebas decretadas⁹, se citó la audiencia pública de que tratan los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 144 de 1994, la cual fue llevada a cabo el 13 de noviembre de 2012 (fls. 130-133, c. ppl), en cuyo transcurso se hicieron las siguientes intervenciones:

3.1. La **parte accionante** reiteró oralmente los argumentos que ya habían sido expuestos en el libelo introductorio, y allegó un alegato escrito (fls. 134-150, c.ppl) que contiene un extensivo recuento de los hechos acreditados en el proceso y que, asimismo, sostiene la tesis de que habían quedado evidenciados todos los supuestos fácticos alegados en la demanda de pérdida de investidura. De estas alegaciones es pertinente traer a colación los siguientes puntos:

En relación con la configuración de la causal de inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, se refiere a varios apartes de la sentencia C-551 de 2003 de la Corte Constitucional, la que según su juicio no constituye cosa juzgada de rango constitucional en relación con el correcto entendimiento de la norma *superior* reseñada más arriba, en la medida en que el juicio de constitucionalidad efectuado en dicha oportunidad, ante la inexistencia de

⁹ Se decretaron primero por medio de auto calendado el 29 de febrero de 2012 (f. 77, c.ppl) y, suplicado este (f. 84), posteriormente mediante providencia del 9 de octubre del mismo año (f. 114-119).

los presupuestos necesarios para efectuar un juicio de sustitución de la norma constitucional en el trámite de aprobación de un referendo, sólo pudo centrarse en los aspectos formales de la reforma, tal como expresamente se dijo en el mismo fallo.

En ese orden, insiste en que las consideraciones de la sentencia relacionadas con la necesidad de una providencia penal para la configuración de la causal de inhabilidad del artículo 122 *superior*, son tan solo dichos de paso u *obiter dictum* que no son vinculantes para otros intérpretes judiciales. Por ese motivo, solicita que la Sala Plena del Consejo de Estado se aparte de lo que tangencial e incidentalmente se dijo en algunos apartes de la sentencia C-551 de 2003 –la que además considera contradictoria en sus fundamentos–, para en su lugar interpretar que la causal de inhabilidad establecida en la norma constitucional varias veces aludida, se configura también cuando la condena patrimonial al Estado surge de la conducta dolosa o gravemente culposa, calificada de esa forma en una sentencia judicial diferente a la proferida por la jurisdicción penal, como por ejemplo cuando la jurisdicción contenciosa autoriza la repetición de las condenas resarcitorias en contra de funcionarios o ex funcionarios en el marco de la acción de repetición, tal como ocurrió en el *sub lite*.

Para reforzar sus argumentos, el demandante solicita que se tengan en cuenta los motivos que hicieron parte del salvamento de voto suscrito por la conjuez Dolly Pedraza de Arenas respecto a la sentencia que, frente a la demanda de nulidad de la elección del congresista Rafael Romero Piñeros, profirió la Sección Quinta del Consejo de Estado el 21 de septiembre de 2011. En su concepto, en dicho salvamento se pusieron de relieve las adversas consecuencias que tendría una interpretación restrictiva de la causal de inhabilidad consagrada en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, en la medida en que se dejarían sin efecto las facultades inhabilitantes que tiene, por ejemplo, el procurador general de la Nación. En este punto, insiste en que la sentencia de constitucionalidad que debe tenerse en cuenta es la C-028 de 2006, en la que se dijo que la aludida norma constitucional era perfectamente armónica con el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica.

Finalmente, considera que la causal de inhabilidad del inciso final del artículo 122 de la Constitución Política está configurada por no haber sido completo el pago de la condena que le fue impuesta al congresista por la jurisdicción contenciosa, para

lo cual se reiteran en esencia los mismos argumentos del escrito de acción de pérdida de investidura.

3.2. El **Ministerio Público**, por intermedio de la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó que se mantuviera la investidura del Representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros, con base en los siguientes argumentos, consignados igualmente en memorial adjuntado como resumen de la intervención oral en la audiencia (fls. 151-161, c. ppl):

Que como el Tribunal Administrativo de Boyacá se abstuvo de establecer un plazo para la satisfacción de la condena impuesta en sede de repetición –lo cual era necesario según lo establecido en el artículo 15 de la Ley 678 de 2001 declarado exequible mediante sentencia C-484 de 2002–, entonces los pagos efectuados por el representante a la Cámara los días 12, 13 y 14 de junio de 2007 tuvieron virtud para extinguir la obligación que le fuera impuesta por la justicia contenciosa, sin que fuera posible aducir la causación de intereses moratorios, ante la inexistencia de un plazo o condición que permitiera la constitución en mora del deudor.

Y añade que, aún si se considerara que la obligación resarcitoria no fue cumplida por el congresista demandado, la misma tampoco podría entenderse como idónea para hacer surgir la inhabilidad establecida por la norma constitucional invocada por el demandante, pues lo cierto es que se trata de una condena que no fue proferida en un proceso judicial de naturaleza penal, que es la única que puede ubicar al congresista en situación de poder perder su investidura, tal como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003 que, según afirma la agencia del Ministerio Público, “... *constituye cosa juzgada erga omnes, de la cual no puede apartarse ningún juez de la República...*” (f. 159, c. ppl); providencia de constitucionalidad que, además de estar en consonancia con lo establecido en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue reiterada por lo dicho en la C-541 de 2010 y por la sentencia del 21 de septiembre de 2011 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Y concluye diciendo la Procuraduría Delegada:

“4.7. Así las cosas, el fallo del Tribunal Administrativo de Boyacá por el cual fue declarado patrimonialmente responsable y condenó al parlamentario demandado a pagar al Hospital San Rafael de Tunja, la suma de \$92.866.741, como consecuencia de una acción de repetición, fue cabalmente cumplido por éste, toda vez que con cargo a su patrimonio efectuó el pago total de la suma al cual fue

condenado, según se definió en el resuelve del referido fallo (f. 454, Anexo n.º 2)...

4.8. Además, esa sanción **no fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal** sino en un proceso de naturaleza administrativa. Por ende, se concluye, el congresista ROMERO PIÑEROS no está incurso en la inhabilidad prevista en el último inciso del artículo 122 de la C.P. por cuanto, de un lado, asumió con cargo a su patrimonio el valor del pago de la suma de dinero a que fue condenado y, de otro, a que dicha reparación no fue establecida en un proceso de carácter penal y por estas dos primordiales razones legales debe mantener su investidura” (f. 160-vuelto c. ppl., negrillas y mayúsculas del texto citado).

3.3. La intervención del **congresista demandado**, quedó reseñada en el acta respectiva de la siguiente forma:

“El doctor RAFAEL ROMERO PIÑEROS, se dirige a los miembros presentes en la audiencia, hace referencia a su particular situación en relación con los procesos que ha venido afrontando desde hace 4 años. Se refiere a los hechos expuestos por el demandante y procede a precisar algunos de ellos, indicando cuál fue su proceder en la actuación adelantada ante el Hospital. Por último señala que es muy respetuoso de la Constitución y la ley” (f. 131, c. ppl).

El apoderado del demandado, por su parte, solicitó que se desestimaran los motivos aducidos por el demandante y allegó un resumen escrito (fls. 162-193, c. ppl.) en el que se reiteraron en esencia los argumentos de la contestación de la demanda, a lo que se agregó lo siguiente:

Que contra la sentencia del 21 de septiembre de 2011 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, se interpuso una acción de tutela que fue resuelta por la Sección Segunda de la misma Corporación en el expediente n.º 2012-00041, mediante sentencia en la cual se dijo que la providencia que denegó la nulidad de la elección, fue respetuosa de las garantías constitucionales tales como la interpretación restrictiva de las causales de nulidad y el carácter sancionador de las sentencias que restringen derechos políticos (f. 170, c. ppl).

Que cuando el señor Rafael Romero Piñeros efectuó el pago de la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Boyacá, actuó prevalido del principio de confianza legítima, en la medida en que no tenía conocimiento de la causación de intereses entre la fecha en que se expidió la sentencia condenatoria y el momento en que hizo las consignaciones bancarias a favor del hospital San Rafael de Tunja (f. 188, c.ppl), máxime cuando la ley le impone al juez de la acción de repetición, la

obligación de fijar en la sentencia el plazo en el cual debe hacerse el pago de las condenas. Frente a este último punto manifestó que las reglas pertinentes del Código de Procedimiento Civil son aplicables a las condenas contra entidades, y no en las condenas proferidas contra particulares en sede de repetición. Textualmente aseveró:

“... El artículo 177 del C.C.A no releva al juez de establecer en la sentencia, cuando hay condena pecuniaria, la relativa al pago de intereses; pero aún si se entendiese lo contrario, lo que sí no admite dudas, es que tal norma no es aplicable a condenas contra particulares, así estas se profieran por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Lo que determina la aplicación de dicho artículo 177 es la naturaleza jurídica de la entidad condenada; entidades públicas, y particularmente Nación, entidades territoriales o descentralizadas. No es admisible su extensión a situaciones fácticas no previstas en la norma...” (f. 189, c. ppl).

Finalmente argumenta que, como la determinación de la causal de inhabilidad consagrada en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política depende de *“... una interpretación artificiosa y descontextualizada sobre la conducta...”*, entonces la elucidación de su sentido debe hacerse siempre de forma que se favorezca la situación del congresista involucrado (f. 192, c. ppl).

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en los artículos 184 y 237 numeral 5 de la Constitución Política, 1º de la Ley 144 de 1994 y 37 numeral 7 de la Ley 270 de 1996.

4.2. Procedencia de la acción incoada y su finalidad

La Constitución Política de Colombia consagra las causales de pérdida de investidura (Art. 183) y establece que cualquier ciudadano o la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente puede solicitar la pérdida de investidura de los congresistas (Art. 184); o también puede ser solicitada por el Procurador General de la Nación, directamente o por intermedio de sus delegados (Art. 277, numerales 6 y 7).

La Sala Plena Contencioso Administrativa ha reiterado en varias ocasiones el carácter de mecanismo de control ético que tiene esta acción pública y su consecuente finalidad de purificar las costumbres políticas, rescatar la dignidad e imagen del Congreso de la República y enaltecer la dignidad del Congresista, así como asegurar la necesaria dedicación de sus integrantes a las funciones que les corresponde cumplir por mandato de la Constitución y la ley.

4.3. Las causales invocadas

Tal como se indicó al resumir los antecedentes del proceso, se endilga al Congresista demandado la violación del régimen de inhabilidades, previsto en los artículos 183 (numeral 1º) y 122¹⁰ (inciso segundo) de la Constitución Política, conforme a los cuales:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“Artículo 183. Los Congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. (...)”

“Artículo 122. (...) Modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.” (Negrilla fuera de texto)

4.4. Planteamiento de los problemas jurídicos

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el demandado estaba o no inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara, en virtud de lo

¹⁰ La suscrita Consejera Sustanciadora en este aspecto aclaró el voto, pues considera que esta causal de inhabilidad no conlleva pérdida de la investidura. Las razones de la aclaración de voto se consignan en el escrito que se adjunta a esta sentencia.

establecido en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política.

A esos efectos, debe la Sala comenzar por determinar: (i) si la inhabilidad instituida en el artículo 122 de la Constitución *in fine* se configura en virtud de una sentencia condenatoria en firme dictada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en acción de repetición. En caso afirmativo, le corresponderá entonces esclarecer si, con base en las pruebas obrantes en el expediente y a la luz de las garantías procesales que gobiernan los procesos de pérdida de la investidura –en especial, la de interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad, la de tipicidad de la conducta constitutiva de falta y el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, el pago efectuado por el condenado, por el monto neto ordenado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia sin intereses, configura el supuesto que enerva la configuración de la causal, en cuanto al cumplimiento de la obligación, debiéndose en consecuencia declararse que asumió con su patrimonio el valor del daño.

Con miras a dilucidar los interrogantes propuestos, la Sala estima pertinente examinar: (i) el alcance de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 122 *in fine* CP conforme a los antecedentes legislativos que documentan el historial de su gestación; y, (ii) las garantías procesales que rigen el proceso de pérdida de la investidura en cuanto comporta el ejercicio del *ius puniendi*, con particular referencia a las atinentes a la interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad, al principio de tipicidad de la conducta constitutiva de falta y al principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, en cuya virtud la duda ha de resolverse en favor del demandado.

4.5. El alcance del supuesto fáctico de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 122 *in fine* C.P.

El artículo 122 *in fine* de la Constitución Política, establece una causal de inhabilidad¹¹ diferente a las consagradas en el artículo 179 *ibídem*, la cual dispone que no podrá ser congresista una persona que haya causado una condena patrimonial al Estado, con ocasión de una conducta calificada como dolosa o gravemente culposa en una sentencia judicial ejecutoriada.

¹¹ Si bien he sido ponente en el fallo que se ha aprobado, debo aclarar mi voto en cuanto al alcance del artículo 122 de la Constitución Política pues, en mi criterio, este no configura una nueva causal de pérdida de investidura por inhabilidad, por las razones que consigno en el escrito de aclaración, adjunto a la presente sentencia.

En concepto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la inhabilidad instituida en el artículo 122 de la Constitución *in fine*, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2004, se configura en virtud de una sentencia condenatoria en firme dictada también por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en acción de repetición.

Así lo dejó claramente definido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 22 de septiembre de 2009 (C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón)¹² en la que confirió este alcance al supuesto fáctico de la causal de inhabilidad en estudio.

En la ocasión en cita, la Sala Plena decidió las demandas de nulidad electoral que con fundamento en esta causal de inhabilidad formularon los ciudadanos Fabiola Pulido (2007-0063), Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez – quien para entonces fungía como Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado (2008-0001) y Germán Humberto Rodríguez Chacón (2008-0003), contra el acto de elección del Dr. Carlos Ariel Sánchez Torres como Registrador Nacional del Estado Civil.

Al igual a lo que acontece en el caso presente, en la ocasión precedente la imputación descansaba en la preexistencia de una “*sentencia judicial ejecutoriada*” dictada dentro de un proceso de acción de repetición, que impuso condena por responsabilidad patrimonial al demandado por la actuación gravemente culposa en que incurrió siendo Contralor Distrital y que condujo a que la Contraloría Distrital de Bogotá fuera condenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera Subsección B, en sentencia de 4 de octubre de 2006¹³.

En esa ocasión la Sala¹⁴ desestimó las pretensiones de las demandas de nulidad electoral pues consideró que “*no está probado el supuesto de hecho de la causal*

¹² Radicación No. 11001-03-28-000-2007-00063-00 (IJ).

Actor: Procuraduría General de la Nación. Demandado: Registrador Nacional del Estado Civil

¹³ Mediante la sentencia proferida el 4 de octubre de 2006, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, dentro del proceso de Acción de Repetición No. 1999-2563 adelantado por la Contraloría de Bogotá, se impuso condena por responsabilidad patrimonial al demandado en los siguientes términos:

“SEGUNDO.- DECLÁRASE civilmente responsable al doctor CARLOS ARIEL SANCHEZ por la actuación gravemente culposa en que incurrió siendo Contralor Distrital, y que condujo a que la Contraloría Distrital de Bogotá fuera condenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, en sentencia de 7 de marzo de 1997.

TERCERO.- En consecuencia, CONDÉNASE al doctor CARLOS ARIEL SANCHEZ a reintegrar la suma de CUARENTA Y UN MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$41.124.994) a la Contraloría de Bogotá D.C.

CUARTO.- ESTABLEZCASE para el cumplimiento de esta sentencia, el plazo de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a su ejecutoria (art. 15, Ley 678 de 2001).

QUINTO.- Sin costas.”

¹⁴ La suscrita Consejera aclaró el voto al citado fallo por considerar “*que en este caso particular, la circunstancia de que la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de*

de inhabilidad consagrada en la segunda parte del inciso final del artículo 122 Constitucional, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2004, puesto que la sentencia condenatoria del 4 de octubre de 2006 no estaba en firme para la época en que el Dr. CARLOS ARIEL SANCHEZ TORRES se inscribió y resultó elegido Registrador Nacional del Estado Civil.” En esas condiciones, concluyó la Sala Plena “que la misma no se configura, resultando por lo mismo inútil abordar las diferentes tesis jurídicas expuestas por las partes y por los intervinientes.”

Por lo demás, los antecedentes históricos del proceso legislativo en que se gestó la referida causal, corroboran este aserto.

En efecto, al respecto tiénesse lo siguiente:

El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política tuvo como origen el Acto Legislativo No. 1 de 2004, relativo a la pérdida de derechos políticos. En efecto, el artículo 1º de este Acto Legislativo consagró:

“Artículo 1º. Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”

En el historial del proceso de formación del acto de reforma constitucional no consta que el Constituyente hubiese circunscrito la inhabilidad contemplada en la segunda parte del inciso quinto del artículo 122 constitucional, a que la sentencia judicial condenatoria fuese de carácter penal.

Cundinamarca se encontrara o no ejecutoriada al momento de la inscripción de la candidatura del Dr. Sánchez al cargo de Registrador Nacional del Estado Civil, condición que ha generado debate al interior de la Sala Plena, resulta totalmente irrelevante en atención a la parte final del inciso 5º, según el cual, existe una salvedad para el caso en que la persona asuma “con cargo a su patrimonio el valor del daño”, evento en el que, así la sentencia estuviera ejecutoriada, se excluye la inhabilidad. Por ello, estimé que “no era necesaria la insistencia en la ejecutoria o no de la sentencia condenatoria al haberse configurado el supuesto de la salvedad contenida en la norma citada.”

Refuerza este aserto el que con la modificación introducida por el artículo 4° del Acto Legislativo 01 de 2009, el texto del inciso 5° del artículo 122 se separó en dos incisos (5° y 6°), de modo que quedaron claramente diferenciadas las conductas constitutivas de infracción a la ley penal, de las de naturaleza ajena a ese carácter, así:

“Artículo 4°. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”

En ninguno de los debates del proyecto de reforma al inciso quinto, se consideró que la sentencia de la que se habla en la parte final de ese inciso tuviese que ser de naturaleza penal. Aunque no se consignó una explícita explicación, de los numerosos debates sobre el artículo 4° del Acto Legislativo 01 de 2009 se infiere que se optó por separarlos habida cuenta de que entre los incisos 4° y 5° no existía una relación de dependencia jurídica ni finalística. A la postre ello condujo a que se consagraran positivamente como reglas jurídicas autónomas e independientes.

4.6. La inexistencia de cosa juzgada *vis a vis* la acción de nulidad electoral fallada por la Sección Quinta de la Corporación en sentencia de 21 de septiembre de 2011, que tuvo por fundamento idéntica causal de inhabilidad.

Sea lo primero advertir que en el presente caso en el que se alega la configuración de la inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, no se configura el fenómeno de la cosa juzgada –ni se viola el principio de *non bis in idem*– por el hecho de que, de forma previa, la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011, fallara la acción de nulidad de la elección del congresista Rafael Romero Piñeros, deprecada con base en la misma causal de inhabilidad que ahora se estudia en sede de la acción de pérdida de investidura.

En efecto, la Sala considera que el fenómeno de la cosa juzgada no se configura en el caso concreto pues, como lo han puesto de presente tanto esta Corporación como la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, el objeto de la acción de pérdida de investidura es esencialmente distinto al que fue abordado en la aludida sentencia, de modo que así resulten coincidentes las causales que fundamentan ambos medios de control, lo cierto es que las referidas acciones –la de nulidad electoral y la de pérdida de investidura– son distintas en cuanto al objeto del que se ocupan y las finalidades que persiguen, circunstancia que impide la configuración de la cosa juzgada.

La Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de precisar las diferencias que existen entre la acción de nulidad electoral y la acción de pérdida de investidura en relación, precisamente, con su causa y objeto. Así, ha dicho que mientras en la primera el objeto es la revisión de la validez del correspondiente acto administrativo electoral, y la protección del ordenamiento jurídico su causa; en la segunda se busca, en contraste, establecer la viabilidad de un juicio sobre las inhabilidades, las incompatibilidades y los comportamientos de quienes ejercen la labor de congresistas –lo que constituye su objeto– con miras a salvaguardar la integridad de las corporaciones públicas –que es su causa–. Al respecto se dijo en la sentencia del 8 de febrero de 2011:

“A juicio del actor... la declaración de nulidad del acto de elección se equipara a la declaración de pérdida de investidura y, por lo mismo, se convierte en la causal de inhabilidad materia de examen, en la medida en que ambas tienen como efecto el que el congresista deje de ejercer su cargo. En otros términos, asimila el objeto, fines y efectos del juicio electoral con los del de pérdida de investidura, para concluir que el señor... estaba inhabilitado al momento de postularse como congresista, por habersele declarado la nulidad de su elección como Diputado a la Asamblea Departamental del Tolima.

Para la Sala tal argumentación jurídica no resulta acertada, pues desconoce claramente el objeto, los fines y los efectos de estos dos medios de control judicial, que determinan que la declaratoria de nulidad del acto electoral no implica per se que la persona afectada con esa decisión pierda la investidura del cargo materia de la elección anulada.

En tratándose de los congresistas -e incluso de otros servidores elegidos por voto popular- es cierto que algunas de las causales de pérdida de investidura de las mismas enumeradas en el artículo 183 de la Constitución Política -o en las leyes en relación con esos servidores-, son también causales de nulidad de los actos administrativos de carácter electoral (arts. 223 y 228 C.C.A.), pero no por ello puede decirse válidamente que el juicio electoral y el de pérdida de investidura persigan fines iguales.

De ahí que esta Corporación ha manifestado que por los mismos hechos, situaciones o circunstancias constitutivas de las inhabilidades indicadas en el artículo 179 de la Carta Política "... es posible adelantar procesos de nulidad de la elección y de pérdida de investidura, pues los dos, dadas sus diferencias, finalidades, los procedimientos consagrados para el uno y el otro, los jueces competentes para adelantarlos, no se excluyen entre sí..."¹⁵.

En efecto, en el proceso de nulidad electoral se enjuicia la validez del acto de elección para preservar la legalidad y la pureza del sufragio y, por ende, busca su desaparición en caso de que no se encuentre conforme a la Constitución y a la ley. En otros términos, se cuestiona la legalidad del acto que permitió el acceso a la dignidad de parlamentario, acto que mientras no haya decisión judicial en contrario, está revestido de la presunción de validez.

A su turno, en el proceso de pérdida de investidura, por ejemplo, de los congresistas, se juzga su conducta de acuerdo con determinadas causales establecidas en la Carta Política para exigir su responsabilidad y lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes vayan a ingresar o se encuentren desempeñando el cargo. Es decir, consiste en verificar si el congresista se encuentra o no incurso en una de aquellas conductas reprobadas por el constituyente para ejercer el cargo y en consecuencia, determinar si se le despoja de esa calidad con efectos intemporales y permanentes, de manera que el objeto, su petitum y los efectos del pronunciamiento son diferentes a los del proceso de nulidad del acto electoral.

Así, en jurisprudencia reiterada, la Corporación ha señalado que la pérdida de investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del congresista que lo priva de esa condición, mientras que el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de congresista son legítimas o, si por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son legítimas [16]¹⁷.

En términos coincidentes se ha pronunciado la Corte Constitucional, quien ha precisado que, aunque la acción de pérdida de investidura puede fundamentarse en las mismas causales que eventualmente se aleguen como sustento de la acción de nulidad electoral, ello no implica que se trate de medios de control que versen sobre un mismo objeto y causa, pues lo cierto es que persiguen finalidades diversas, lo que impide la configuración del fenómeno de cosa juzgada entre ellas.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 20 de marzo de 2001, Exp. AC-12157.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de septiembre de 1992, Exp. AC-175, reiterada en las Sentencias de 5 de marzo de 2002, Exp. 11001031150002001019901, 21 de mayo de 2002, Expediente n.º 11001-03-15-000-2002-0042-01-039, 21 de abril de 2009, Exp. PI n.º 11001-03-15-000-2007-00581-01-00, entre otras.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de febrero de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación N° 11001-03-15-000-2010-00990-00 (acumulados), Actores: César Julio Gordillo Gómez y Pablo Bustos Sánchez, Demandado: Rubén Darío Rodríguez Góngora.

Particularmente ilustrativa resulta la sentencia SU-399/12 (M.P. Humberto Sierra Porto) en la cual la Sala Plena de la Corte Constitucional consignó un minucioso y detallado estudio acerca de esta temática que por su relevancia para el caso presente, resulta pertinente transcribir, como sigue:

“...la acción electoral y la pérdida de investidura de congresistas tienen objetos, finalidades y ciertas particularidades especiales que las diferencian, a pesar de que pueden afectar a una misma persona o miembro del Congreso de la República.

En efecto, mientras que la acción electoral se orienta a preservar la pureza del sufragio y al mantenimiento de la legalidad de los actos de elección de los congresistas, mediante la imposición de unos requisitos que debe cumplir quien pretenda ser elegido en el órgano legislativo, que actúan como causales de inelegibilidad, la acción de pérdida de investidura, tiene como finalidad sancionar al elegido por la incursión en conductas que contrarían su investidura, como lo son la trasgresión del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses. Ahora bien, la acción electoral tiene una caducidad de 20 días y la acción de pérdida de investidura no tiene término de caducidad. La acción electoral se tramita por el proceso previsto en los artículos 223 y siguientes del C.C.A. y la pérdida de investidura sigue el trámite regulado en la Ley 144 de 1994.

Del mismo modo, de configurarse la causal que originó la acción electoral, la Sección Quinta del Consejo de Estado en un proceso que se surte en única instancia decreta la nulidad del acto de elección del miembro del Congreso de la República. De configurarse igualmente la causal que fundamentó la acción de pérdida de investidura, la Sala Plena del Consejo de Estado en un proceso de única instancia, declara la pérdida de investidura del Senador o del Representante a la Cámara. La nulidad del acto de elección del congresista tiene efectos retroactivos, es decir, desde el propio acto de elección, lo que no es óbice para que la persona a quien se le anuló la elección, pueda volver a presentarse como candidato a la Cámara de Representantes o al Senado de la República, lo que no ocurre cuando se ha declarado la pérdida de investidura, en razón a que queda imposibilitado definitivamente para presentarse como candidato y en consecuencia para ser elegido miembro del Congreso de la República en calidad de Representante a la Cámara o Senador de la República.

En suma, las diferencias notorias entre una y otra acción, empezando por el objeto, la finalidad, el trámite que sigue el proceso, el juez natural encargado de definir las y las consecuencias y efectos especiales, muestran, la independencia y autonomía de la acción electoral, frente a la acción de pérdida de investidura de congresistas.

Ahora bien, al verificar el contenido de los artículos 179 y 183-1 de la Constitución, se advierte que coinciden algunas de las causales que pueden fundamentar una solicitud de nulidad del acto de elección de un congresista, con las causales de pérdida de investidura del mismo. Por esta razón, enseguida pasa la Sala a verificar el alcance del contenido de las disposiciones a ese respecto, con la finalidad de establecer si pueden producir efectos de manera independiente dos fallos emitidos por la Sección Quinta del Consejo de Estado al definir una acción electoral y, por la

Sala Plena de esa Corporación al resolver una acción de pérdida de investidura, las cuales pueden fundamentarse, se insiste, en idéntica causal de inhabilidad y presentarse por el mismo demandante, en contra del mismo demandado. Además, si la autonomía de los efectos de los fallos así adoptados, está supeditada a la aplicación de la institución de la cosa juzgada.

5.4. La autonomía e independencia de las acciones electorales y la pérdida de investidura de los Congresistas, hace que los fallos proferidos tengan sus propios efectos, a pesar de que dichas acciones puedan fundarse en la misma causal de inhabilidad (arts. 179 y 183 C.P.)

En el artículo del 179 de la Constitución se establecen las causales de inhabilidad o de inelegibilidad de los congresistas. En el numeral 3º de la citada normativa, se dispone que no podrán ser congresistas “Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”.

Por su parte, en el artículo 183 de la misma normativa constitucional, se regulan las causales de pérdida de investidura, dentro de las cuales se estipulan la violación del “régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses (...)”.

De los anteriores preceptos se infiere que las inhabilidades que constituyen el fundamento para impugnar los actos de elección de los congresistas mediante la acción electoral, también constituyen causales de pérdida de investidura de los miembros del Congreso de la República.

En consecuencia, puede presentarse acción electoral contra el acto de elección de un Representante a la Cámara o de un Senador de la República con base en la trasgresión del régimen de inhabilidades dispuesto para esta clase de servidores públicos de elección popular, y al mismo tiempo acudirse en acción de pérdida de investidura con fundamento en la vulneración de dicho régimen.

Surgen entonces las cuestiones relacionadas con la garantía del non bis in ídem, los efectos de la cosa juzgada e incluso la eventual prejudicialidad entre los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, cuando se adelantan contra un mismo sujeto por una idéntica causal de inhabilidad, respecto de los cuales ya se ha pronunciado esta Corporación.

En efecto, mediante la sentencia C-507 de 1994 se ejerció control de constitucionalidad por vía de demanda ciudadana sobre apartes de los artículos 227 y 228 del Decreto Ley 01 de 1984 (C.C.A.) que en sentir del actor desconocían lo dispuesto en los artículos 29, 183-1 y 184 de la Constitución. En opinión del demandante la violación del régimen de inhabilidades debía fungir exclusivamente como causal de pérdida de investidura de congresistas, por lo tanto al estar prevista

en los apartes demandados como causales de nulidad electoral se trasgredía los artículos 183-1 y 184 constitucionales. Por estas mismas razones, a juicio del actor, se vulneraba también la garantía de non bis in ídem (art. 29 C.P.) porque una misma persona podía ser juzgada dos veces por los mismos hechos, en un proceso de nulidad electoral y en un proceso de pérdida de investidura.

La Sala Plena de esta Corporación desestimó los cargos y en consecuencia los apartes demandados fueron declarados exequibles, con fundamento en las siguientes razones:

"Tercera.- No se trata realmente de dos juicios idénticos

Lo primero que cabe observar es la diferencia prevista entre la acción encaminada a conseguir la declaración de nulidad de la elección y el proceso en el cual se pide que se decrete la pérdida de la investidura, con fundamento en el artículo 184 de la Constitución. Tal diferencia está explicada en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado citada por el Procurador General de la Nación, cuya tesis la Corte comparte:

"La Sala considera, en acuerdo con la distinguida Procuradora Delegada, que no son, el juicio que se adelanta para decretar la pérdida de investidura de un congresista -con fundamento en el artículo 184 de la Carta- y el juicio electoral que pretende la nulidad de su elección- aunque se refieran a una misma persona- juicios idénticos, fundados en los mismos hechos y con igualdad de causa. En efecto la pérdida de investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del Congresista que lo priva de esa condición que una vez fue poseída por él; al paso que el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de Congresista son legítimas, o si por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son ilegítimas. Quiere decir lo anterior que en el primer caso, lo que se juzga es la ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, elemento fundamental de la democracia representativa; cuando el candidato se presenta ante el electorado hace una declaración, a veces implícita, de no estar incurso en causal de inhabilidad, que impida su elección; si tal declaración no resulta cierta, el elegido, en este caso el Congresista, viola dicho pacto político, caso en el cual procede, por mandato de la Constitución, la pérdida de la investidura cuya finalidad es preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política, sin perjuicio de las consecuencias personales que el decreto de la medida acarrea de conformidad con el artículo 179, numeral 4 de la Constitución Política. En el segundo caso, en cambio, se cuestiona la legalidad de los actos que permitieron el acceso del congresista a esa condición y si estos se declaran nulos, ello equivale a que nunca se tuvo acceso legítimamente a la referida investidura". (Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena, septiembre 8 de 1992).

No sobra advertir que la acción de nulidad consagrada por las normas demandadas, tienen sustento en los siguientes artículos de la Constitución, en principio: 40, numeral 6; 89; 236; 237, numeral 1; y, 238.

Finalmente, debe recordarse que las sentencias correspondientes a los dos procesos, tienen efectos diferentes”.

En este orden, de acuerdo a la sentencia citada, la acción electoral y la pérdida de investidura, a pesar de poderse iniciar en contra de la misma persona, con base en la misma causal de inhabilidad, tienen autonomía e independencia, habida cuenta que no se trata de juicios idénticos, fundados en la misma situación fáctica y con igualdad de causa.

Fue por ello que en la aludida sentencia, respecto del cargo relacionado con la vulneración de la garantía dispuesta en el artículo 29 Constitucional, que prohíbe juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*), con la posibilidad que se tiene de acudir a las citadas acciones con base en idéntica causal para buscar, tanto el examen de la legalidad del acto de elección, así como el examen de la actuación del congresista, la Corte Constitucional sostuvo que esa garantía constitucional no se vulnera.

De acuerdo a lo anotado, la autonomía e independencia como criterios originados en que los juicios no son idénticos, basados en hechos similares y con igualdad de causa, así como en los diferentes efectos de los fallos emitidos, hacen que la acción electoral y la acción de pérdida de investidura contra congresistas puedan fundarse en la misma causal de inhabilidad (arts. 179 y 183-1 C.P), sin que se vulnere el *non bis in idem* o prohibición de juzgamiento de una persona por los mismos hechos, pues esta garantía constitucional integrante del debido proceso, se salvaguarda, aplicando la institución de la cosa juzgada, siguiendo las aludidas reglas jurisprudenciales.

Cabe tener en cuenta que se trata además de órganos distintos, pues la sentencia de nulidad electoral es proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado y la de pérdida de investidura por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, los cuales realizan juicios diferentes sobre los mismos hechos, uno sobre la legalidad de la elección y otro de carácter sancionatorio sobre la conducta desplegada por el congresista. Por lo tanto la falta de identidad en torno a la interpretación de la causal de inhabilidad y sobre la calificación de los hechos sometidos a análisis judicial no conduce ineludiblemente a que la decisión que sea menos favorable a los intereses del congresista o ex congresista haya incurrido en defectos que puedan ser atacados en sede de tutela.”

Así las cosas, en razón de las diferencias existentes entre las causas y objetos de ambas acciones, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada –ni se viola el principio de *non bis in idem*– cuando, en sede de la acción de pérdida de investidura, se analiza el caso relacionado con un congresista cuya elección ya fue demandada y juzgada por la Sección Quinta en sede de la acción de nulidad electoral, sin que para el efecto sea relevante el hecho de que en ambos casos – en la nulidad y en la pérdida de investidura– el análisis de juridicidad se haga con base en las mismas causales de inhabilidad.

La Sala no pierde de vista el argumento manifestado por el congresista demandado en su contestación, donde se afirma que por virtud de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 144 de 1994 18, no es posible volver sobre la misma causal de inhabilidad que ya fue materia de estudio por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011. Según se analizó en precedencia, sobre dicho tema, la Corte Constitucional precisó que la imposibilidad de volver sobre la misma causal de inhabilidad a que se refiere la norma *eiusdem*, está instituida únicamente de cara a ulteriores procesos de pérdida de investidura, y no cubre lo que hubiese sido decidido en trámites de distinta índole –como el de nulidad electoral-. Ello se plasmó en la ya citada sentencia C-507 de 1994:

“Hay que anotar que el artículo 15 de la Ley 144 de 1994 “Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas” establece que todas las sentencias que se dicten en procesos de pérdida de investidura producen efectos de cosa juzgada. Dice así la norma:

(...)

Este caso nada tiene que ver con la presente demanda, porque es claro que este artículo 15 solamente se refiere a una sola clase de procesos: los de pérdida de investidura 19.

4.7. Las garantías procesales aplicables al proceso de pérdida de la investidura dado su carácter sancionador: la interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad, la tipicidad de la conducta constitutiva de falta y el principio de favorabilidad.

Es sabido que la institución de la pérdida de la investidura fue consagrada en el artículo 183 de la Carta Política como una sanción para los congresistas que incurran en violación del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o conflictos de intereses que les resulta aplicable (numeral 1); que incumplan ciertos deberes inherentes al cargo (numerales 2 y 3) o sean responsables por indebida destinación de dineros públicos o por tráfico de influencias debidamente comprobado (numerales 4 y 5).

En atención a la altísima dignidad que supone el cargo de Congresista y a la significación

¹⁸ “Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas”. El tenor literal del artículo en cuestión, es el siguiente: “ART. 15.- No se podrá admitir solicitud de pérdida de investidura de un Congresista en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a las causales sobre las cuales ya se haya pronunciado el Consejo de Estado. Todas las sentencias en estos procesos producen efectos de cosa juzgada”.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

del Congreso dentro de un Estado democrático, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones anotadas, puesto que la pérdida de la investidura implica no solo que el congresista pierde su calidad de tal, sino que, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista. Del mismo modo, la Constitución señala un término especialmente breve para que el Consejo de Estado decida acerca de la pérdida de investidura, en las condiciones que fije la ley.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que dado que la pérdida de investidura implica la separación inmediata de las funciones que el miembro de la Corporación Pública venía ejerciendo, y también la inhabilidad a perpetuidad para ejercer cargos de elección en el futuro²⁰ (arts. 179 y 183 C.P.), el proceso debe surtirse con el pleno respeto del debido proceso y del derecho de defensa de las personas sujetas a investigación²¹. La severidad de la sanción y la seriedad de las implicaciones sobre los derechos fundamentales en juego, – como son el derecho a elegir y ser elegido y la participación ciudadana –, exigen un acatamiento celoso de las garantías procesales del funcionario acusado.

Ahora bien: dada la trascendencia que comporta la pérdida de investidura, en cuanto no se trata de una sanción cualquiera sino de una excepcional que implica la separación inmediata de las funciones que el sancionado venía ejerciendo como integrante de una corporación pública y la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro, la jurisprudencia ha enfatizado que se impone aplicar de manera estricta las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso.

En la sentencia C-207 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)²² aludiendo al caso de los Congresistas, la Corte Constitucional enfatizó sobre este aspecto, lo siguiente:

“Para establecer el nivel en el que deben aplicarse las garantías del debido proceso en el trámite de pérdida de investidura, es necesario examinar las características propias de la institución, en particular, la especial gravedad de la sanción que se impone para un conjunto muy variado de infracciones, y la brevedad del término dentro del cual el Consejo de Estado debe adoptar la decisión.”

“(…) [S]i bien la alta dignidad que corresponde a quien debe ejercer la función legislativa, y la necesidad de preservar impoluta la imagen de la más alta corporación democrática, explican tanto la gravedad de la

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1285 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-544 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²² M.P. Rodrigo Escobar Gil, citada.

sanción como la brevedad del procedimiento, esas mismas condiciones abogan a favor del más estricto cumplimiento de las garantías del debido proceso. Así, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una situación en la cual, al amparo de la presunción de inocencia, se va a juzgar a una persona cuya alta investidura le ha sido conferida directamente por el pueblo por la vía electoral. La decisión que en este contexto afecte a un congresista, no le concierne exclusivamente a él, sino que tiene una significación determinante, tanto para el órgano del que hace parte, como para el electorado en su conjunto. Por tal razón, el proceso debe estar rodeado de las más amplias garantías.”

La Corte Constitucional, al referirse a las garantías que deben rodear el proceso de pérdida de la investidura de los congresistas, expresó:

“Es claro que la pérdida de investidura es la sanción más grave que puede imponerse a un congresista, no solamente por el carácter mismo de las faltas respecto de las cuales ha sido prevista y por el inocultable daño que su comisión ocasiona al Congreso y al interés colectivo, sino en cuanto a las consecuencias del fallo, ya que implica la separación inmediata de las funciones que el condenado venía ejerciendo como integrante de la Rama Legislativa y, por expresa disposición de la propia Carta, la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro. Por otra parte, frente a la sentencia que dicte el Consejo de Estado ha sido prevista una sola instancia, dado el nivel de dicho Tribunal, el máximo en la jurisdicción Contencioso Administrativa.

Todo ello deja ver que no se trata de un castigo cualquiera sino de uno excepcional que, por lo tanto, requiere en grado sumo la plena observancia de las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso.”²³

En particular, la jurisprudencia tanto de esta Corporación como de la Corte Constitucional han resaltado que por razón del carácter sancionatorio que tiene el proceso de pérdida de la investidura, esta institución, en cuanto comporta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, está sujeta, a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal.

Así, en la sentencia de 23 de marzo de 2010 (C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas) la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a este respecto, precisó:

“Por tratarse, como ya se dijo, de una acción pública de tipo punitivo, la acción de pérdida de investidura está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad de la causal por la cual se impondría la sanción. Sanción que debe imponerse según los postulados

²³ Sentencia C-247 de 1995

del Estado Social de Derecho y conforme con las reglas del debido proceso. En ese orden, les corresponde tanto al demandante como al Estado acreditar debidamente la existencia de la causal en la que habría incurrido el congresista y la conducta constitutiva de la falta, todo eso dentro de las garantías procesales, se repite, reconocidas por la Constitución y los tratados internacionales en favor de los sujetos sometidos a un juicio a cargo del Estado.”

- **La interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad que acarrearán pérdida de la investidura**

Dentro de tales garantías, además de las que se predicán del debido proceso en general y que se derivan del artículo 29 Superior, para efectos de la decisión por adoptarse en esta fallo resulta particularmente relevante destacar la atinente a que **las causales de pérdida de investidura de los congresistas deban ser concebidas como de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva**, pues no puede perderse de vista que la pérdida de investidura es una sanción que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad.

En la sentencia T-1232 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería) la Corte Constitucional precisó:

“Las causales de pérdida de investidura de los congresistas por afectar derechos fundamentales como a elegir y ser elegido, que otorga a los ciudadanos el artículo 40 de la Constitución Política son de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva, al establecer una sanción que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad. Por tanto, no pueden existir incompatibilidades por analogía ni por extensión. “

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada en numerosas providencias, entre estas, en la sentencia T-1285 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas)²⁴, en la que se corroboró que las causales de pérdida de investidura deben ser interpretadas restrictivamente, en aras de asegurar la protección del derecho al debido proceso de los acusados y el principio *pro homine*. En el pronunciamiento en cita, se sostuvo:

“Teniendo en cuenta la trascendencia que tiene la pérdida de investidura dentro del ordenamiento Constitucional, es deber de los operadores judiciales encargados de llevar a cabo tal juicio de responsabilidad política aplicar todas las garantías del debido proceso de manera estricta, más cuando la sanción conlleva una limitación permanente en el ejercicio de un derecho político-fundamental.

En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena²⁵ de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 12 de octubre de 2010, (C.P. Dra. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ), en la que a este respecto, puntualizó:

“... La consagración de las inhabilidades para ser elegido a los cargos de representación popular, en cuanto conllevan restricciones al derecho a elegir y ser elegido, debe ser expresa, al tiempo que su interpretación no admite aplicación extensiva o analógica.

En el caso de los congresistas, habida cuenta que la pérdida de investidura es la sanción más grave que se les puede imponer, pues implica la separación inmediata de sus funciones como integrantes de la Rama Legislativa y la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro, se requiere que el proceso se adelante con plena observancia de las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso²⁶, entre los cuales se encuentra el principio de legalidad de la pena y de la sanción. ²⁷”

- **La observancia estricta del principio de tipicidad de la conducta constitutiva de falta**

En la ya citada sentencia del 12 de octubre de 2010 la Sala Plena²⁸ de lo Contencioso Administrativo, (C.P. Dra. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ), resaltó la singular importancia que reviste este postulado.

En la ocasión en cita, con fundamento principalmente en esta garantía, desestimó una solicitud al advertir que la doble militancia no constituye causal de pérdida de investidura, pues la Constitución no la previó como sanción a dicha conducta, sino como una falta a la disciplina de partido.

²⁵ Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00208-00(PI)

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-247 de 1 de junio de 1995, M.P. doctor José Gregorio Hernández Galindo.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 12 de octubre de 2010, Magistrada Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Radicado: 11001-03-15-000-2010-00208-00.

²⁸ Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00208-00(PI)

“2.4.1. Pérdida de Investidura y Debido Proceso

El debido proceso, como garantía constitucional, exige que la facultad sancionatoria deba estar autorizada por el Ordenamiento Jurídico. El proceso debe ser acorde con los principios y disposiciones normativas existentes, toda vez que del ejercicio de la aludida facultad pueden resultar lesionados derechos subjetivos de una persona, como lo es en el caso de la desinvestidura, el derecho a la participación política [artículo 40 de la Constitución Política].

Asociado al debido proceso, se encuentra el principio de tipicidad, entendido en general como el señalamiento legal previo de la conducta y de la consecuente sanción. Al respecto, juega un papel preponderante la interpretación sobre las causales que originan la pérdida de investidura, pues dado lo gravoso de dicha sanción, se requiere de facultad expresa para imponerla.” (Énfasis fuera de texto)

- **La aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley**

A los efectos de este fallo resulta igualmente relevante recordar que en su jurisprudencia, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han puesto de presente que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse de manera que se garantice su más amplio ejercicio, y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos, deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre, con la finalidad enunciada, en forma restrictiva.

Es el principio *pro libertatis*²⁹ al que la Corte Constitucional se refirió en la sentencia C-147 de 1998, en los siguientes términos:

“No se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en

²⁹ Cfr. la sentencia C-147 de 1998..

función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.”

Resulta igualmente pertinente mencionar que en la sentencia de 24 de abril de 2012³⁰ (C.P. Gerardo Arenas Monsalve) la Sala Plena de la Corporación aplicó el principio de favorabilidad en materia sancionatoria a la solicitud de pérdida de la investidura que decidió en dicho fallo. A esos efectos precisó que como esta:

“... Es una acción pública que comporta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador, **tales como la presunción de inocencia, el principio de legalidad, y el principio de favorabilidad en materia sancionatoria.**

La Corte Constitucional ha indicado al respecto: “..., que tal como de manera reiterada se ha señalado por la jurisprudencia, la pérdida de investidura, tiene naturaleza eminentemente sancionatoria y por consiguiente participa de los principios que gobiernan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por tal razón, cuando ello resultase procedente en razón de un tránsito de legislación, los congresistas afectados por la sanción pueden ampararse en el principio de favorabilidad.”³¹.

De conformidad con el artículo 29 de la C.P., “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”³².

La favorabilidad ha sido consagrada como un principio rector del derecho punitivo, reconocido por la Constitución y los tratados internacionales en favor de los sujetos sometidos a un juicio a cargo del Estado; en efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Aprobado por la ley 74 de 1968), se refiere a esta prerrogativa en los siguientes términos:

“Artículo 15. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

³⁰ Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00084-00(PI)

³¹ C-207-03 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³² En concordancia con el artículo 44 de la Ley 153 de 1887 de conformidad con el cual “En materia penal la ley favorable ó permisiva prefiere en los juicios á la odiosa ó restrictiva, aún cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.”.

En el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Aprobado por la ley 16 de 1972), se consagra:

“Artículo 90. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”.

- **La aplicación del principio *in dubio pro reo***

En la sentencia T-1232 de 2003 la Corte Constitucional enfatizó que la pérdida de investidura de congresista hace parte del poder punitivo del Estado, por comportar una sanción para el miembro del Congreso de la República que transgreda el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflictos de intereses, la cual conlleva la imposibilidad de ser electos nuevamente congresistas. De igual modo, reiteró que entre las reglas del debido proceso que gobiernan los procesos de pérdida de la investidura se encuentra el principio del *in dubio pro reo*, conforme el cual, al presentarse una duda respecto a la responsabilidad del procesado, esta debe resolverse en su favor.³³

Corolario de esta garantía es que para imponer esta sanción se exija que el acervo probatorio demuestre de manera inequívoca, contundente y fehaciente que el congresista demandado incurrió en la conducta típica constitutiva de causal que conlleva pérdida de la investidura.

³³ En dicha sentencia la Corte revocó las sentencias por las cuales el Consejo de estado decretó la pérdida de la investidura de Edgar Perea por considerar que se hizo una interpretación extensiva de la causal de incompatibilidad contemplada en el artículo 180, numeral 1°. C.P. A juicio de la Corte el alcance de la causal referida, abarca tal como se desprende del tenor de la norma citada, sólo aquellos oficios que impliquen un empleo público o privado, con exclusión de todos aquellos que no comporten un relación jurídica de esa naturaleza. Ello permite excluir aquél tipo de situaciones que entrañando un oficio no pueden constituir, bajo ningún punto de vista, una causal de pérdida de investidura por incompatibilidad en su desempeño. La Corte asimismo consideró que al demandado se le violó el principio del *in dubio pro reo* pues en el proceso de pérdida de investidura del señor Perea Arias no se aportó prueba alguna que demostrara que mantuvo vínculo laboral con los medios de comunicación que lo invitaron a narrar y realizar los comentarios deportivos. Circunstancia que por lo menos no brindaba certeza acerca de cual fue su verdadera conducta al respecto, arrojando duda sobre su comportamiento. En estas condiciones era conducente que el Consejo de Estado diera el beneficio de la duda al señor Perea. Con ello desconoció la regla del debido proceso que lo constreñía a estimar la duda a favor del procesado, constituyéndose por esta vía otra violación del derecho fundamental al debido proceso del actor.

Así lo puso de presente la Corporación, entre otras, en la sentencia de 23 de agosto de 2011 (C.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA)

“... Siendo el proceso de pérdida de investidura un juicio de responsabilidad ética de carácter judicial disciplinario, que procede contra los Congresistas que han incurrido en alguna de las causales taxativa y expresamente señaladas en los artículos 110 y 183 de nuestra Carta Política, **se exige que por razón de la severidad, las implicaciones y los prolongados efectos de la sanción, derivados de la inhabilidad permanente para desempeñar cargos de elección popular que aquella trae aparejada, que se demuestre de manera rotunda, concluyente y fehaciente que el congresista demandado ha realizado las conductas típicas que el ordenamiento jurídico proscribe.** Al fin y al cabo, en una democracia como la nuestra, la declaratoria de pérdida de investidura constituye una limitación legítima y justificada al derecho político fundamental que tiene todo ciudadano de participar en *“la conformación, ejercicio y control del poder político”*, la cual se consagra en la propia Constitución como sanción disciplinaria, para castigar en forma drástica aquellos comportamientos que atentan contra la alta dignidad que es propia del cargo de congresista y que por razón de su gravedad y significación ponen o pueden poner en peligro la credibilidad y la estabilidad de nuestras instituciones democráticas.” (Resalta la Sala)

En síntesis:

El carácter sancionatorio que se ha atribuido al proceso de pérdida de investidura, debe ser visualizado *prima facie* de cara al respeto de las garantías procesales y al carácter taxativo de las causales que dan lugar a despojar la calidad de congresista.

Dada la particular naturaleza de este proceso sancionatorio, y las graves consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, toda vez que conlleva una limitación permanente en el ejercicio de un derecho político-fundamental, el juez tiene el deber de aplicar de manera estricta al proceso de pérdida de la investidura todas las garantías del debido proceso.

4.8. Hechos probados

El Representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros, quien fue elegido por el Departamento de Boyacá para el período constitucional 2010-2014, fue condenado mediante sentencia de 3 de marzo de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de

Boyacá en sede de acción de repetición, providencia en la que se le ordenó al condenado pagarle al hospital San Rafael de Tunja la suma de \$92'866.741,00 pesos m/cte, por cuanto se consideró que en su calidad de Gerente del aludido centro asistencial, actuó con dolo o culpa grave al declarar inmotivadamente insubsistente el nombramiento de un empleado que se encontraba desempeñando un cargo de carrera administrativa. En su sentencia, el Tribunal omitió fijar el plazo en el que debía hacerse efectivo el pago de la condena proferida en repetición, no obstante lo cual el congresista hoy demandado realizó un pago al hospital por la suma de \$92 866 741 pesos m/cte, mediante 8 consignaciones bancarias efectuadas entre el 12 y el 14 de junio de 2007, esto es, 24 meses después de haberse decretado la condena. El hospital San Rafael de Tunja se abstuvo de expedir el correspondiente paz y salvo, con el argumento de que la deuda se había incrementado por los intereses moratorios causados entre la época de ejecutoria del fallo condenatorio y la fecha en que se hicieron las correspondientes consignaciones, lo que implica que fueron incompletos los pagos efectuados por el congresista demandado, quien fue elegido Representante a la Cámara cuando aún no estaba satisfecha la obligación resarcitoria.

Valoradas las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes:

El señor Rafael Romero Piñeros, quien desde el 7 de enero de 1993 desempeñó las labores de Director de la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja, declaró insubsistente el nombramiento de un empleado que desempeñaba un cargo de carrera administrativa, determinación que implicó que, posteriormente, la entidad fuera condenada al reintegro del funcionario, con el reconocimiento pecuniario correspondiente al restablecimiento del derecho. En relación con este hecho, es pertinente resaltar particularmente las incidencias fácticas que a continuación se reseñan.

Por medio de resolución calendada el 10 de junio de 1992, expedida por el entonces Director del hospital San Rafael de Tunja, se dispuso el nombramiento del señor Dídimo Duarte Suescún en el cargo de "*Promotor II de Saneamiento Ambiental*", perteneciente a la planta de personal del mencionado centro asistencial (f. 144 anexo n.º 1.2 del cuaderno de pruebas del proceso de nulidad electoral n.º 2010-0039).

El señor Rafael Romero Piñeros fue designado Director General de la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja, mediante Resolución n.º 003 de 1993 expedida por el Director de la Unidad Regional de Salud de Tunja (f. 148, anexo n.º 1.2 del cuaderno de pruebas del proceso electoral n.º 2010-0039).

A través de acto administrativo fechado el 19 de noviembre de 1993, suscrito por el señor Rafael Romero Piñeros en su calidad de Director General de la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja, se retiró del cargo al señor Dídimo Duarte Suescún, lo cual se hizo en los siguientes términos:

“ARTÍCULO ÚNICO.- Declárase insubsistente el nombramiento del señor Dídimo Duarte Suescún, del cargo de Promotor II de Saneamiento Ambiental del Hospital San Rafael de Tunja, a partir de la fecha...” (f. 146, anexo n.º 1.2 del cuaderno de pruebas del proceso electoral n.º 2010-0039).

El señor Dídimo Duarte Suescún promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo anteriormente reseñado, que fue resuelta por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante sentencia del 17 de junio de 1998, en la cual se resolvió reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando, o a uno de igual o superior categoría y remuneración, con el reconocimiento de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el período de desvinculación, sin solución de continuidad para todos los efectos legales. En sustento de tal decisión, el Tribunal consideró:

“Está demostrado en el proceso que el señor DÍDIMO DUARTE SUESCÚN se encontraba inscrito en la carrera administrativa según resolución n.º 3632 del 21 de enero de 1992 (folio 4) en el cargo de Promotor de Saneamiento en control de alimentos, Código 461005. Igualmente está demostrado que mediante la resolución n.º 1087 del 19 de noviembre de 1993 fue declarado insubsistente del cargo de Promotor de Saneamiento Ambiental II. Resultando así que su insubsistencia no se realizó conforme a la Ley teniendo en cuenta que para ello debió adelantarse un procedimiento administrativo que concluyera con su separación del cargo en el cual se encontraba inscrito en la carrera administrativa. Es decir, el derecho a permanecer en el cargo de Promotor de Saneamiento Ambiental emana del acto por medio del cual se inscribió en la carrera administrativa, y que la administración discrecionalmente no podía separarlo del cargo” (fls. 186 a 193, anexo n.º 1.2 del cuaderno de pruebas del proceso electoral n.º 2010-0039).

El señor Dídimo Duarte Suescún fue reintegrado en el cargo de técnico de saneamiento sanitario código 4230, mediante Resolución n.º 0603 del 29 de septiembre de 1998 emanada del Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (f. 174 anexo n.º 1.2 del cuaderno de pruebas del proceso electoral n.º 2010-0039). Con ocasión del reintegro, la mencionada empresa pagó al empleado restituido la suma de \$65 838 882,00 (f. 164), la

cual fue reconocida primero en la Resolución n.º 0589 del 23 de abril de 1999 (f. 182) y, posteriormente, mediante la Resolución n.º 0713 del 4 de junio de 1999 (f. 183).

La E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja promovió acción de repetición en contra del señor Rafael Romero Piñeros (fls. 277 y siguientes, c. de pruebas n. 6 del proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030)³⁴, la cual fue fallada en forma definitiva por la Sala de Decisión Uno de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia calendada el 3 de marzo de 2005, en la cual se resolvió:

“PRIMERO.- Declarar patrimonialmente responsable al señor Rafael Romero Piñeros, identificado con C.C. 19.250.046 de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior condénase al señor Rafael Romero Piñeros a pagar al Hospital San Rafael de Tunja, la suma de noventa y dos millones ochocientos sesenta y seis mil setecientos cuarenta y un mil pesos con seis centavos (\$92.866.741,06) m/cte.

TERCERO.- Téngase al doctor José de los Santos Chacín López como apoderado del señor Rafael Romero Piñeros, para los fines y en los términos del poder conferido, visible a folio 145.

CUARTO.- Devuélvase el expediente al Director Seccional de Administración Judicial de Bogotá, para su traslado al Tribunal de origen”. (fls. 177 y 178, c. de pruebas n.º 6 del proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030)³⁵.

Como fundamento de dichas decisiones, el Tribunal Administrativo de Boyacá encontró que estaba demostrada la negligencia con la que actuó el señor Rafael Romero Piñeros cuando, en su calidad de Director del hospital San Rafael de Tunja, declaró insubsistente el nombramiento de un empleado que se encontraba designado en un cargo de carrera administrativa, actuación que se desplegó sin que se expusiera motivación alguna y sin que se respetaran las normas del debido proceso. En palabras del Tribunal:

³⁴ De conformidad con la pretensión primera de la demanda de acción de repetición, la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja buscaba que se hiciera la siguiente declaración: “... 1. Que el doctor RAFAEL ROMERO PIÑEROS, es patrimonialmente responsable por haber cometido dolo y culpa grave (artículo 88 y 90 de la Constitución). Daños causados directa o indirectamente al E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, generando de esta manera el pago al señor DÍDIMO DUARTE SUESCÚN... en cumplimiento de sentencia de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá de fecha 17 de junio de 1998, como consecuencia de haber sido declarado insubsistente del nombramiento en el cargo que desempeñaba para la época...” (f. 278).

³⁵ La sentencia fue notificada por edicto desfijado el 26 de mayo de 2005 (f. 426, c. pruebas n.º 6, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030).

“Del análisis integral de las pruebas allegadas al proceso, a la luz de la sana crítica, la Sala califica la conducta desplegada por el demandado al expedir el acto anulado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, como negligente, de falta de prudencia y del debido cuidado que como director y nominador le eran exigibles, porque si bien es cierto que el legislador ha dotado a la administración de mecanismos para el manejo de personal, los mismos no pueden ser utilizados caprichosamente ni de manera arbitraria.

De los testimonios recepcionados se evidencia con claridad la falta de cuidado en la toma de decisiones como la contenida en el acto administrativo anulado por el Tribunal Administrativo, contrario a lo afirmado por el demandado de que “no está probado ni existe indicio grave ni leve de la culpa grave o dolo del demandado, y la parte demandada es consciente de los errores que para la época de los hechos existían en los archivos y kárdex del Hospital”, porque de vieja data la legislación ha consagrado causales y procedimiento reglado para retirar del servicio a los servidores escalafonados, por lo que de haber consultado a sus asesores en debida forma, con seguridad diferente hubiera sido su resultado, porque no hay discusión de que el legislador ha puesto a disposición de la administración la institución de la insubsistencia, pero ésta no puede ser utilizada indiscriminadamente. Luego, en el caso del retiro por el mecanismo de la insubsistencia sin que previamente haya mediado la calificación insatisfactoria y el procedimiento previsto en la ley, resulta actuar abiertamente arbitrario e inexcusable.

Ahora, el artículo 123 de la Constitución Política dispone que los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad, y deben ejercer sus funciones de conformidad y en la forma prevista en la Constitución, en la ley y reglamento, y el artículo 125 ibídem señala las causales de retiro de los empleados escalafonados, luego no tiene la mínima de aceptación cuando considera que actuó bajo el convencimiento claro e invencible de que el señor Duarte Suescún era de libre nombramiento y remoción, y que su decisión iba dirigida a mejorar el servicio público.

Pues en el caso del demandante, como lo aduce el Ministerio Público, no son admisibles los argumentos exculpatorios, y tiene razón el colaborador, al evaluar su categoría, preparación, su calidad de Director, de cabeza de la empresa social, que mínimo y como buen ciudadano debía conocer la Constitución Política, pero de no ser así, lo lógico es que contara con un grupo de asesores idóneos que le permitieran tomar decisiones conforme al ordenamiento jurídico, máxime cuando de por medio está el patrimonio del Estado.

No resulta de recibo el argumento en relación con el desconocimiento que aduce... de la situación laboral del señor Dídimo Duarte Suescún, pues la ignorancia de la ley, ni su propia culpa, pueden ser alegadas en su favor, menos aún cuando dada su condición de nominador, la ley le ha dado la facultad de nombrar y remover al personal de la empresa social, y por esa razón debía atender los negocios encomendados con el cuidado que aún

las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

(...)

Así las cosas, de los elementos reseñados la Sala observa en el caso bajo examen, que se dan los presupuestos exigidos por el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Nacional, pues el demandado con su conducta negligente dio lugar a que por vía de sentencia fuera condenado el Hospital San Rafael de Tunja, condena por la que debió hacer las correspondientes erogaciones del presupuesto... en la suma de \$64'048.508,00; suma que el demandado deberá devolver actualizada de la manera que se indicará más adelante...

(...)

Este valor pagado por la entidad demandante, se debe indexar, con base en el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, aplicando la siguiente fórmula:

$Ra = RH \frac{\text{Índice final (mes anterior a la sentencia)}}{\text{Índice inicial (fecha en que se efectuó el último pago)}}$

(...)

Total a pagar: \$92'866.741,06..." (f. 405 a 422, c. pruebas n.º 6, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030).

De forma paralela, la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja promovió otro proceso de acción de repetición en contra del señor Rafael Romero Piñeros, trámite que también estaba relacionado con la declaración de insubsistencia de otro funcionario del mencionado centro asistencial. Dicho proceso culminó con la sentencia del 1º de octubre de 2008, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, dentro del proceso de radicación n.º 15001-23-31-000-2000-02021-01 (31.877), providencia en la cual se decidió revocar el pronunciamiento de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá –en la que se había condenado al demandado en repetición–, para en su lugar absolver de toda responsabilidad al señor Romero Piñeros³⁶. Para tal efecto, consideró la Sección Tercera:

“De las pruebas que obran en el proceso, es claro que el doctor Rafael Romero al momento de proferir el acto administrativo de insubsistencia actuó con el convencimiento de que estaba actuando conforme a la ley y al reglamento, toda vez que la situación laboral del empleado que se pretendía retirar no estaba plenamente definida, comoquiera que no existía certeza si aquél era un empleado de libre nombramiento y remoción, pues no estaba

³⁶ En los fundamentos fácticos de la providencia citada se hizo mención de las pruebas obrantes en el respectivo expediente en los siguientes términos: "... 4.4. Copia auténtica de la resolución n.º 077 del 17 de febrero de 1993, por medio de la cual el Director del Hospital San Rafael de Tunja, sin motivación alguna, declaró insubsistente al señor Germán de la Cruz Rodríguez Pérez del cargo de Jefe de Suministros de dicha entidad..."

inscrito en el escalafón de carrera administrativa, o si por el contrario, se trataba de un empleado que tenía una estabilidad relativa por estar ocupando un cargo en período de prueba. Debe señalarse que aunque el demandado suscribió la resolución que retiró del servicio de manera irregular a un funcionario que para ello tenía un procedimiento previsto en la ley, éste lo hizo con el convencimiento de que se trataba de un empleado cuyo nombramiento se asemejaba al de uno de libre nombramiento y remoción...

(...)

Así las cosas, de lo anterior se infiere, que si bien el demandante pudo haber revisado personalmente los antecedentes laborales del funcionario declarado insubsistente, lo cual demostraría una diligencia esmerada en el asunto que se discute en el proceso, la Sala considera que la omisión de esta conducta no configura culpa grave. El artículo 63 del Código Civil establece que la culpa grave consiste “en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”. En efecto, de acuerdo con lo dicho, no está demostrado que el demandado hubiera expedido el acto administrativo de insubsistencia de manera negligente o descuidada, sino que por el contrario, actuó basado en el principio de confianza que tenía sobre los funcionarios encargados de verificar la situación laboral del empleado, y con el convencimiento de estar obrando conforme a la Constitución, la Ley y el reglamento” (fls 351 a 362, c. pruebas n.º 7, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030).

El señor Rafael Romero Piñeros intentó llegar a un acuerdo de pago con la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja en relación con la repetición que se le impuso por la inmotivada insubsistencia del señor Dídimo Duarte Suescún. Dicho intento de arreglo no pudo concretarse debido a que el condenado no contaba con las sumas de dinero cuyo pago requería el centro asistencial quien, previas reuniones de su comité de conciliación, reclamó no sólo el pago de la suma dineraria fijada en la sentencia de acción de repetición, sino también lo correspondiente a los intereses causados entre la fecha de ejecutoria de dicha decisión y el momento en el que se extinguiera la obligación por pago total. De dichos trámites es pertinente reseñar lo siguiente.

El 14 de noviembre de 2006, el condenado en repetición formuló propuesta de arreglo ante la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja, en los siguientes términos:

“Entrega de un apartamento con un garaje, avaluado en \$40'000.000... situado en la Carrera 11 # 2ª – 95 apto 301 de Tunja, sobre el cual en el momento existe una hipoteca de 8 millones, la cual se saneará si se acepta este bien como parte de pago.

Pago del saldo restante en cuotas mensuales de \$800.000 (ochocientos mil pesos m/cte).

Con lo anterior se saldaría la cuenta indexada ya por parte del Tribunal.

Agradezco la atención y espero sea sometida esta propuesta al comité de conciliación del Hospital para después ser llevada a autoridad competente para ser avalada” (f. 37, c. pruebas n.º 7, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030).

En sesión llevada a cabo el 21 de diciembre de 2006, el comité de conciliación de la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja consideró que no era adecuada la propuesta formulada por el señor Rafael Romero Piñeros, en atención a que la misma no era rentable e implicaba la administración de un bien inmueble, lo cual no resultaba favorable para el desarrollo del objeto social que tenía a su cargo la entidad (f. 327 a 331, c. pruebas n.º 6, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030).

Mediante reunión celebrada por el comité de conciliación de la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja –acta n.º 05 de 2007–, la entidad evaluó nuevamente la propuesta presentada por el señor Romero Piñeros, en el sentido de cancelar parte de la deuda con la entrega de un inmueble y lo restante en cuotas. El comité de conciliación concluyó:

“Teniendo en cuenta lo anterior y luego de las deliberaciones necesarias, se encuentra que la propuesta se acepta, en cuanto a recibir el pago de \$40'000.000, producto de la venta del inmueble como valor mínimo, en un plazo que no exceda de 3 meses. En cuanto a las cuotas mensuales, no se acepta la propuesta, ya que el saldo sería cancelado después de 55 meses, por lo que en aras de obtener un acuerdo razonable, el Comité de Conciliación, encuentra viable que el saldo sea cancelado en cuotas mensuales de \$1'500.000, siendo susceptible de renegociar tal valor en caso de tener una relación laboral estable.

Por último, de llegarse al acuerdo, el mismo se formalizará ante la Procuraduría General de la Nación” (fls. 100 a 106, c. pruebas n.º 6, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030).

Fracasadas las negociaciones para el pago de la deuda, el señor Rafael Romero Piñeros canceló a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja la suma de \$92 866 741,06, lo que hizo mediante 8 consignaciones (fls. 206 y siguientes, cuaderno anexo n.º 6, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030) que fueron recibidas por la mencionada entidad mediante acta calendada el 14 de junio de 2007, en la que se hicieron constar los siguientes datos:

“En la ciudad de Tunja a los 14 días del mes de junio de 2007, se hizo presente ante la oficina jurídica de la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja, el señor JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ, identificado con la C.C. n.º 6774550 de Tunja, en su calidad de asistente del doctor Rafael Romero Piñeros, con el fin de hacer entrega de siete (7) consignaciones realizadas a la cuenta de ahorros del banco Davivienda, a nombre de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja con fecha del 12, 13 y 14 de junio de los corrientes, respectivamente. Y recibo de caja de la E.S.E. para un total de \$92.866.741, suma esta ordenada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia proferida dentro del proceso de acción de repetición n.º 2000-2016” (f. 455, c. de pruebas n.º 6, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030).

El 19 de junio de 2007, pocos días después de recibirse el pago por parte del señor Rafael Romero Piñeros, la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja radicó un memorial ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el que solicitaba información sobre *“... si en el caso que nos ocupa la suma a la que fue condenado el demandado debe ser indexada y en caso afirmativo se me informen los parámetros a seguir...”* (f. 43, anexo n.º 1, proceso de nulidad electoral n.º 2010-00030). En respuesta a dicho escrito, el Tribunal Administrativo de Boyacá expidió una providencia en la que señaló:

“Ingresa el expediente al despacho con memorial (f. 199), presentado por el representante legal del demandante, mediante el que otorga poder a la Dra. Ana Yazmín Torres portadora de la T.P. 94.845 del C.S. de la J.

Así mismo, a folio 203, la apoderada eleva consulta (f. 203), ante este despacho, a fin de que se le informe, si la sentencia proferida dentro del presente proceso y la cual ya quedó en firme, debe ser indexada, dado que el demandado sólo canceló el valor bruto de la condena.

Respecto a este último asunto, debemos aclarar que el Código Contencioso Administrativo señala en su artículo 178 que serán actualizables todas las sentencias proferidas por esta jurisdicción, entendiéndose entonces, que la repetición también lo será” (f. 349, anexo n.º 1, proceso de nulidad electoral n.º 2010-00030).

Inconforme con el pago recibido por valor de \$92.866.741,06 y bajo el entendido de que el mismo no comprendió la totalidad de la obligación de la que era acreedora, la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja promovió proceso ejecutivo singular en contra del señor Rafael Romero Piñeros, el cual culminó con la providencia calendada el 25 de noviembre de 2011, en el sentido de negar la ejecución que era pretendida por la mencionada entidad. De dicho trámite, es pertinente tener en cuenta los hitos procesales que pasan a resumirse.

En la demanda que dio inicio al proceso de ejecución, se alegó como fundamento la demora de dos años en el pago de la deuda consagrada en la sentencia del 3 de marzo de 2005, y con base en ello se solicitó trámite favorable a las siguientes pretensiones:

“PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicito al señor juez, librar mandamiento de pago en contra del demandado Rafael Romero Piñeros y a favor de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja por las siguientes sumas de dinero:

PRIMERO: Por los intereses moratorios causados desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, es decir, desde el día 1º de junio de 2005, fecha en la cual quedó ejecutoriado el fallo condenatorio, hasta la fecha en que fue cancelada la misma, es decir, el día 14 de junio de 2007, liquidados a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

(...)

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

En caso de no prosperar la pretensión principal, solicito al señor Juez librar mandamiento de pago en contra del demandado Rafael Romero Piñeros y a favor de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja por las siguientes sumas de dinero:

PRIMERO: Por la indexación correspondiente con base en el índice de precios al consumidor, al momento de actualizar la suma de noventa y dos millones ochocientos sesenta y seis mil setecientos cuarenta y un pesos con seis centavos (\$92.866.741,06) a la fecha en que se realizó el pago, es decir el 14 de junio de 2007” (fls. 74 a 77, anexo n.º 1, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Tunja, mediante providencia calendada el 12 de noviembre de 2008, avocó el conocimiento del trámite de ejecución y libró mandamiento de pago “... por el valor de los intereses de mora causados entre el 1º de junio de 2005 y el 14 de junio de 2007, sobre la suma de \$92.866.741,06, liquidados a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia...” (fls. 115 y sgts., anexo n.º 1, proceso de nulidad electoral n.º 2010-0030).

Surtido el trámite pertinente, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Tunja

profirió la sentencia del 25 de noviembre de 2011, en la que decidió negar la ejecución solicitada por la E.S.E. hospital San Rafael de Tunja y, además, declarar de oficio “... la prosperidad de la EXCEPCIÓN DE PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN POR CONCEPTO DE INTERESES MORATORIOS, causados por la mora en el cumplimiento de la obligación contenida en la sentencia de fecha 3 de marzo de 2005, en los términos expuestos en la presente providencia...” (f. 224, c. ppl).

En la parte motiva del citado fallo, el juzgado administrativo consideró que no era procedente ordenar la ejecución por la deuda correspondiente a los intereses de mora sobre la condena impuesta en la sentencia del 3 de marzo de 2005, en la medida en que el señor Rafael Romero Piñeros hizo el pago de esos emolumentos mediante consignaciones efectuadas en el mes de junio de 2007, las cuales, según las normas civiles relacionadas con la imputación de pagos, deben entenderse como abonadas a los intereses moratorios, y no al capital. Según se dice en la sentencia, la deuda del señor Rafael Romero Piñeros permaneció insoluble frente al capital, respecto del cual no se solicitó la ejecución en el libelo introductorio. Del mismo modo, en la sentencia se consideró que era pura y simple la obligación consignada en el fallo de la acción de repetición, lo que implica que se generaron intereses de mora a partir de la ejecutoria de la providencia que constituyó el crédito, y durante el tiempo en que permaneció impagado el mismo. En palabras del juzgado:

“El caso que se desata se aprecia coincide con la hipótesis arriba señalada, por cuanto, es claro, conforme se ha podido decantar en la presente providencia, que el ejecutado señor Rafael Romero Piñeros, a la fecha de pago -14 de junio de 2007- de la obligación contenida en la sentencia de fecha 3 de marzo de 2005 proferida por el TAB, adeudaba a la entidad estatal aquí ejecutante, no tan sólo el capital impuesto a título de condena en dicho proveído, sino además los intereses de mora sobre la misma obligación, ello a título de indemnización de perjuicios, por la mora en el cumplimiento de la misma.

Se encuentra establecido a este punto que el ejecutado adeudaba entonces al 13 de junio de 2007, la cuantía total de la condena impuesta en la sentencia de autos, que respondía a la suma de noventa y dos millones ochocientos sesenta y seis mil seiscientos cuarenta y un pesos con seis centavos \$92'866.741,06 m/cte, y los intereses moratorios por la mora en el cumplimiento de dicha obligación, según se liquidó anteriormente por cuantía de diez millones ochocientos trece mil cuatrocientos tres pesos con treinta y dos centavos (\$10'813.403,32), obligaciones que en conjunto sumaban ciento tres millones seiscientos ochenta mil ciento cuarenta y cuatro pesos con treinta y ocho centavos (\$103'680.144,38).

No obstante, se aprecia que el pago realizado lo fue tan solo por la suma de noventa y dos millones ochocientos sesenta y seis mil setecientos cuarenta y un pesos con seis centavos (\$92'866.741,06), no siendo suficiente para satisfacer el monto total de las obligaciones que se radicaban en cabeza del aquí ejecutado por concepto de capital e intereses de mora.

En virtud de lo cual y por aplicación del artículo 1653 del C.C., cuyo contenido ya fue descrito e interpretado, se presenta que el pago realizado por el ejecutado y que se acredita a folios 34 a 36 de la presente, se imputó en primer lugar a lo debido por concepto de intereses de mora, y el saldo a lo adeudado por concepto de capital. Así, de los \$92'866.741,06 pagados por el ejecutado, se imputaron en primer orden al pago de los intereses moratorios adeudados, la suma de \$10'813.403,32, y el saldo que corresponde a la suma de \$82'053.337,74 al capital adeudado, quedando un saldo por pagar por concepto de capital de \$10'813.403,32.

Luego, se presenta que la obligación por concepto de intereses moratorios a cargo del ejecutado, por la mora en el cumplimiento de la obligación impuesta en la sentencia de fecha 3 de marzo de 2005 proferida por el TAB, nació a la vida jurídica como se mostró, por regularlo así la ley de conformidad con el marco normativo y argumentación presentada en acápite anterior, habiendo sido expresa y clara, no obstante la misma no reúne la calidad de actualmente exigible, pues se aprecia en forma protuberante que la misma se extinguió por pago, por así disponerlo la ley, particularmente el artículo 1653 del C.C., encontrándose a la fecha de la interposición de la ejecución de que se trata "ya satisfecha", comoquiera que el pago efectuado por el ejecutado, como ya se mostró, se imputó primero al pago de los intereses moratorios, y el saldo al pago del capital, ello comoquiera que se aprecia que el acreedor no consintió expresamente en que el pago se imputara a capital, o por lo menos ello no se puede colegir del material probatorio aportado, pues el tenor de la norma es que dicha manifestación debe ser expresa, entendiéndose por ello, que no dé lugar a dudas. Adicionalmente se presenta que mucho menos la entidad otorgó carta de pago del capital sin mencionar los intereses, a fin de presumir estos pagados, lo anterior pues precisamente este es el motivo determinante que lleva a la entidad estatal acreedora a interponer la acción que se resuelve" (fls. 222 y 223, c. ppl).

El señor Rafael Romero Piñeros se inscribió por el Partido Liberal Colombiano, como candidato a la Cámara de Representantes por el Departamento de Boyacá, con miras a ser elegido para el período constitucional 2010-2014. Durante los comicios electorales, el congresista hoy demandado resultó electo. No obstante, en el marco de los trámites administrativos relacionados con la declaración de la elección, varios ciudadanos solicitaron al Consejo Nacional Electoral que se abstuviera de expedir los actos administrativos que le otorgarían al mencionado señor la calidad de congresista y, en respuesta a dichas peticiones, la autoridad electoral profirió varias decisiones que culminaron con la declaración de la elección del congresista demandado.

Así, por medio de la resolución n.º 0529 de 2010, el Consejo Nacional Electoral negó una solicitud de revocatoria de la inscripción del señor Rafael Romero Piñeros, lo cual había sido solicitado con base en la causal de inhabilidad consagrada en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política. El C.N.E. mantuvo la inscripción electoral del mencionado señor, con la consideración de que para el momento en que se formalizó la postulación del candidato, ya había sido pagada la condena que le había sido impuesta por la jurisdicción contenciosa en sede de repetición. Según dijo la autoridad electoral:

“Analizadas la pruebas obrantes en el plenario, esta Corporación encuentra que el señor Rafael Romero Piñeros no se encuentra inhabilitado para ser elegido en el cargo de Representante a la Cámara por el Departamento de Boyacá, en aplicación del artículo 122 superior, comoquiera que él ya pagó con (sic) la sanción a la que fue condenado en la sentencia del 03 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá...” (fls. 404 a 408 del anexo n.º 4 del cuaderno de pruebas del expediente de nulidad electoral n.º 2010-0039).

Posteriormente, en la Resolución n.º 1236 del 11 de junio de 2010, *“por medio de la cual se niegan las solicitudes de abstención de declaratoria de elección del señor Rafael Romero Piñeros a la Cámara de Representantes por la circunscripción de Boyacá...”*, el Consejo Nacional Electoral consideró que era procedente declarar la elección del congresista hoy demandado, comoquiera que fue pagada la condena que le fue impuesta por la jurisdicción contenciosa. Dice además que, aún si se demostrara que no hubo pago de los intereses generados respecto de la obligación, entonces debería tenerse en cuenta también que la deuda relacionada con los intereses, es totalmente distinta a la obligación principal, razón ésta por la cual no se configura la inhabilidad alegada con base en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política. Dijo el C.N.E.:

“Para definir esta situación, esta Corporación acoge el concepto del Ministerio Público, en cuanto ha interpretado que la condena impuesta al señor Romero Piñeros fue pagada de manera total al E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, y que los intereses derivados de ella no corresponden a la deuda principal, al ser una actuación accesorio e independiente de ésta, razón por la cual no existe ninguna inhabilidad para decretar la elección del candidato referido como Representante a la Cámara por el Departamento de Boyacá” (fls. 365 a 382, anexo n.º anexo n.º 2 del cuaderno de pruebas del proceso de nulidad electoral n.º 2010-0039).

Finalmente, a través de la Resolución n.º 1246 del 17 de junio de 2010, en sede de reposición el Consejo Nacional Electoral confirmó en todas sus partes lo decidido en el

acto administrativo mencionado en el párrafo inmediatamente anterior del presente acápite de hechos probados. En esta oportunidad, la autoridad electoral agregó a su argumentación el razonamiento según el cual, como en la sentencia de condena en repetición no se fijó un término para el cumplimiento de la condena, entonces no es posible alegar la causación de unos intereses moratorios en contra el señor Rafael Romero Piñeros, razón por la cual puede entenderse que ya fue satisfecha la obligación que le fue impuesta al mencionado. En los términos de la resolución n.º 1246:

“Entonces, al señor Romero Piñeros no se le determinó de manera expresa el término dentro del cual debería de haber pagado la suma a la que fue condenado en la sentencia referida, razón por la cual no se puede ahora argumentar la existencia de intereses de una obligación por su pago extemporáneo cuando no se fijó un plazo para cumplirse, omisión clara en la que incurrió la decisión referida y el apoderado de la parte actora en solicitar su determinación en el respectivo fallo, antes de él, o posterior, como consecuencia de una aclaración de la misma” (fls. 425 a 441, anexo 4 del proceso de nulidad electoral n.º 2010-0039)³⁷.

Contra los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la elección del señor Rafael Romero Piñeros como Representante a la Cámara, varios ciudadanos interpusieron acciones de nulidad de carácter electoral, las cuales fueron acumuladas por el Consejo de Estado mediante auto del 11 de noviembre de 2010 (f. 564, c. ppl del proceso de nulidad electoral n.º 2010-0039). En el trámite ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se profirió la sentencia del 21 de septiembre de 2011, en la cual se decidió no declarar inválidos los actos infirmados. Como sustento de dicha decisión, la Sección Quinta consideró que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política sólo puede hacerse efectiva cuando la condena patrimonial haya sido impuesta por un juez penal, cosa que no ocurrió en el presente caso.

4.9. Examen de la situación procesal

El Representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros, quien fue elegido por el departamento de Boyacá para el período constitucional 2010-2014, fue condenado mediante sentencia del 3 de marzo de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sede de acción de repetición, providencia en la que se le ordenó al condenado pagarle al hospital San Rafael de Tunja la suma en pesos de \$92866.741,00 m/cte, por cuanto se consideró que en su calidad de gerente del aludido centro asistencial, actuó con dolo o culpa grave al declarar inmotivadamente insubsistente el nombramiento de un

empleado que se encontraba desempeñando un cargo de carrera administrativa. En su sentencia, el Tribunal omitió fijar el plazo en el que debía hacerse efectivo el pago de la condena proferida en repetición, no obstante lo cual el congresista hoy demandado pagó.

Las pruebas allegadas demuestran fehacientemente que el Congresista demandado Romero Piñeros realizó un pago al hospital San Rafael de Tunja (f. 188, c.ppl), por la suma de \$92'866.741,06 pesos m/cte, mediante 8 consignaciones bancarias efectuadas entre el 12 y el 14 de junio de 2007.

A juicio de la Sala, dicho pago constituye evidencia inequívoca de que el Congresista demandado pagó *“con cargo a su patrimonio el valor del daño”* al que le condenó el Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual ascendía exactamente a la suma mencionada.

La Sala considera que para los efectos de la causal de inhabilidad, tal y como fue instituida por el Constituyente en el artículo 122 *in fine* de la Constitución Política, el juez ha de estarse en estricto derecho al *quantum* al que ascendió la *“reparación patrimonial”* a la que el Tribunal condenó al servidor público, pues eso fue exactamente lo que este dispuso al consagrar positivamente su contenido normativo.

En ese mismo orden de ideas, lo que el juez ha de constatar para efectos de la verificación del hecho exonerativo, es si el condenado asumió *“con cargo a su patrimonio el valor del daño.”*

En el mismo sentido, juzga la Sala que, para los efectos de la causal de inhabilidad en estudio, *“el valor del daño”* no puede ser otro que el valor de la *“reparación patrimonial”* que fijó el Tribunal en la sentencia condenatoria. Se reitera que por tratarse de una norma de carácter sancionatorio, debe interpretarse en forma restrictiva, en los precisos y estrictos términos en fue instituida por el Constituyente.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a sostener que a la luz de los precisos términos de la previsión normativa que corresponde a la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 122 *in fine* CP, conforme rezan los claros términos de su tenor literal, el Constituyente no erigió el pago de los intereses en elemento integrante del supuesto fáctico configurativo de la causal de inhabilidad invocada.

En esas condiciones, mal podría el juez, so pretexto de realizar una interpretación sistemática de la regulación normativa de las obligaciones civiles, terminar añadiéndole al supuesto fáctico de la causal de pérdida de investidura, un elemento que la disposición constitucional no contempla.

Dados los claros e inequívocos términos de su tenor literal, y tratándose de una norma de carácter sancionatorio, no es dable al juez integrar el supuesto fáctico de la causal con elementos que, si bien podrían tener incidencia para efectos civiles, no forman parte del elemento típico de la conducta constitutiva de falta, conforme a la descripción que de esta hizo el Constituyente en la norma en la cual la erigió en causal de inhabilidad que conlleva pérdida de la investidura.

Esta postura se muestra, por lo demás, consonante con los criterios que han de guiar al juez en la interpretación de las normas jurídicas. Particularmente relevante para el caso presente resulta el principio de interpretación conforme, según el cual todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales. De dicho principio dimanar varios corolarios: (i) toda interpretación que no sea conforme a la Constitución, debe ser descartada; (ii) ante dos interpretaciones plausibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más consonante a los mandatos superiores; (iii) en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez deberá preferir la que tenga en cuenta los principios y valores Constitucionales que sean relevantes para el caso a decidir. En el caso concreto, ello significa que tratándose de una norma de carácter sancionatorio, al realizar su labor hermeneútica el juez deberá tener en cuenta que el sentido y alcance que le confiera a la norma, no resulte irrazonablemente perjudicial para los intereses legítimos del demandado.

En línea con lo expuesto, la Sala advierte que la aplicación de los principios de resolución de la duda en favor del demandado y de favorabilidad conducen a esta misma conclusión, según pasa a analizarse:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, como en forma reiterada se ha advertido a lo largo de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia que decidió la acción de repetición, omitió fijar el plazo para el cumplimiento de la obligación impuesta, lo cual era necesario conforme a lo

previsto en el artículo 15 de la Ley 678 de 2001 declarado exequible mediante sentencia C-484 de 2002, cuyo tenor literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 15. EJECUCIÓN EN CASO DE CONDENAS O CONCILIACIONES JUDICIALES EN ACCIÓN DE REPETICIÓN. En la sentencia de condena en materia de acción de repetición la autoridad respectiva de oficio o a solicitud de parte, deberá establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación.

Una vez vencido el término sin que el repetido haya cancelado totalmente la obligación, la jurisdicción que conoció del proceso de repetición continuará conociendo del proceso de ejecución sin levantar las medidas cautelares, de conformidad con las normas que regulan el proceso ejecutivo ordinario establecido en el Código de Procedimiento Civil.

El mismo procedimiento se seguirá en aquellos casos en que en la conciliación judicial dentro del proceso de acción de repetición se establezcan plazos para el cumplimiento de la obligación.”

En esas condiciones, mal podría afirmarse que jurídicamente fuese plausible aducir la causación de intereses moratorios para exigirle al Congresista demandado su pago, cuando no existía un plazo o condición que permitiera la constitución en mora del deudor.

En segundo lugar, la Sala considera que mal podría hacerse más gravosa la situación del Congresista demandado a causa de una omisión atribuible al Tribunal en fijar el plazo para el cumplimiento de la obligación.

Y en tercer lugar, no habiendo sido regulada expresamente por el Constituyente la cuestión atinente a la causación de intereses cuando se ha omitido establecer el plazo para el cumplimiento de la obligación, específicamente en cuanto concierne a la configuración de la causal de inhabilidad que según lo preceptuado en el artículo 122 *in fine* CP acarrea pérdida de la investidura, tampoco podría la Corporación, por la vía de la aplicación extensiva, hacer de este elemento parte integrante de los supuestos fácticos de la causal de inhabilidad. En último caso, como esta cuestión indudablemente se presta a discusión, se hace imperativo acoger la interpretación más favorable de la norma y resolver la duda en favor del demandado. Se reitera que en esta materia opera el principio de tipicidad de la conducta constitutiva de inhabilidad, que dicta que todo hecho sancionable tiene que estar descrito en forma inequívoca en la norma que lo tipifica.

Se reitera asimismo que, como se expuso en precedencia, en los procesos de pérdida de la investidura de Congresistas, que encarnan una manifestación del poder sancionatorio del Estado, el juez está obligado a preferir la interpretación que resulte más favorable y

que evite una restricción del derecho político a ser elegido, pues estas han de emanar de una previsión normativa expresa, bien de rango constitucional o legal.

Se insiste, además, que es imperativo para el juez interpretar restrictivamente las normas que establecen las causales de inhabilidad puesto que estas constituyen limitaciones al derecho constitucional fundamental a ser elegido y a acceder a funciones y cargos públicos garantizado por el artículo 40 de la Constitución Política.

En conclusión:

Quedó plenamente demostrado que el fallo del Tribunal Administrativo de Boyacá por el cual el parlamentario demandado fue declarado patrimonialmente responsable y fue condenado a pagar al Hospital San Rafael de Tunja la suma de \$92.866.741,06 como consecuencia de una acción de repetición, fue cabalmente cumplido por éste, toda vez que *con cargo a su patrimonio* efectuó el pago total de *"el valor del daño"* no puede ser otro que el valor de la *"reparación patrimonial"* a la cual fue condenado, según se definió en el resuelve del referido fallo (f. 454, Anexo n.º 2).

Fuerza es, entonces, concluir que no se configura la causal de pérdida de la investidura alegada comoquiera que en el caso analizado se verificó la ocurrencia del hecho exceptivo que enerva la configuración del supuesto fáctico de la causal de inhabilidad alegada.

Así habrá de decidirse.

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

FALLA

Primero: De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, **DENIÉGASE** la pérdida de investidura del representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros.

Segundo: Como se expresó en el párrafo 4 de los antecedentes, **RECONÓCESE** personería jurídica al profesional del derecho Hernando Alcocer Toloza identificado con la cédula de ciudadanía n.º 19 327 890 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional n.º 95 612 del Consejo Superior de la Judicatura, como abogado sustituto del congresista demandado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Vicepresidenta

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Aclara voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Aclara voto

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMEN TERESA ORTÍZ DE RODRÍGUEZ

Salvo voto

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Aclaro voto

DANILO ALFONSO ROJAS BETANCOURTH

Salvamento de voto

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Aclaro voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

ALBERTO YEPES BARREIRO

Ausente

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI)

Actor: JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO – MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Si bien he sido ponente en el fallo que se ha aprobado, debo aclarar mi voto en cuanto al alcance del artículo 122 de la Constitución Política que, en mi criterio, no configura una nueva causal de pérdida de investidura por inhabilidad como paso a precisarlo.

El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política tuvo como origen el Acto Legislativo No. 1 de 2004, relativo a la pérdida de derechos políticos. En efecto, el artículo 1º de este Acto Legislativo consagró:

“Artículo 1º. *Pérdida de derechos políticos.* El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”

Este artículo fue modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 2009, que en su artículo 4º dispuso:

“Artículo 4º. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados,

en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”

Como puede observarse, esta norma no modificó ni adicionó el artículo 179 de la Constitución Política que establece las inhabilidades para los congresistas, las cuales sí constituyen causal de pérdida de investidura.

Por el contrario, el inciso final del artículo 122 está ubicado dentro del capítulo “De la Función Pública”, que se refiere en general a los empleos públicos y no exclusivamente al caso de los congresistas. Por eso esta norma dispone que *“no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado.”*

El sujeto en este caso va más allá de los servidores públicos, pues llega incluso al particular que pretende celebrar un contrato con el Estado.

En el caso concreto de los servidores públicos, la norma dispone que tampoco puede ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado como servidor público, quien *“con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada”,* haya dado lugar a que *“el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”*.

En este último evento, si bien es cierto se establece una inhabilidad para el servidor público que haya incurrido en la conducta allí descrita, no se le atribuye a esta conducta la consecuencia de pérdida de investidura. Cuando la Constitución Política ha querido que una conducta determinada tenga esa consecuencia, así lo ha dispuesto en forma expresa. Véase por ejemplo el inciso 7º del artículo 109 de la Constitución Política que establece que *“la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo”*.

En el mismo sentido el artículo 110, en su inciso final dispone: “*El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura*”.

La Corte Constitucional en múltiples oportunidades ha insistido en la prevalencia de la norma más favorable cuando están de por medio los derechos de las personas, así por ejemplo en la sentencia C-551/03, la Corte señaló:

“(…) Por ende, esta segunda frase del numeral 1° puede ser armonizada con la Convención Interamericana, si se entiende que también hace referencia a sentencias en procesos de naturaleza penal. Y como, en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia³⁸. Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona. (…)”

En estos términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Consejera de Estado

³⁸ Ver sentencia C-400 de 1998, fundamentos 40 y 48, y sentencia C-358 de 1997, Fundamento 15.5

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI)

Actor: JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO – STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Con el debido respeto, expongo a continuación las razones que me llevaron a aclarar el voto, en relación con algunas consideraciones expuestas en la sentencia de 21 de julio de 2015, en el sentido de considerar que la prohibición consagrada en el artículo 122 constitucional procede no solo para las acciones de repetición, también para los llamamientos en garantía, en la medida en que este último es una repetición anticipada.

El inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Política prevé que, *“en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños [antijurídicos], que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”* (negritas fuera de texto).

Los aspectos sustanciales y procesales de la acción de repetición como del **llamamiento en garantía con fines de repetición**, regulados expresamente por la Ley 678 de 2001, se identifican, al punto que la Constitución y la ley autorizan a las entidades estatales para reclamar del agente estatal el reconocimiento del perjuicio patrimonial sufrido por la condena imputable, en ejercicio del llamado en garantía o de la acción de repetición. Tanto así que la entidad puede optar por i) presentar separadamente la demanda de repetición, en contra del servidor o ex servidor, una vez terminado el proceso en el que fue condenada a indemnizar los perjuicios causados o ii) formular el llamamiento en garantía dentro del mismo proceso en el que la administración es demandada, para que, una vez se juzgue su responsabilidad y si hay lugar a ello, se estudie la del funcionario o ex funcionario, al tiempo de que se establezca la obligación de reembolso de todo o

parte del pago que la entidad haya efectuado en virtud de la condena judicial proferida en su contra³⁹.

De manera que la restricción constitucional derivada del artículo 122 de la Carta opera en todo caso.

En los términos anteriores dejo consignado mi aclaración.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Consejera de Estado

³⁹ Sentencia de 29 de marzo de 2012, exp. 20460, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI)

Actor: JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO – LUCY JEANNETTE BERMUDEZ

Con el acostumbrado respeto, he de manifestar que aunque comparto la decisión tomada en el presente caso, por cuanto no se han demostrado los supuestos probatorios necesarios para acreditar la causal invocada de pérdida de investidura deprecada por el señor Julio César Ortiz Gutiérrez contra el Representante a la Cámara **RAFAEL ROMERO PIÑEROS**, considero importante reiterar, por vía de esta aclaración, mi posición sobre aspectos de importancia para el caso concreto, a saber: i) cómo opera el elemento subjetivo y objetivo como presupuesto fundamental para el estudio del referido medio de control⁴⁰; ii) la convencionalidad e iii) los intereses como parte de la condena que es objeto de pago mediante proceso ejecutivo.

i) ELEMENTO SUBJETIVO Y OBJETIVO

He sostenido de tiempo atrás que el carácter sancionatorio es connatural a la pérdida de investidura, en tanto se desarrolla sobre la conducta y responsabilidad personal de investido y en el que no cabe una

⁴⁰ En otras oportunidades también he sostenido que los elementos subjetivo y objetivo sirven para diferenciar los medios de control de pérdida de investidura y la nulidad electoral. Por otra parte, la acción de nulidad electoral corresponde a un juicio objetivo de legalidad sobre un **acto administrativo** (de elección, nombramiento, designación), el de pérdida de investidura es un juicio estrictamente sancionatorio en el que se juzga si un miembro de corporación incurrió en alguna de las causales que el constituyente o el legislador, según el caso, ha señalado como constitutiva de tal situación. Así, de entrada se observa que mientras en un caso el juzgamiento recae sobre un **acto**, en el otro recae sobre la **conducta** que ejecutó una persona.

interpretación objetiva, como sí acontece en el juicio contra la presunción de legalidad del acto administrativo de designación.

Así pues, cuando se trata de imponer la pérdida de investidura por la infracción al régimen de inhabilidades, al de incompatibilidades o por haberse incurrido en un conflicto de intereses, de que tratan los artículos 183, 110, 183.1, 179, 180 y 182 de la Constitución Política, e incluso el 122 superior, imperativo se torna precisar si al aplicar la normativa es suficiente la demostración de la simple *causalidad material* entre la acción y el resultado, como origen indefectible de la sanción que prevé el dispositivo.

No obstante, el primer interrogante que surge en la aplicación de esta normativa, es el de considerar, si para ello es suficiente la demostración de la simple *causalidad material* entre la acción y el resultado, y que establecida esta relación de causalidad, de contera surge la imposición de la consiguiente sanción, o si *contrario sensu*, lo que se impone es establecer en primer orden, bajo la comprensión de la norma completa, su real naturaleza jurídica, para a partir de ello, determinar si a la manera de las llamadas ciencias exactas, es suficiente para la imputación del resultado típico la simple causación material del mismo por parte de su autor.

He de recordar que la pérdida de investidura emana del Estado no como una manifestación general y abstracta, sino en ejercicio del poder punitivo, esto es, del *ius puniendi*, del que es titular, y que precisamente, por ello esa consecuencia, no es nada distinto a una sanción, a una pena, tanto en sentido formal como material.

Siendo ello así, no queda duda que la incursión en alguna causal de pérdida de investidura, inhabilidad o conflicto de intereses genera una sanción, y que por tanto, esta sanción administrativa, se ubica dentro del ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, lo cual impone, por ende, que la interpretación y aplicación de esta normativa encuentra fuente expresa en la propia Constitución Política y sea, bajo este marco fundamental que deban llevarse a cabo, habida cuenta que de conformidad con su artículo 29: “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*” y “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”, lo cual significa que el Derecho Sancionador, es por mandato constitucional de *acto*⁴¹ y no de autor, es decir, que no es suficiente acudir a la simple

⁴¹ Corte Constitucional. C-239 de 1997. “**a. La Constitución colombiana consagra un derecho penal del acto, que supone la adopción del principio de culpabilidad.**”

El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”. En

causalidad material para inferir responsabilidad al implicado en estos casos, sino que es imprescindible tener en cuenta el “**acto que se le imputa**”, esto es la conducta que realiza. Y esto que significa?. Nada más ni nada menos, que se impone reconocer que la ley no está regulando en estos eventos simples fenómenos causales, sino **actos humanos, acciones**, y que como tales, están integradas por una parte cognoscitiva y otra volitiva, siendo aquella la que le permite a la persona conocer y esta última determinarse de acuerdo con ese conocimiento, que necesariamente va dirigido a un determinado fin, esto es, que aquí no se trata de meros procesos causales sino de acciones dirigidas por la voluntad.

Se impone, entonces, así, reconocer que el supuesto de hecho contentivo de la prohibición o del mandato, está conformado por un aspecto objetivo y uno *subjetivo*, el primero remitido a la exteriorización de la conducta prevista en el tipo legal y el segundo, -que aquí se trata en segundo lugar para facilitar la exposición-, por cuanto es el aspecto que exige ser tratado con mayor extensión, esto es, el *subjetivo*.

En efecto, ese Derecho Sancionatorio por mandato constitucional es un derecho de *acto*, así resulta incuestionable entender que los comportamientos que realicen quienes incurran en alguna de las inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses, son *conductas*, conforme lo viene entendiendo la jurisprudencia y la doctrina al aplicar esta disposición del artículo 29 de la Constitución Política en todos los campos, pues, no está por demás recordar, que esta expresión quedó así

*estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un **derecho penal del acto**, en oposición a un **derecho penal del autor**.*

Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.

*Pero, además, un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. En otros términos, el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual **sólo puede llamarse acto al hecho voluntario**.*

La reprobación penal del hecho, entonces, debe estar referida no a su materialidad en sí misma, sino al sentido subjetivo que el autor confiere a su comportamiento social, en tanto que sujeto libre; y así, sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado, teniendo en cuenta su capacidad sicofísica para entender y querer el hecho, considerada en abstracto, y la intención, en concreto, de realizar el comportamiento que la norma penal describe”.

consagrada en la Carta no para significar nada distinto que una **conducta**, sino que al no ser aprobado el conjunto de disposiciones que se propusieron a la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente por la Comisión encargada de presentar las ponencias referidas a la justicia, y en las cuales se pretendía constitucionalizar todo un conjunto de principios que regularan y garantizaran los juzgamientos sancionatorios, partiendo de la exigencia de la conducta para que sea posible su comisión, pasando por el postulado de la previa tipicidad, la consiguiente antijuridicidad de la acción, esto es que con ella se pusiera en peligro o se vulnerara un bien jurídico legalmente tutelado, y de suyo, y como consecuencia de un **derecho sancionatorio de acto**, fuere predicable la *culpabilidad* en su autor; todo acompañado de la exigencia de un juez natural y del debido proceso, entre otros, se optó por dejar sustancialmente el texto que se consagraba en el artículo 26 de la Constitución de 1886, por considerarse que en esa disposición se estaban consagrando los principios que básicamente garantizaban un juzgamiento sancionador.

De ahí que, el término “**acto**” consagrado en el referido artículo 29 de la vigente Carta Política, deba, hoy por hoy, entenderse como referido a la **conducta**, pues de lo contrario, deberíamos colegir, que la Constitución está mutando la conducta infractora, para sancionar únicamente una parte de ésta, pues, una conducta puede, y generalmente, esto ocurre, está integrada por diversos actos.

Así, entonces, la ley al regular los comportamientos que impliquen la pérdida de investidura, no está regulando meros fenómenos causales, sino **conductas**, y así parezca redundante decirlo, “**conductas humanas**”, esto es, que esos comportamientos no pueden ser considerados únicamente en su resultado, en la mutación del mundo exterior, sino que ese resultado corresponda al conocimiento que haya tenido de la prohibición o del mandato típico, es decir, que se cumpla con el elemento cognoscitivo indispensable en el actuar, en cuanto es el que le permite al ser humano conocer y comprender la acción que va a exteriorizar, siendo de acuerdo con ese conocimiento que dirige su voluntad con el fin de lograr el fin propuesto, ejecutándose así la conducta que engloba estos dos elementos.

Corresponde, ya en materia jurídica determinar si esa conducta se adecúa a la mandada o prohibida por ley sancionatoria, para lo cual, se impone por parte del juzgador demostrar si la persona que lo realiza, en este caso un Senador, estaba en posibilidad de conocer el objeto de la prohibición y si efectivamente la conoció, procediendo de acuerdo con ese conocimiento a exteriorizar su conducta, adecuándola al supuesto de hecho previsto en la norma objeto de presunta violación, **no resultando, por ende, suficiente la consideración objetiva de la exteriorización de la acción, pues un tal proceder, significaría que el legislador no prohíbe “conductas humanas”, sino únicamente procesos causales, propios de las ciencias experimentales**, para cuyo estudio lo que interesa es

precisamente eso, el resultado fáctico y no el aspecto subjetivo de quien realiza el fenómeno.

En estas condiciones, teniendo como fuente directa la Constitución Política del Estado, la única posibilidad jurídica que existe de valorar esta clase de conductas es la de comprenderlas dentro del contexto de un *Derecho Sancionatorio de acto*, del cual emana la culpabilidad, respecto de la cual la misma norma constitucional en cita, el referido artículo 29, la exige, al determinar que *“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”*, siendo así plenamente coherente en su regulación, pues deja proscrita la simple responsabilidad objetiva, para exigirla culpabilista, la cual se elimina, imposibilitando elevar juicio de reproche alguno contra el presunto infractor, como cuando éste yerra frente al aspecto objetivo del tipo, esto es, del supuesto de hecho previsto en la norma, distanciando el contenido del mandato o de la prohibición del conocimiento que éste le haya dado al mismo, incurriendo así en lo que se conoce como un *error de tipo*.

De ahí que resulte reñido con la Constitución el considerar que la pérdida de investidura procede *objetivamente*, o sea, sin tener en cuenta el aspecto subjetivo de la conducta, acudiendo exclusivamente al *resultado*, pues un tal proceder termina desconociendo la conducta en sí misma, que es la que prohíbe o manda la preceptiva legal, pues la infracción consiste en desconocer el régimen de inhabilidades, de incompatibilidades o de conflicto de intereses, es decir, en realizar una conducta que lleve a su autor a infringir ese precepto, pues, en ninguna otra forma puede llegar a hacerlo, no lo puede ser como consecuencia de un fenómeno físico, sino de un actuar humano, que para lograrlo debe primero conocer la prohibición o el mandato típico y luego determinarse de acuerdo con ese conocimiento, esto es, realizando una conducta, toda vez que la ley no regula fenómenos físicos sino conductas.

Así, comenzando por las causales de inhabilidad es claro que nadie de manera inconsciente, casual o descuidada haya podido ser condenado por un delito doloso o preterintencional, porque tales modalidades delictivas imponen el conocimiento de la acción y sus consecuencias, pero, además, tampoco podría afirmar que no sabía de su condena porque así ella se hubiere proferido en su ausencia (antes reo ausente, hoy persona ausente), al menos antes de iniciar el proceso tendiente a inscribir su nombre para ser considerado en las elecciones habría conocido de tal acontecer y, si a pesar de ello se sometió al escrutinio popular, lo hizo de manera consciente de estar incurriendo en causal de inhabilidad generadora de pérdida de investidura.

Si del ejercicio de empleo público investido de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar se trata, es claro que sólo quien ha estado en pleno uso de sus facultades mentales ha podido ejercer tal

ministerio, por lo que de ser elegido bajo esta circunstancia no podrá afirmarse nada diferente a la clara conciencia del hecho, esto es el aspecto subjetivo de la acción.

He de reiterar, entonces, que la pérdida de investidura es una acción de carácter sancionatorio, en la que la **responsabilidad** es **personal** en la que se debe contar con el elemento subjetivo de la conducta humana, que se traduce en la culpabilidad, por cuanto en materia sancionatoria no puede haber responsabilidad objetiva, por estar ella proscrita por el artículo 29 constitucional.

Por lo tanto, en orden a determinar el real sentido de este conjunto normativo, y por ende, su horizonte de proyección, los supuestos de hecho previamente normados, imponen a su infractor una sanción, integrando, en esta forma, normas, de las denominadas, completas, lo cual significa que frente a los casos concretos objeto de juzgamiento, es igualmente, imprescindible establecer el autor de una de tales conductas, a quien se impone imputarle jurídicamente el resultado obtenido, siendo éste sujeto de la sanción correspondiente, que para este caso es la pérdida de investidura.

En efecto, lo que le da el carácter de sanción a una consecuencia jurídica es la afectación de derechos que el Estado le impone a quien ha infringido uno de los mandatos o de las prohibiciones que previa regulación ha dispuesto, para cumplir con sus fines, siendo por ello necesario traspasar el análisis formal de la norma, para que recuperando su contenido material, se parta de considerar que la consecuencia jurídica que implica su infracción, es emanada del Estado no como una manifestación general y abstracta, sino que lo hace en ejercicio de su poder punitivo, esto es, del *ius puniendi*, del que es titular, y que precisamente, por ello esa consecuencia, no es nada distinto a una sanción, y que si se quiere ser más precisos, de una pena, tanto en sentido formal como material, pues, esa -como ya se dijo- no es nada diferente a la afectación a un derecho del que es titular el infractor, la cual impone el Estado ante el incumplimiento a una prohibición o a un mandato, cuyo acatamiento le era exigible como destinatario de esa exigencia.

En síntesis, cuando de conductas tipificadas como causal de pérdida de investidura se trata es imperativo -por mandato Constitucional- tener en cuenta el aspecto subjetivo de ese "acto" típico y, en consecuencia, descartar de plano la responsabilidad objetiva que ha proscrito la Carta para el derecho sancionador.

Así, comenzando por las causales de inhabilidad es claro que nadie de manera inconsciente, casual o descuidada haya podido ser condenado por un delito doloso o preterintencional, porque tales modalidades delictivas imponen el conocimiento de la acción y sus consecuencias, pero, además, tampoco podría afirmar que no sabía de su condena porque así ella se

hubiere proferido en su ausencia (antes reo ausente, hoy persona ausente), al menos antes de iniciar el proceso tendiente a inscribir su nombre para ser considerado en las elecciones habría conocido de tal acontecer y, si a pesar de ello se sometió al escrutinio popular, lo hizo de manera consciente de estar incurriendo en causal de inhabilidad generadora de pérdida de investidura.

Si del ejercicio de empleo público investido de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar se trata, es claro que sólo quien ha estado en pleno uso de sus facultades mentales ha podido ejercer tal ministerio, por lo que de ser elegido bajo esta circunstancia no podrá afirmarse nada diferente a la clara conciencia del hecho, esto es el aspecto subjetivo de la acción.

Así pues, cuando se trata de imponer la pérdida de investidura por la infracción al régimen de inhabilidades, al de incompatibilidades o por haberse incurrido en un conflicto de intereses, de que tratan los artículos 183, 110, 183.1, 179, 180 y 182 de la Constitución Política, e incluso 122 superior imperativo se torna precisar tanto el precepto, en el que se contiene la descripción típica de la conducta que genera el reproche, como la consecuencia que la incursión en ella genera que en este evento es la sanción de pérdida de investidura.

Y considero que puede predicarse de cualquiera otra de las circunstancias tipificadas por los artículos 179, 180, 182, 110 y 122 de la Carta Política, en donde se consagra claramente la consecuencia de pérdida de investidura para los congresistas, pues todas ellas llevan ínsito el elemento subjetivo, pero en todo caso quedaría abierta la posibilidad para que con el rigor probatorio que corresponde, se pudiese presentar algún insólito y extraordinario evento en el que resulte demostrada alguna circunstancia exonerativa de responsabilidad en materia de pérdida de investidura.

ii) LA CONVENCIONALIDAD

Para explicar este tema, retomaré mi disertación en el salvamento de voto que como conjuer presenté contra la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado que negó la declaratoria de nulidad de la elección como Diputado del señor Osbaldo Cáceres Maldonado por cuanto la mayoría consideró que para la inhabilidad del art. 122 superior se requería única y exclusivamente de sentencia penal (sentencia de 14 de febrero de 2013. Exp. 2007-00149-01. Actor: Carlos Abdenago Guecha Sanabria) y que es mencionada y analizada en el presente proyecto.

A mi juicio cualquiera sentencia judicial, pero no penal, en la que se haya declarado que un agente del Estado es responsable patrimonialmente por haber actuado (acción u omisión) con dolo o culpa grave, situación

generadora de condena también patrimonial en contra del Estado. En este punto coincido con el proyecto de sentencia en estudio.

Pero advierto que no penal, por otras razones que paso a explicar: porque la calificación de conducta dolosa o gravemente culposa, resulta ajena a la acción punitiva, en razón a que allí la culpa no ha sido graduada, simplemente se habla de dolo o de culpa, la graduación es propia de la responsabilidad civil o administrativa, por lo que prima facie debería (y así debió entenderlo la Corte Constitucional en sus sentencias C-551 de 2003 y C-541 de 2010, pues al no hacerlo así desconoció todo nuestro ordenamiento jurídico y, en especial el punitivo) considerarse que cuando el constituyente primario incluyó como norma constitucional de marras, se estaba refiriendo a las hipótesis en que tal calificación es posible, a saber:

-La acción de repetición.

-El llamamiento en garantía con fines de repetición.

Si bien dentro de la acción penal -más técnicamente conjunta y paralelamente- se adelanta una acción civil, en virtud a que conforme a lo preceptuado por del Código Civil, el delito es una de las fuentes de las obligaciones y de su comisión se deriva la obligación de indemnizar, la declaratoria de responsabilidad penal solamente se hará por conducta dolosa o culposa, pero bajo el concepto de culpabilidad penal, que nada o muy poco tiene que ver con el dolo y la culpa grave civil o administrativa (disciplinaria) y la condena a reparar se hará sin consideración a dolo o culpa grave civil en la obligación, así la misma recaiga en virtud a las figuras del tercero civilmente responsable y asegurador, en el Estado. Entonces, así -como en el ejemplo propuesto por la Corte Constitucional en su sentencia C-551/03-, aunque el agente estatal resulte condenado penalmente por la comisión de un delito diferente a los que *per se* vulneran el patrimonio del Estado, y el Estado haya sido llamado o haya acudido como tercero civilmente responsable (art. 107 C. de P. P) o como asegurador (art. 108 ídem), dentro del proceso penal el juez no está facultado para calificar desde el punto de vista civil si la conducta del agente fue dolosa o gravemente culposa, por lo que las sentencias en estos casos no podrían ser consideradas dentro del supuesto constitucional bajo análisis.

En materia penal, de manera elemental para no involucrarme en las interesantes e interminables discusiones propias de la dogmática penal, la culpabilidad hoy en día es entendida como el juicio de reproche que se le hace a una persona por haber actuado en forma distinta a la que se encontraba obligado a actuar, encontrándose en condiciones de actuar de

otra manera (concepción normativa), concepto que se considera superior de la concepción psicológica según la cual la culpabilidad se contraía a la relación síquica entre el autor y su hecho. Relación de ser directa constituía el dolo y de ser indirecta o de imprevisión llevaba a la culpa (no gravísima, grave o leve, sino simplemente culpa); por lo que desde esta perspectiva general ninguna coincidencia encuentra hoy en día el dolo y la culpa penal, con las mismas denominaciones en civil.

Ahora, partiendo de las anteriores generalidades, evidentemente que las diferencias en cuanto a las definiciones mismas de dolo y culpa en una y otra área del conocimiento jurídico, son necesariamente profundas, habida cuenta que si bien las conductas que originan una y otra responsabilidad pueden ser idénticas desde el punto de vista óptico, la naturaleza misma de cada una de las responsabilidades (penal y civil) hace que ontológicamente no puedan ser consideradas con la misma similitud.

Por ser de especial pertinencia en este evento, en materia penal la regla es que no existen presunciones de dolo o culpa -ello por mandato constitucional, en cuanto la responsabilidad penal sólo puede provenir de un 'acto'-, mientras que en tratándose de responsabilidad extracontractual y, concretamente, la imputable a los agentes del Estado, el legislador sí consagró un catálogo que ya fue revisado por la Corte Constitucional declarándolo acorde con la Constitución.

En efecto, los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, reglamentaria de la "determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición", señalan que se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: **Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.**

Así, armonizando el ordenamiento jurídico interno se tiene que la condena penal o disciplinaria sólo es una de las hipótesis en las que se presume el dolo -sin que ello desconozca la posibilidad de que el demandado la desvirtúe-, que es en la acción de repetición o en el llamamiento en garantía con los mismos fines, donde un juez de la República con especialidad en lo contencioso administrativo podrá colegir si existió o no conducta dolosa o gravemente culposa.

Por lo anterior, he afirmado, que el trato diferencial, en su concepto, contenido y finalidad, que el legislador le ha dado al dolo y a la culpa grave

(graduación propia del derecho patrimonial, pero no del punitivo) llevan a que la interpretación más plausible de la segunda parte del inciso segundo, sea la de tener en cuenta que el sentido obvio y natural del Constituyente Primario fue el de excluir –temporal y condicionalmente- del derecho de elegir y ser elegido, nombrado, designado o contratado a quien con su actuar –doloso o gravemente culposo- ha generado un detrimento patrimonial al Estado.

El tema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23): “La **Ley** puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades” políticos “*exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*” encuentro que la limitación a las circunstancias allí expuestas se dirige a la “ley”, pero en el caso colombiano, **la misma proviene de norma superior**, como que se trata de un texto introducido en la Carta Política a petición del Constituyente Primario, quien en ejercicio soberano, libre y democrático lo consideró viable como mecanismo para proteger el interés público representado en el erario para cuya conformación contribuye todo habitante del territorio colombiano (impuestos, tasas, contribuciones).

Considero que la contemplación de la restricción -condicionada- en la Constitución Política, la excluye de la censura frente a la Convención, en cuyo texto se diferencia claramente “Constitución” y “ley”, como se puede leer en los artículos 2, 7.2, 25, 28.2. y 41.b, por lo que en punto del aparte en cuestión del artículo 122 constitucional, el rango normativo y el origen democrático y soberano del que procede lo blindo de ser restringido a una sentencia penal, como –con todo comedimiento y respeto- equivocadamente lo consideró la Corte Constitucional en sus sentencias C-551 de 2003 y C-541 de 2010, en una expresión que no más que un *obiter dicta* carente de fuerza vinculante alguna, como en aparte siguiente lo explico.

Así, en el caso colombiano el hecho de hallarse consagrada la limitación en norma de rango constitucional –y más aún por disposición del propio Constituyente Primario- hace que la referencia a la sentencia a la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del ciudadano Leopoldo López Mendoza contra la República Bolivariana de Venezuela no resulte precisa por cuanto en el vecino país, su Constitución establece que: “El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial en firme en los casos que determine la ley” (Artículo 42) y que: “No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que

afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito”; siendo evidente que esa Carta Política -de 1999- no consagró limitación igual o similar a la del referido texto de nuestro artículo 122 constitucional, lo que conlleva a diferenciar la situación normativa de uno y otro país.

Pero, esta posición hoy en día no resulta tan insular, si se tiene en cuenta que precisamente a manera de aclaración de voto (allí denominado voto concurrente), el juez Diego García-Sayín, frente a la anterior decisión hizo las precisiones que –a riesgo de hacer extensa esta manifestación de respetuoso disenso- bien vale la pena transcribir para ver cómo la inquietud que a nivel interno ha surgido, también se ha presentado en el Tribunal internacional y cómo la misma a nivel de nuestro país tiene su génesis desde las mismas discusiones previas al texto final de la Convención, donde queda claro que para el Estado Colombiano desde 1969 la redacción misma en la que se incluyó “sentencia penal” que fue introducida por un Grupo de Trabajo, no era compartida, como tampoco lo fue por el miembro de la Comisión de Derechos Humanos.

Bajo esta perspectiva no resultaría absoluta la afirmación de que la única interpretación plausible del aparte en cuestión del artículo 122, sea la de considerar que la circunstancia inhabilitante sea la procedente de una sentencia penal; por el contrario, el hecho de que la restricción –condicionada- a los derechos políticos proceda de una sentencia de naturaleza diferente –en este evento contencioso administrativa-, reúne a cabalidad las condiciones y requisitos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado como necesarias para regular o restringir los derechos o libertades consagrados en la Convención Americana, a saber: 1) Legalidad de la medida restrictiva (en el caso colombiano, se encuentra en disposición de rango constitucional); 2) finalidad de la medida restrictiva (la causa que se invoca para justificar la restricción es la de preservar la democracia misma, en la medida en que es el pueblo colombiano quien manifestó su interés en restringir el acceso a cargos y contratos públicos a quienes por dolo o culpa grave han generado detrimento patrimonial al Estado; 3) la necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva, lo cual es evidente en un país como el nuestro en el que los niveles de afectación dolosa o gravemente culposa del patrimonio público resultan absolutamente desbordados y amenazantes de la estabilidad financiera del Estado, y la proporcionalidad considero que es adecuada habida cuenta que se trata de una inhabilidad condicionada, precisamente a que se obtenga la asunción del pago con cargo al patrimonio de quien generó el detrimento patrimonial del erario.

Y, por ende, cumpliendo con las exigencias internacionales y ajustados a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, desde la óptica del bloque de constitucionalidad frente a este instrumento internacional, considero que la expresión: “Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”, en manera alguna hace referencia a que la decisión en la que se haya calificado de dolosa o gravemente culposa la conducta del agente generador de la condena patrimonial contra el Estado, provenga de sentencia penal; por el contrario, insisto en que hace relación a una sentencia proferida dentro de una acción de repetición o de un llamamiento en garantía para dichos fines.

Es por esto, y desde luego, dentro del marco del debido respeto, pero en orden a la aplicabilidad de lo decidido por la Corte Constitucional en sus sentencias C-551 de 2004 y C-541 de 2010, que se torna imperativo resaltar la imprecisión en que se incurre por parte de esa Corporación, al afirmar, así sea mediante referentes *obiter dictum*, que como es sabido carecen de poder vinculante en cuanto a lo decidido, al afirmar que la expresión en cuestión hace referencia a sentencias penales respecto de delitos diferentes a aquellos que atentan contra el patrimonio público.

A mi juicio es impreciso afirmar, como lo hizo la Corte Constitucional, que la circunstancia inhabilitante consagrada en la segunda parte del texto aprobado por el pueblo colombiano, al igual que la primera, también hace referencia a sentencias penales, pero acá por delitos diferentes a los que atentan contra el patrimonio público, por cuanto, como se advirtió en apartes anteriores, la graduación de dolo y culpa grave son ajenas al juicio de responsabilidad que se adelanta ante los jueces penales.

La literalidad constitucional misma no deja duda alguna sobre la distinción hecha en este sentido por la Carta Política, que es precisamente lo que no podía pasar por alto la Corte Constitucional así fuera solamente en un mero comentario, innecesario frente a la decisión de declarar ajustada la normativa puesta a su consideración, sin condicionamiento alguno.

Pero el desacierto resulta carente de efectos vinculantes frente a los demás juzgadores y frente a los demás coasociados por cuanto, como ya se dijo, es un *obiter dicta*, incapaz de constituirse en fuente generadora de algún derecho o de una ‘interpretación plausible’.

En las sentencias C-551 de 2003 y C-541 de 2010, la Corte Constitucional no impuso condicionamiento alguno, por lo que las expresiones en las que señaló hipotéticamente posibilidades hermenéuticas no pueden ser consideradas *ratio decidendi*, porque en nada determinaron la declaratoria de constitucionalidad, que fue plena, directa e incondicional.

Además, ahondando razones por las que considero que la inhabilidad consagrada por el artículo 122 constitucional comprende sentencias no penales, creo necesario tener en cuenta que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 970 de 2005, indica dentro de sus finalidades la de promover la integridad, la rendición de cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos (literal c) art. 1º) y que cuando la gravedad de la falta considerar la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Este instrumento internacional también resulta de obligatorio cumplimiento por el Estado Colombiano, como pacíficamente lo acepta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en mi sentir se debe tener presente que existe la posibilidad de consagrar medidas judiciales penales y no penales- y hasta administrativas para efectos de disciplinar a los servidores públicos por la comisión de delitos, pero también de faltas, categoría dentro de la que cabe cualquier trasgresión al ordenamiento jurídico (siempre que se cumpla con los principios de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos); por lo que también de cara a este marco normativo de rango constitucional, resulta –en mi opinión- válido afirmar la existencia de la inhabilidad derivada de condena proferida dentro de una acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, lo cual también resulta válido para la pérdida de investidura por provenir también de autoridad judicial.

Además, no puede pasarse por alto que los organismos internacionales abogan por el respeto al ordenamiento interno de los Estados partes, como en efecto se advierte del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tanto así que determina claramente que la protección internacional, de naturaleza convencional es coadyuvante o complementaria a la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos (preámbulo) y obliga a los Estados Partes “(...) a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención” (art. 43). E incluso, atribuye a los Estados miembros el

compromiso de adoptar en el régimen interno la adopción de medidas que sean necesarias para la efectividad de los derechos y libertades (art. 2).

Ha de recordarse que en la jurisprudencia del organismo internacional en cita, en los asuntos bajo su conocimiento lo primero que se estudia, dos actividades constituyen manifestaciones evidentes de respeto al derecho interno, la primera, determinar si quien acude a éste agotó todos los mecanismos de defensa del derecho interno que tiene a su disposición y, la segunda, que en las decisiones de fondo que adopta y cuando imparte alguna orden lo hace para que los Países Partes adecúen el ordenamiento interno a las directrices de la Convención, lo cual denota el respeto al derecho interno de cada país parte.

iii) LOS INTERESES COMO PARTE DE LA CONDENA QUE ES OBJETO DE PAGO MEDIANTE PROCESO EJECUTIVO.

Sobre el pago de la condena de repetición, en este caso que ocupó la atención de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, tiene vital aplicación el elemento subjetivo (conducta) que es viable evaluarse dentro del medio de control de pérdida de investidura.

No debe pasarse por alto que el saldo dinerario por el que tuvo que ser ejecutado el demandado fue por el rubro de intereses más no por el capital insoluto de la condena, situación que con buen criterio llevó a denegar la pérdida de investidura.

En efecto, lo cierto es que desde ese punto de vista comportamental del demandado, se evidencia como él intentó cancelar la condena en repetición, como claramente se evidencia de las pruebas que relaciona el proyecto, tales como: i) fórmula de arreglo que presentó ante la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja de 14 de noviembre de 2006, en la que ofrecía como medio de pago un apartamento con garaje, avaluado en cuarenta millones de pesos, que se comprometió a deshipotecarlo en caso de que se le aceptaran el pago y el saldo restante ofreció amortizarlo en cuotas mensuales de \$800.000,00 e indicó "*con lo anterior se saldaría la cuenta indexada ya por parte del Tribunal*" (fl. 37 cdno. pbas. No. 7); ii) fracasadas las negociaciones de pago, el demandado canceló a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, la suma de \$92.866.741,06 y lo canceló mediante ocho consignaciones (fl. 206, cdno. pbas. No. 6) que recibió la entidad mediante acta calendada el 14 de junio de 2007, como consta en la certificación de la oficina jurídica de la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja (fl. 455 cdno. pbas. No. 6).

Ha de tenerse en cuenta que el demandado pagó lo que consideró era el daño patrimonial al erario. Incluso el juez Cuarto Administrativo del Circuito

de Tunja al proferir sentencia el 25 de noviembre de 2011 declaró de oficio “...la prosperidad de la **EXCEPCIÓN DE PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN POR CONCEPTO DE INTERESES MORATORIOS, causados por la mora en el incumplimiento de la obligación contenida en la sentencia de 3 de marzo de 2005**” al indicar que el señor Rafael Romero pagó esos emolumentos, pronunciamiento que indujo a error ante la indicación de que no se siguió adelante con la ejecución porque la obligación estaba saldada.

Por situaciones como la relatada en precedencia, la cual fue debidamente comprobada, de tiempo atrás mi posición que ha sido manifiesta, he abogado porque el tratamiento que debe darse a la pérdida de investidura y a todo lo que ella concierne, debe tener un enfoque, aplicación y análisis del aspecto subjetivo, para así descartar o morigerar el aspecto objetivo y pético que ha predominado en las decisiones de este medio de control y que se ha escudado por parte del operador jurídico en la exégesis de la norma conectado a la consideración de que las causales de pérdida de investidura son estrictas y restringidas en su aplicación, no pueden desvirtuar el aspecto conductual, pues a mi juicio son ambas aristas - subjetiva y objetiva- son perfectamente escindibles y armónicas.

En los términos anteriores, dejo presentada mi aclaración de voto.

Cordialmente,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI)

Actor: JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO – JORGE OCTAVIO RAMIREZ R.

Aunque acompaño la decisión que se adopta en la sentencia del 21 de julio de 2015, por la que se negó la solicitud de pérdida de investidura formulada por el señor Julio César Ortiz Gutiérrez en contra del congresista Rafael Romero Piñeros, de manera respetuosa me permito **aclarar el voto** toda vez que considero que las razones por las que se debió negar la pérdida de investidura son otras.

Como fundamento de la presente aclaración, reitero los argumentos expuestos en el proyecto de sentencia que presenté inicialmente para resolver el presente asunto, el cual fue derrotado por la Sala Plena de la Corporación:

1. De la causal de inhabilidad

1.1.- La causal de inhabilidad alegada como fundamento de la solicitud de pérdida de investidura es la prevista en el artículo 122 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño." (Subrayas fuera de texto)⁴².

1.2.- Esta norma constitucional fue demandada ante la Corte Constitucional, por *"falta de competencia del Congreso de la República, como constituyente derivado, para tramitar y expedir el acto acusado"*.

La Corte, en la sentencia C-541 de 2010⁴³, por haber operado la cosa juzgada constitucional, declaró que debía *"ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-551 de 2003"*.

1.3.- En la sentencia C-551 de 2003, uno de los aspectos que abordó la Corte fue el relativo a la contradicción, real o aparente, del artículo 122 de la Constitución Política con lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para dar respuesta al problema jurídico, expuso:

"278- Otros intervinientes afirman que este numeral es inconstitucional, pues viola el artículo 23 de la Convención Interamericana. Entra pues la Corte a examinar ese reparo.

En el presente caso, el ataque de los intervinientes no está llamado a prosperar, pues parte de un supuesto equivocado, ya que presume que existe una contradicción clara e insalvable entre el numeral 1º y la Convención Interamericana. Sin embargo, el numeral 1º, en caso de que fuera aprobado por el pueblo, no vulneraría la Convención Interamericana, pues una interpretación sistemática permite compatibilizar los mandatos del numeral 1º y las prescripciones del artículo 23 del Pacto de San José, como se verá a continuación. Además, y sobre todo, en ningún caso se puede afirmar que la contradicción alegada por el interviniente representa una sustitución de la Constitución. No le compete a esta Corte, como ya se dijo, efectuar un control de contenido o material de las reformas constitucionales, mucho menos tomando como referente supraconstitucional un tratado. Si bien el interviniente acierta al señalar que el bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), en su integridad, es relevante para determinar si una reforma constitucional es en realidad una sustitución de la Constitución, de esa premisa no se puede concluir que una reforma constitucional puede ser juzgada por vicios de contenido a partir de una

⁴² Lo transcrito corresponde a los dos incisos finales del artículo 122 de la Constitución Nacional, modificados por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de julio 14 de 2009.

⁴³ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

comparación entre la disposición constitucional cuestionada y un artículo de determinado tratado, porque ello equivaldría a reducir el cargo de la reforma constitucional al de una norma inferior a la Constitución y a sacar los tratados del bloque de constitucionalidad para elevarlos a un rango supraconstitucional.

279- Este numeral pretende ampliar las inhabilidades para ocupar cargos públicos, y por ello propone modificar el inciso quinto del artículo 122 de la Carta, con dos mandatos distintos. Así, la primera frase señala que 'no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado'. Por su parte, la segunda frase del inciso establece que no puede ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ni elegido, ni designado como servidor público, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, 'quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño'. Es esta segunda frase la que es cuestionada por algunos intervinientes, quienes consideran que, de ser aprobada por referendo, ella implica que una persona podría ser privada de sus derechos políticos, que incluyen el derecho a ser elegido y a participar en el ejercicio de las funciones públicas, en virtud de una sentencia que no tuvo lugar en un proceso de naturaleza penal. Ahora bien, según los intervinientes, el artículo 23 de la Convención Interamericana, que hace parte del bloque de constitucionalidad, luego de indicar que los derechos políticos incluyen la oportunidad de ser elegido en elecciones periódicas y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, señala los criterios que permitan una reglamentación de esos derechos, en los siguientes términos:

'La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.' (subrayas no originales).

Nótese entonces que conforme a la Convención Interamericana, la reglamentación, y con mayor razón la privación, de los derechos políticos, no puede hacerse por una condena en un proceso que no sea de naturaleza penal, mientras que la reforma propuesta parecería plantear la pérdida de los derechos políticos de ciertos servidores públicos que no fueron penalmente condenados. Así las cosas, argumentan estos intervinientes, esa reforma constitucional, de ser aprobada, implicaría una violación del artículo 23 de la Convención Interamericana.

El argumento de los ciudadanos de que este numeral podría llegar a ser interpretado como incompatible con el artículo 23 del Pacto de San José, a primera vista, parece acertado, pues la segunda frase del numeral no parece referirse a condenas penales, por la comisión de hechos punibles, ya que la primera parte de

la pregunta del inciso propuesto regula la hipótesis de la condena por delitos que afecten el patrimonio del Estado. Por ende, esta segunda parte, para que tenga una eficacia normativa propia, parecería referirse a sentencias ejecutoriadas en procesos que no son penales. Sin embargo, ello no es obligatoriamente así, puesto que la primera frase hace referencia exclusivamente a ciertos delitos, esto es, a aquellos que 'afecten el patrimonio del Estado', por lo cual bien puede entenderse que la segunda parte del numeral hace referencia a otros hechos punibles, por los que puede resultar condenado el Estado a una reparación patrimonial. Para ello basta pensar en el evento en que un servidor público, dotado de un arma oficial, lesiona a una persona. Sin lugar a dudas, el Estado puede resultar condenado a reparar patrimonialmente al afectado, por haber ocasionado un daño antijurídico (CP art. 90), y la conducta del servidor público puede ser delictiva, si éste actuó con dolo o culpa. Por ende, esta segunda frase del numeral 1° puede ser armonizada con la Convención Interamericana, si se entiende que también hace referencia a sentencias en procesos de naturaleza penal. Y como, en virtud del principio Pacta Sunt Servanda, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona. Y por ello la Corte concluye que, de ser aprobado el numeral 1°, debe entenderse que la segunda frase del mismo hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal, y por ello no existe una contradicción entre el numeral 1° y la Convención Interamericana, y menos aún este numeral implica una sustitución de la Constitución.

Al existir diversas interpretaciones plausibles de la disposición cuestionada, el legislador tiene un margen para desarrollarla, en caso de ser aprobada por el pueblo, de una manera armónica con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia y, claro está, el Estado de Colombia puede acudir a los procedimientos idóneos para conocer la interpretación que de la Convención Interamericana efectúen los órganos interamericanos competentes para fijar con autoridad el sentido del Pacto de San José" (subrayas fuera de texto).

1.4.- De la lectura del texto transcrito y, en particular, del que se subraya, se infiere que la *ratio decidendi* de la providencia hace referencia a que la modificación propuesta del inciso quinto del artículo 122 de la Constitución no supone "una sustitución de la Constitución", siempre y cuando se entienda "que la segunda frase del mismo hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una **sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal**" –se resalta–.

Lo anterior es así, porque estas dos ideas fueron determinantes para que la Corte declarara exequible la disposición. Esto implica que, en caso de que nuestro Tribunal Constitucional no hubiese fijado su alcance, en la forma expuesta, la disposición se habría declarado inexecutable.

1.5.- Es claro que en las sentencias C-551 de 2003 y C-541 de 2010 la Corte Constitucional fijó el alcance interpretativo del último inciso del artículo 122 de la Constitución Política.

Podría pensarse, no obstante, que tal tesis cambió con la expedición de la sentencia C-028 de 2006⁴⁴. Sin embargo, esta inferencia no es acertada por cuanto en esta providencia se estudió “[...] *la facultad que le otorgó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o permanentes que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos*”, en los términos de las disposiciones demandadas: numeral 1 del artículo 44, el literal d) del numeral 1 del artículo 45 e inciso primero del artículo 46, todos ellos de la Ley 734 de 2002.

En este contexto, si bien la Corte analizó la compatibilidad de esas disposiciones con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y señaló que era posible restringir el ejercicio de los derechos políticos no solo por condenas impuestas en juicios penales, lo cierto es que tal inferencia debe interpretarse en relación con las disposiciones legales allí analizadas y la competencia de la Procuraduría para adelantar investigaciones disciplinarias.

Por tal razón, no es válido ampliar este último argumento expuesto por la Corte, a las competencias jurisdiccionales atribuidas al Consejo de Estado para decretar la pérdida de investidura de los congresistas, con fundamento en la causal dispuesta en el numeral 1 del artículo 183 y el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política. Esto, en la medida en que las sentencias C-551 de 2003 y C-541 de 2010 fijaron el alcance del último inciso del artículo 122 de la Constitución Política.

⁴⁴ M.P. Humberto Sierra Porto.

Por lo tanto, el fundamento fáctico del supuesto inhabilitante de que trata el inciso final del artículo 122 de la Constitución, y que puede dar lugar a la pérdida de investidura, es la existencia de una **sentencia penal ejecutoriada**.

2. La interpretación de la causal de inhabilidad por el Consejo de Estado

2.1.- La tesis vigente en la Sección Quinta del Consejo de Estado, al resolver procesos de nulidad electoral, por la presunta incursión en la causal de inhabilidad contemplada en el inciso final del artículo 122 de la Constitución, es que dentro de los supuestos de la disposición no es posible comprender las sentencias proferidas en los procesos de repetición (acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición), por cuanto, con fundamento en lo preceptuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003, las sentencias judiciales ejecutoriadas a que hace referencia tal disposición son las de naturaleza penal. Esta posición ha sido adoptada en las sentencias de septiembre 21 de 2011⁴⁵ y de febrero 14 de 2013⁴⁶.

Para la Sección Quinta, *“el texto sometido a consideración del pueblo en el referendo celebrado el día 25 de octubre de 2003, estuvo condicionado a la interpretación de la Corte Constitucional en el sentido de que el último inciso del artículo 122 de la C.P. ‘hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal.’”*⁴⁷.

Con fundamento en este criterio y, en particular, respecto del proceso de nulidad electoral impetrado contra la elección de Rafael Romero Piñeros –ahora demandado en acción de pérdida de investidura-, resolvió el asunto objeto de controversia en los siguientes términos:

⁴⁵ Op. Cit. En esta providencia, tal como se señaló en los antecedentes, la Sección resolvió las demandas de nulidad electoral acumuladas contra la Resolución 1490 de julio 6 de 2010, del Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se declaró la elección de los Representantes a la Cámara, período 2010-2014, por el Departamento de Boyacá, y dentro de ellos a Rafael Romero Piñeros.

⁴⁶ Radicado: 11001-03-28-000-2007-00149-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Con anterioridad a esta postura, la Sección Quinta no tuvo oportunidad de referirse a la interpretación del inciso final del artículo 122 de la Constitución. A pesar de ello, en la sentencia de agosto 27 de 2009 (radicado 85001-23-31-000-2007-00142-02, C.P. María Nohemi Hernández Pinzón), se señaló lo siguiente: *“Así las cosas, al haberse demostrado en el proceso la nulidad del fallo del 3 de agosto de 2007 [dado que la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro de un proceso de revisión, anuló la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare dentro de un proceso de repetición], fundamental para entrar a estudiar la causal de inhabilidad imputada al demandado, es claro que la demanda de nulidad electoral está llamada a fracasar, sin que deba la Sala entrar a examinar los demás planteamientos jurídicos surgidos en torno a la enmienda introducida con el Acto Legislativo 01 de 2004, por ser innecesario”*. Con fundamento en este argumento, la Sección revocó la sentencia de primera instancia, en que fue declarada la nulidad de la elección del Gobernador del departamento de Casanare, Oscar Raúl Iván Flórez, por cuanto se adujo que este se hallaba inhabilitado, al momento de su elección, pues no había pagado, en su integridad, el valor a que fuera condenado a pagar en un proceso de repetición.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia de septiembre 21 de 2011. Op. Cit.

"2. Que según la jurisprudencia constitucional analizada, que constituye cosa juzgada erga omnes, la segunda frase del inciso final del artículo 122 constitucional, de acuerdo con pactos internacionales, la inhabilidad allí establecida sólo es procedente cuando el daño patrimonial al Estado se declara en proceso de carácter penal; por lo cual no procede por razón de sentencias de carácter administrativo. En tal virtud no se configura uno de los elementos de ésta, al no ser una sentencia proferida en un proceso penal que declaró la culpa grave o el dolo"⁴⁸.

2.2.- Esta postura interpretativa fue igualmente acogida por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de octubre 18 de 2012⁴⁹.

En ese concepto, con relación al tema que se estudia, se manifestó que *"la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-551 de 2003 como en la C-541 de 2010 al analizar el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica', concluyó que los derechos políticos no pueden restringirse por un fallo de naturaleza distinta a la penal, lo que excluye entre otros, los fallos de naturaleza administrativa como es el caso bajo análisis en el presente concepto"*.

Con fundamento en esa interpretación, la Sala de Consulta dio respuesta a una solicitud elevada por la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, en la que se inquirió acerca de si el médico Orlan Mina Vergara se encontraba inhabilitado para concursar en el procedimiento que tenía por objeto proveer el cargo de gerente de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander E.S.E. de Santander de Quilichao-Cauca, dado que para la fecha de su inscripción en el concurso, no había pagado el valor a que fue condenado a restituir al Estado, en virtud de una sentencia proferida en un proceso de repetición.

2.3.- Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado no se ha referido, explícitamente, a la interpretación del inciso final del artículo 122 de la Constitución.

No obstante, en sentencia de septiembre 29 de 2009⁵⁰, al estudiar la demanda electoral contra el Dr. Carlos Ariel Sánchez Torres, a fin de establecer si este se encontraba

⁴⁸ *Ibíd.* En la sentencia de febrero 14 de 2013, luego de transcribir este apartado, la Sección concluyó lo siguiente: *"El caso concreto habrá de resolverse de la misma forma, en virtud de la cosa juzgada constitucional de que gozan los fallos que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control jurisdiccional, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política"*.

⁴⁹ Radicado: 11001-03-06-000-2012-00094-00, C.P. William Zambrano Cetina.

inhabilitado para ser inscrito y electo como Registrador Nacional del Estado Civil ⁵¹, en virtud de lo dispuesto por el inciso final del artículo 122 de la Constitución Nacional, la Sala Plena negó las pretensiones, dado que para la fecha en que el demandado efectuó el pago de la condena, la sentencia proferida dentro del proceso de repetición aún no se encontraba ejecutoriada⁵².

Por tal razón, en esa oportunidad, la Sala no analizó las demás tesis jurídicas expuestas por las partes, en especial en lo referente al alcance de la sentencia C-551 de 2003 y la interpretación del inciso final del artículo 122 de la Constitución Nacional.

3. Las condiciones para que se configure la causal de inhabilidad contemplada en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Nacional

Para garantizar la confianza legítima de los administrados y la coherencia del sistema jurídico, se debe acoger y reiterar la interpretación que sobre el artículo 122 de la Constitución ha hecho la Corte Constitucional y, por ende, el criterio que hasta el momento se ha adoptado en la jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado, dado que no existen razones fácticas o argumentativas distintas que impongan su cambio.

En ese orden de ideas, conforme con la *ratio decidendi* de la sentencia C-551 de 2003, reiterada íntegramente en la sentencia C-541 de 2010, la causal de inhabilidad prevista en el inciso final del artículo 122 constitucional, se configura cuando se acrediten los siguientes requisitos:

- (i)** Debe acreditarse la existencia de una sentencia penal ejecutoriada.

- (ii)** La conducta de la persona debe ser *“dolosa o gravemente culposa”*, desplegada en su calidad de servidor público.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de septiembre 29 de 2009. M.P. María Nohemi Hernández Pinzón.

⁵¹ Carlos Ariel Sánchez Torres se inscribió como aspirante al cargo el día 7 de septiembre de 2007, en virtud del concurso que debía realizarse para su provisión, en atención a lo dispuesto por el artículo 266 de la Constitución. Por medio del acuerdo 21 de noviembre 26 de 2007, Sánchez Torres fue electo Registrador Nacional del Estado Civil.

⁵² Sobre este aspecto se señaló: *“como no está probado el supuesto de hecho de la causal de inhabilidad consagrada en la segunda parte del inciso final del artículo 122 constitucional, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2004, puesto que la sentencia condenatoria del 4 de octubre de 2006 no estaba en firme para la época en que el Dr. CARLOS ARIEL SANCHEZ TORRES se inscribió y resultó elegido Registrador Nacional del Estado Civil, concluye la Sala Plena que la misma no se configura, resultando por lo mismo inútil abordar las diferentes tesis jurídicas expuestas por las partes y por los intervinientes.”*

(iii) La conducta del servidor público supone, además, que el Estado “sea condenado a una reparación patrimonial”⁵³.

(iv) Finalmente, debe acreditarse que la persona no asumió, con cargo a su patrimonio, el valor del daño que debió reparar el Estado.

4. Del caso en concreto

De acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, se impone concluir que no se configuró la causal de pérdida de investidura prevista en el inciso final del artículo 122 de la Carta. La condena patrimonial impuesta al Representante Romero Piñeros, no tiene origen en sentencia penal, sino en una de carácter patrimonial deducida en un proceso de repetición.

En consecuencia, las pretensiones no tienen vocación de prosperidad.

En este sentido dejo presentado mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

⁵³ La Corte Constitucional, en la sentencia C-551 de 2003, ejemplifica uno de los posibles supuestos de aplicación de la causal, en los siguientes términos: “Para ello basta pensar en el evento en que un servidor público, dotado de un arma oficial, lesiona a una persona. Sin lugar a dudas, el Estado puede resultar condenado a reparar patrimonialmente al afectado, por haber ocasionado un daño antijurídico (CP art. 90), y la conducta del servidor público puede ser delictiva, si éste actuó con dolo o culpa”.

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI)

Actor: JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – CARMEN TERESA ORTIZ

Respetuosamente discrepo de la decisión adoptada en forma mayoritaria por la Sala plena del Consejo de Estado del 21 de julio de 2015, mediante la cual se denegó la pérdida de investidura del Representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros.

El demandante manifestó que se configuró la causal de inhabilidad establecida en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 183 ibídem, según el cual no es elegible como congresista la persona que haya causado una condena patrimonial en contra del Estado con ocasión de una conducta dolosa o gravemente culposa calificada en sentencia judicial ejecutoriada.

Señaló el actor que, el Representante a la Cámara pagó el monto dinerario fijado en la sentencia que lo condenó en repetición dos años después de ejecutoriada la sentencia, tiempo durante el cual se causaron intereses de mora que aumentaron el monto de la obligación, por lo que el pago efectuado no tuvo la virtud de extinguir el crédito.

Discrepo de la sentencia aprobada, en cuanto consideró que no se configura la causal de pérdida de investidura alegada, porque se verificó la ocurrencia del

hecho exceptivo que enerva la configuración del supuesto fáctico de la causal de inhabilidad alegada.

Concluyó la corporación que, el Congresista demandado pagó “*con cargo a su patrimonio el valor del daño*” al que fue condenado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual ascendía exactamente a la suma mencionada y que el artículo 122 de la Constitución Política no erigió el pago de los intereses como elemento integrante del supuesto fáctico configurativo de la causal de inhabilidad invocada.

El caso concreto.

Se demostró lo siguiente:

Está probado que el Representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros fue condenado mediante sentencia de 3 de marzo de 2005 ejecutoria el 1 de junio del mismo año por el Tribunal Administrativo de Boyacá en acción de repetición, al pago de \$92.866.741 de pesos m/cte. porque en calidad de Gerente del Hospital San Rafael de Tunja actuó con dolo o culpa grave al declarar sin motivación insubsistente a un empleado que se encontraba desempeñando un cargo de carrera administrativa.

Después de dos años de ejecutoriada la sentencia los días 12, 13 y 14 de junio de 2007 el Representante a la Cámara realizó varias consignaciones a nombre del Hospital San Rafael de Tunja por la suma de \$92.866.741 de pesos m/cte.

Sin embargo el Hospital San Rafael de Tunja inició proceso ejecutivo contra el señor Representante Rafael Romero Piñeros, el cual fue decidido mediante Sentencia del 25 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja, en la que se negó la ejecución en contra del señor Rafael Romero Piñeros, se imputó el valor de \$ 10.813.403, 32 a intereses moratorios y se ordenó la devolución de los títulos de depósito judicial al demandado el 21 de

febrero de 2012, El proceso se archivó definitivamente el 30 de septiembre de 2012.

Fundamento mi posición en las siguientes razones:

Según el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política, cuando se condene al Estado a la reparación patrimonial por daños causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, este daño haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, deberá repetir contra éste.

La acción de repetición, según el artículo 2 de la Ley 678 del 3 de agosto de 2001⁵⁴, es una **acción civil** de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

En efecto, se encontró demostrado que el señor Romero Piñeros fue condenado a una reparación patrimonial porque con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a que el Hospital San Rafael de Tunja fuera condenado patrimonialmente. La sentencia por la que se condenó al demandado, está ejecutoriada.

A su vez, como se anotó se encuentra demostrado que el accionado⁵⁵ dos años después de haber culminado el proceso de repetición, pagó al Hospital la suma de \$92.866.741, de los cuales \$10.813.403, 32 se imputaron a intereses moratorios que genera toda obligación, y el saldo de \$82.053.337,74 al capital adeudado, quedando al descubierto un saldo por pagar por concepto de capital de \$10.813.403,32, los que a la fecha aún no han sido cancelados por el doctor

⁵⁴ Publicada en el Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

⁵⁵ Sentencia del Juzgado Cuatro Administrativo de Tunja del 25 de noviembre de 2011.

Romero Piñeros, y por tanto, no se encuentra demostrada la excepción contenida en la causal de inhabilidad.

No comparto la tesis expuesta en la providencia, según la cual la omisión del Tribunal en la determinación del plazo para el cumplimiento de la obligación impide la generación de intereses moratorios para exigirle al Congresista su pago pues una cosa es que no se establezca un plazo para el cumplimiento de la obligación como lo establece el artículo 15 de la Ley 678 de 2001 y otra que el condenado no tenga la obligación de cancelar en forma inmediata a partir de la ejecutoria de la providencia.

No se puede desconocer que en sentencia del 25 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja, se negó la ejecución en contra del señor Rafael Romero Piñeros; se ordenó la devolución de los títulos de depósito judicial al demandado el 21 de febrero de 2012, y se declaró de oficio la prosperidad de la excepción de pago total de la obligación por concepto de intereses moratorios; igualmente en esta providencia se señaló con claridad que los intereses moratorios se habían cancelado quedando al descubierto la deuda por concepto de capital en la suma de \$ 10.813.403,32, por cuanto en la sentencia se realizó la imputación de los pagos hechos por el demandado.

Lo anterior demuestra que los intereses hacen parte de la obligación, en este caso del daño ocasionado al estado, el demandado no asumió con cargo a su patrimonio los \$10.813.403,32 por concepto de capital que resultaron después de realizar la imputación de su pago, más los intereses que genere este capital. Tal como se deduce de la sentencia mayoritaria se desconoce la orden del juez ejecutivo en cuanto realizó la imputación de pagos, y advirtió que quedaba pendiente por pagar por concepto de capital la suma anotada.

En este caso los principios de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la Ley; y el indubio pro reo, no sirven de argumento para desconocer la realidad de la conducta omisiva del demandado, el Representante no cumplió con el pago de toda la obligación a su cargo, como lo ordena el artículo 122 de la Constitución Política el que determina que se debe asumir todo el valor del daño, y mientras no haya pagado todo el capital como lo señaló el Juzgado Cuarto Administrativo de

Tunja (\$10.813.403,32,)), se configura la causal alegada, siendo improcedente la aplicación de la excepción a que se refiere la norma superior por cuanto se configuró el supuesto fáctico de la causal de inhabilidad alegada, contrario a lo expuesto en la providencia.

De acuerdo con lo anterior, respetuosamente manifiesto que no comparto la argumentación de la sentencia relacionada con la aplicación exceptiva de la causal a que se refiere el artículo 122 superior, razón por la cual considero que el señor RAFAEL ROMERO PIÑEROS violó el régimen de inhabilidades, por la causal prevista en el numeral 1º del artículo 183 de la C.P., y por tanto, debía perder su investidura como Representante a la Cámara por el departamento de Boyacá.

En los anteriores términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Consejera de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI)

Actor: JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – DANILO ROJAS BETANCOURTH

Me permito manifestar mi discrepancia con la decisión mayoritariamente asumida por la Sala en la sentencia del 21 de julio de 2015, por medio de la cual se decidió mantener la investidura del congresista Rafael Romero Piñeros, decisión que a mi juicio es equivocada. Para explicar las razones de mi disenso, en primer lugar expresaré de forma global las razones por las que creo que no fue adecuada la decisión adoptada por la Sala y, acto seguido, reiteraré la argumentación que había sido consignada en la ponencia elaborada por mí, la cual fue derrotada.

1. En primer lugar, en los problemas jurídicos que delimitó la Sala como perentorios de resolver de cara al caso concreto, se consideró que era necesario establecer primeramente si la inhabilidad de que hablan los dos últimos incisos del artículo 122 de la Constitución Política, puede configurarse por virtud de una sentencia emanada de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, punto en el cual se concluyó que ello sí era posible en atención a que en los antecedentes relacionados con la discusión del correspondiente acto legislativo, no se restringió dicho evento a las providencias emanadas de la jurisdicción penal.

1.1. Independientemente de la plausibilidad o no de dicho proceder hermenéutico, considero que la Sala pasó por alto –porque no le valió análisis alguno– el hecho de que la misma disposición normativa había sido interpretada en forma diversa por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011, en donde, al estudiar la misma causal de inhabilidad que pesaba sobre el congresista hoy demandado en pérdida de investidura, se dijo que, con base en lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003, y en interpretación de lo establecido en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la mencionada inelegibilidad sólo tendría lugar en los casos en los cuales la conducta dolosa y gravemente culposa fuera calificada como tal en una sentencia de carácter penal, aserto que, a su vez, había sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso López Mendoza Vs. Venezuela.

1.2. Mi postura es que, si en forma posterior el Consejo de Estado –en la sentencia de la cual me aparto– negó la pérdida de investidura con base en el argumento consistente en afirmar que el congresista demandado concurrió con su patrimonio a saldar la deuda que pesaba en su contra por virtud de la sentencia de acción de repetición, entonces resultaba innecesaria cualquier consideración adicional relacionada con la configuración de la inhabilidad establecida en los dos últimos incisos del artículo 122 de la Constitución Política, pues en el texto de dicho precepto se estableció de forma expresa que las consecuencias de la norma pueden ser eludidas a través del pago de la condena fijada en la sentencia que declaró que la conducta del funcionario era dolosa o gravemente culposa, punto en el cual resulta totalmente irrelevante el hecho de que se tratara de una sentencia penal o emanada de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1.3. Es por ello que, tal como se proponía en la ponencia derrotada, era necesario estudiar primero si se encontraba saldada la obligación dineraria que se le impuso en sede de repetición al representante a la cámara Rafael

Romero Piñeros, pues sólo en caso de concluirse que la mencionada persona se encontraba en deuda con el Hospital San Rafael de Tunja, podría entrarse a considerar si la sentencia de acción de repetición era suficiente para deducir de allí las consecuencias consagradas en los dos últimos incisos del artículo 122 de la Constitución Política.

1.4. Considero que la Sala optó por un camino argumentativo inadecuado, pues de forma soterrada optó por entrar en discrepancia con la jurisprudencia que sobre el punto había sido fijada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011, con lo que en forma inopinada puso de relieve –sin solucionarlo– un gravísimo problema de coherencia a nivel de los pronunciamientos proferidos por la máxima instancia de la jurisdicción contenciosa, punto en el que resulta por demás criticable que exista la posibilidad de que dos organismos de la misma Corporación –la Sala Plena Contenciosa y la Sección Quinta– profieran pronunciamientos abiertamente contradictorios entre sí.

1.5. Aquí es pertinente mencionar que el aludido tema fue objeto de arduos debates en el seno de la Sala Plena Contencioso Administrativa, discusiones respecto de las cuales se había hecho un fiel reflejo en el proyecto derrotado. En acápite posteriores del presente salvamento se mostrarán los análisis que fueron propuestos por el suscrito a consideración de la Sala, en donde se propendía por una rectificación de la postura que había asumido la Sección Quinta en la varias veces citada sentencia del 11 de septiembre de 2011, para decir en su lugar que, con base en una sentencia emanada de una jurisdicción diferente a la penal, sí es posible la configuración de la causal de inhabilidad para ser congresista, según se encuentra consagrada ésta en los dos últimos incisos del artículo 122 de la Constitución Política. Tal como se consignaba en el proyecto derrotado, afirmar lo contrario, esto es que era necesaria una sentencia penal para la configuración de la inhabilidad, habría implicado dejar sin piso jurídico la facultad que tiene el Consejo de Estado para despojar de su investidura a

los congresistas, en la medida en que esta jurisdicción no es de carácter penal.

2. En segundo lugar, cuando en la *ratio decidendi* de la postura mayoritaria de la Sala se dice que el señor Rafael Romero Piñeros concurrió con su patrimonio al pago de la deuda que le fue impuesta en la sentencia de acción de repetición, ello se asevera con base en que, presuntamente, el juez no puede acudir a una interpretación sistemática para efectos de establecer el supuesto jurídico que puede dar lugar a una sanción.

2.1. Considero que tal es una postura que, además de derogar *de facto* los métodos de interpretación normativa que han sido fijados por el legislador en diferentes cuerpos normativos, también echa por tierra toda la línea jurisprudencial construida por la Corte Constitucional⁵⁶ y la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵⁷ acerca de la posibilidad de que se deriven consecuencias jurídicas a partir de tipos sancionatorios en blanco.

⁵⁶ Ilustrada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-282A de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁷ Explicada por el Consejo de Estado en la siguiente sentencia: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 18 de septiembre de 2014, C.P. Guillermo Vargas Ayala, radicación n.º 11001-03-24-000-2013-00092-00, actor: Jorge Ignacio Ortiz Burgos, demandado: Nación – Ministerio de Transporte. Se dijo en esta providencia: “Es cierto que en virtud del **principio de legalidad o tipicidad** de las faltas las conductas constitutivas de infracciones administrativas y las sanciones imponibles deben estar previamente señaladas por la ley... No obstante lo anterior, tal como lo ha reconocido esta Sala... -acogiendo reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional-, **este principio tratándose de la potestad administrativa sancionatoria opera con menor rigor**, en tanto que el legislador no tiene la obligación constitucional de definir integral y exhaustivamente los supuestos típicos que dan lugar al ejercicio de dicha facultad.” // “En efecto, conforme ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, la flexibilización del principio de reserva de ley que opera en materia de tipificación de las faltas que enmarcan el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa (tanto disciplinaria como correccional...), , se traduce en una modulación de las exigencias de configuración de supuestos normativos completos y cerrados que habitualmente pesan sobre el legislador en este ámbito... Con ello, al tiempo que se permite que **una vez definida por la ley una conducta reprochable (tipo sancionatorio) pueda el reglamento precisar los aspectos puntuales de los conceptos abiertos o genéricamente consagrados por la legislación**, se aligera la carga de descripción típica de las conductas que comúnmente impone el principio de tipicidad de las faltas al legislador. Todo esto en aras de asegurar la buena marcha de la Administración y posibilitar tanto el cumplimiento efectivo de sus funciones, como el acatamiento de los deberes impuestos por las autoridades y la normatividad en un determinado sector...” (negritas del texto citado).

2.2. Ahora bien, pertinente es precisar que cuando en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se dispone que la causal de inhabilidad no se configura en los casos en que la persona concurre con su patrimonio al pago de la condena, resulta obvia la remisión que en este punto debe hacerse a la teoría general de las obligaciones, sin que por ello pueda afirmarse que se está construyendo la premisa normativa del caso con base en una interpretación sistemática, pues lo cierto es que en este punto la norma constitucional no define las condiciones en que debe cumplirse la eventual condena proferida por la jurisdicción contenciosa en sede de repetición, lo que hace perentorio el análisis que corresponde en general a la ejecutoria y ejecutividad de ese tipo de sentencias, tal como se proponía en la argumentación consignada en el proyecto no aprobado, según se revivirá en acápite posteriores del presente salvamento.

2.3. Allí se mostrará cómo, en el caso concreto, ante la no estipulación judicial de un plazo para el cumplimiento de la condena por parte del juez de la acción de repetición, lo procedente era recurrir a los plazos establecidos por el Código Contencioso Administrativo para el cumplimiento de las decisiones emanadas de esta jurisdicción, sin que por ello se viole en modo alguno el principio de tipicidad que debe irrigar todas las decisiones que comporten la imposición de una sanción.

2.4. Y lo cierto es que, verificadas las circunstancias acreditadas en el caso concreto, el señor Rafael Romero Piñeros realizó el pago de la condena impuesta aproximadamente 24 meses después de que quedara ejecutoriada la correspondiente providencia, lo que implica que ello no se hizo dentro del término legalmente estipulado, según se explicó pormenorizadamente en el proyecto que no fue acogido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

3. En tercer lugar, creo que frente al caso concreto es bien discutible la posibilidad de aplicar el principio de *in dubio pro reo* para responder la pregunta acerca de si el congresista pagó la condena que le fue impuesta en sede de repetición (páginas 34 y siguientes), pues dicho principio está restringido a dos posibilidades: 1) que existan dudas frente a dos interpretaciones normativas posibles –premisa normativa– y 2) que exista una indefinición frente a la construcción de la premisa fáctica, esto es, que existan dos o más hipótesis frente a los hechos objeto de juzgamiento. Al respecto, en la providencia mayoritariamente aprobada no se ponen de presente las supuestas hipótesis que generan la duda, y tan solo se dice que esta última se genera por el hecho de que el juez de la repetición omitió fijar un plazo para el pago de la condena que le fue impuesta al señor Rafael Romero Piñeros, punto frente al cual debe recordarse que no cualquier indefinición genera la necesidad de aplicar el principio de *in dubio pro reo*, sino que es necesario de que se trate de una duda razonablemente fundada, la cual no quedó suficientemente explicada en la postura mayoritariamente adoptada por la Sala.

3.1. Frente a este mismo punto, mi postura es que no se puede establecer una duda razonable frente a la premisa fáctica del caso, pues lo cierto es que, con base en las pruebas arrimadas al expediente, no es discutible que el congresista demandado se demoró aproximadamente 24 meses en realizar el pago de la condena que le fue impuesta a favor del Hospital San Rafael de Tunja. Tampoco es factible establecer una duda frente al criterio normativo que debía aplicarse, pues no existe norma alguna que diga que si el juez omite la fijación de un plazo para el pago de una condena en sede de repetición –o en cualquier sede de conocimiento de la jurisdicción contenciosa–, entonces puede el condenado pagarla cuando le parezca, que es lo que en la práctica se insinuó en la providencia mayoritariamente aprobada en el caso de la referencia.

3.2. En contraste con esas inexistentes dudas, existen numerosas normas, civiles y contencioso administrativas que establecen los plazos para el

cumplimiento de las sentencias proferidas por los órganos jurisdiccionales, las cuales no ofrecen asomo alguno de indefinición que pueda hacer procedente la aplicación del principio de duda a favor del procesado en un caso como el que se puso a consideración de la Sala. Sobre ello se hizo una explicación detallada en el proyecto inicialmente presentado, según pasa a reiterarse más abajo en la presente aclaración de voto.

3.3. Ahora bien, creo que es nefasto el mensaje que con la sentencia se envía en relación con la eficacia de mecanismos tales como el llamamiento en garantía con fines de repetición y la acción de repetición en sí misma, pues la *ratio decidendi* que fue aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, implica que si el juez de la repetición omite fijar un plazo para el pago de la condena, entonces la obligación resarcitoria deviene en una obligación natural, cuyo pago depende de la mera liberalidad del funcionario condenado.

4. En lo demás, el suscrito pasa reiterar los fundamentos de análisis que habían sido consignados en el proyecto que fue puesto a consideración de la Sala, y que no fue acompañado por los demás miembros de la Corporación. En efecto, considero que el caso de la referencia debería haberse resuelto tal como pasa a explicarse en lo subsiguiente⁵⁸.

4.1. En primer lugar, como una cuestión previa, en atención a que se trató de un medio exceptivo que había sido ventilado a lo largo del proceso, era necesario que la Sala fijara si lo resuelto por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011 –en la que se decidió denegar la nulidad formulada respecto a la elección como congresista del señor Rafael Romero Piñeros–, implicaba la configuración de cosa juzgada frente al proceso de pérdida de investidura que ahora

⁵⁸ Las notas al pie de página se incluyen tal como venían consignadas en el proyecto original, pero su numeración se hace como si se tratara de anotaciones hechas al presente salvamento de voto. Las subrayas y negrillas son originales de la ponencia derrotada.

concita la atención de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, interrogante en cuya elucidación debía tenerse en cuenta que los motivos de la nulidad alegada en el contencioso electoral, son similares a los que sustentan la acción pública ahora incoada por el señor Julio César Ortiz Gutiérrez, argumentos que están relacionados con las disposiciones de la parte final del artículo 122 de la Constitución Política. En respuesta a esta pregunta, se cita textualmente lo que se decía en la ponencia que no fue acompañada por la Sala:

*9. Frente a la cuestión previa planteada, relacionada con el posible surgimiento del fenómeno de **la cosa juzgada** por virtud de la nulidad electoral que fue fallada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011, se considera que tal situación no se configura en el caso concreto, en la medida en que el objeto de la acción de pérdida de investidura es esencialmente distinto al que fue abordado en la aludida sentencia, punto en el cual se reitera la jurisprudencia en la que se ha dicho que, a pesar de que pueden ser iguales las causales que fundamentan ambos medios de control, lo cierto es que las referidas acciones –la de nulidad electoral y la de pérdida de investidura– son distintas en cuanto al objeto del que se ocupan y las finalidades que persiguen, circunstancia que impide la configuración de la cosa juzgada.*

9.1. En efecto, el fenómeno de la cosa juzgada tiene consagración normativa en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo primer inciso se establecieron como requisitos para su configuración, la identidad de objeto, partes y causa. El texto de la norma, en lo pertinente, es el siguiente:

ART. 332.- La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes...⁵⁹.

9.2. La Sala Plena del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de precisar las diferencias que existen entre la acción de nulidad electoral y la acción de pérdida de investidura en relación, precisamente, con su causa y objeto. Así, ha dicho que mientras en la primera el objeto es la revisión de la validez del correspondiente acto administrativo electoral, y la protección del ordenamiento jurídico su causa; en la segunda se busca, en contraste, establecer la viabilidad de un juicio sobre las inhabilidades, las

⁵⁹ Dicha previsión se mantuvo en el artículo 303 de la Ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, cuyo tenor reza: “ART. 303.- Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes...”.

incompatibilidades y los comportamientos de quienes ejercen la labor de congresistas –lo que constituye su objeto– con miras a salvaguardar la integridad de las corporaciones públicas –que es su causa–. Al respecto se dijo en la sentencia del 8 de febrero de 2011:

3.1.2.1. El primero consiste, a juicio del actor... en que la declaración de nulidad del acto de elección se equipara a la declaración de pérdida de investidura y, por lo mismo, se convierte en la causal de inhabilidad materia de examen, en la medida en que ambas tienen como efecto el que el congresista deje de ejercer su cargo. En otros términos, asimila el objeto, fines y efectos del juicio electoral con los del de pérdida de investidura, para concluir que el señor... estaba inhabilitado al momento de postularse como congresista, por habersele declarado la nulidad de su elección como Diputado a la Asamblea Departamental del Tolima.

Para la Sala tal argumentación jurídica no resulta acertada, pues desconoce claramente el objeto, los fines y los efectos de estos dos medios de control judicial, que determinan que la declaratoria de nulidad del acto electoral no implica per se que la persona afectada con esa decisión pierda la investidura del cargo materia de la elección anulada.

En tratándose de los congresistas -e incluso de otros servidores elegidos por voto popular- es cierto que algunas de las causales de pérdida de investidura de las mismas enumeradas en el artículo 183 de la Constitución Política -o en las leyes en relación con esos servidores-, son también causales de nulidad de los actos administrativos de carácter electoral (arts. 223 y 228 C.C.A.), pero no por ello puede decirse válidamente que el juicio electoral y el de pérdida de investidura persigan fines iguales.

De ahí que esta Corporación ha manifestado que por los mismos hechos, situaciones o circunstancias constitutivas de las inhabilidades indicadas en el artículo 179 de la Carta Política "... es posible adelantar procesos de nulidad de la elección y de pérdida de investidura, pues los dos, dadas sus diferencias, finalidades, los procedimientos consagrados para el uno y el otro, los jueces competentes para adelantarlos, no se excluyen entre sí..."⁶⁰.

En efecto, en el proceso de nulidad electoral se enjuicia la validez del acto de elección para preservar la legalidad y la pureza del sufragio y, por ende, busca su desaparición en caso de que no se encuentre conforme a la Constitución y a la ley. En otros términos, se cuestiona la legalidad del acto que permitió el acceso a la dignidad de parlamentario, acto que mientras no haya decisión judicial en contrario, está revestido de la presunción de validez.

⁶⁰ [6] CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, sentencia de fecha 20 de marzo de 2001, Exp. AC-12157.

A su turno, en el proceso de pérdida de investidura, por ejemplo, de los congresistas, se juzga su conducta de acuerdo con determinadas causales establecidas en la Carta Política para exigir su responsabilidad y lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes vayan a ingresar o se encuentren desempeñando el cargo. Es decir, consiste en verificar si el congresista se encuentra o no incurso en una de aquellas conductas reprobadas por el constituyente para ejercer el cargo y en consecuencia, determinar si se le despoja de esa calidad con efectos intemporales y permanentes, de manera que el objeto, su petitum y los efectos del pronunciamiento son diferentes a los del proceso de nulidad del acto electoral.

Así, en jurisprudencia reiterada, la Corporación ha señalado que la pérdida de investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del congresista que lo priva de esa condición, mientras que el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de congresista son legítimas o, si por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son legítimas [61]62.

9.3. Postura que también ha sido adoptada por la Corte Constitucional, quien ha precisado que, aunque la acción de pérdida de investidura puede fundamentarse en las mismas causales que eventualmente se aleguen como sustento de la acción de nulidad electoral, ello no implica que se trate de medios de control que versen sobre un mismo objeto y causa, pues lo cierto es que persiguen finalidades diversas, lo que impide la configuración del fenómeno de cosa juzgada entre ellas. Dicho criterio fue indicado en la sentencia C-507 de 1994 de la siguiente forma:

Si se mira con cuidado, se entenderá que, en últimas, el motivo de la demanda consiste en el temor del actor de que “una persona elegida Congresista pueda ser juzgada dos veces por el mismo hecho”. Lo que ocurriría, según él, si se ejerciera la acción consagrada en las normas demandadas, con base en que la persona no era constitucional o legalmente elegible, y después se adelantara el proceso de pérdida de investidura, con fundamento en la existencia de una causal de inhabilidad.

(...)

Lo primero que cabe observar es la diferencia prevista entre la acción encaminada a perseguir la declaración de nulidad de la elección y el proceso en el cual se pide que se decrete la pérdida de investidura, con fundamento en el artículo 184 de la Constitución. Tal diferencia está explicada en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado citada por el

⁶¹ [7] CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia de fecha 8 de septiembre de 1992, Exp. AC-175, reiterada en las sentencias de fechas 5 de marzo de 2002, Exp. 11001031150002001019901, 21 de mayo de 2002, Expediente n.º 11001-03-15-000-2002-0042-01-039, 21 de abril de 2009, Exp. PI n.º 11001-03-15-000-2007-00581-01-00, entre otras.

⁶² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de febrero de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 11001-03-15-000-2010-00990-00 (acumulados), actores: César Julio Gordillo Gómez y Pablo Bustos Sánchez, demandado: Rubén Darío Rodríguez Góngora.

Procurador General de la Nación, cuya tesis la Corte comparte:

“La Sala considera, en acuerdo con la distinguida Procuradora Delegada, que no son, el juicio que se adelanta para decretar la pérdida de investidura de un congresista -con fundamento en el artículo 184 de la Carta- y el juicio electoral que pretende la nulidad de su elección -aunque se refieran a una misma persona- juicios idénticos, fundados en los mismos hechos y con igualdad de causa. En efecto, la pérdida de investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del congresista que lo priva de esa condición que una vez fue poseída por él; al paso que el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de congresista son legítimas, o si por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son ilegítimas. Quiere decir lo anterior que en el primer caso, lo que se juzga es la ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, elemento fundamental de la democracia representativa; cuando el candidato se presenta ante el electorado hace una declaración, a veces implícita, de no estar incurso en causal de inhabilidad, que impida su elección; si tal declaración no resulta cierta, el elegido, en este caso el Congresista, viola dicho pacto político, caso en el cual procede, por mandato de la Constitución, la pérdida de la investidura cuya finalidad es preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política, sin perjuicio de las consecuencias personales que el decreto de la medida acarrea de conformidad con el artículo 179, numeral 4 de la Constitución Política. En el segundo caso, en cambio, se cuestiona la legalidad de los actos que permitieron el acceso del congresista a esa condición, y si estos se declaran nulos, ello equivale a que nunca se tuvo acceso legítimamente a la referida investidura (cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena, septiembre 8 de 1992)”⁶³.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía. Esta sentencia ha sido reiterada en ulteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional. Ver al respecto: sentencia SU-399 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y sentencia SU-400 de 2012, M.P. Adriana M. Guillén Arango. En la segunda de las mencionadas se plasmaron las siguientes consideraciones: *“De acuerdo a lo anotado, la autonomía e independencia como criterios originados en que los juicios no son idénticos, basados en hechos similares y con igualdad de causa, así como en los diferentes efectos de los fallos emitidos, hacen que la acción electoral y la acción de pérdida de investidura contra congresistas puedan fundarse en la misma causal de inhabilidad (arts. 179 y 183-1 C.P), sin que se vulnere el non bis in idem o prohibición de juzgamiento de una persona por los mismos hechos, pues esta garantía constitucional integrante del debido proceso, se salvaguarda, aplicando la institución de la cosa juzgada, siguiendo las aludidas reglas jurisprudenciales.”// “En todo caso, en la sentencia C-507 de 1994 no se contempló expresamente la posibilidad de que se decretara la nulidad de la elección por una causal de inhabilidad y posteriormente no prosperara la solicitud de pérdida de investidura por la misma causal, cual es el objeto de análisis en la presente decisión. Empero, como en el citado precedente se hizo expresa alusión a la independencia y autonomía de los dos procesos, es menester concluir que por tal razón es posible que se arribe a distintas decisiones sin que ello implique per se una vulneración de las garantías propias del debido proceso.”// “Cabe tener en cuenta que se trata además de órganos distintos, pues la sentencia de nulidad electoral es proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, y la de pérdida de investidura por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Dichos órganos judiciales realizan juicios diferentes sobre los mismos hechos, uno sobre la legalidad de la elección y otro de carácter sancionatorio sobre la conducta desplegada por el congresista. Por lo tanto, la falta de identidad en*

9.4. Así las cosas, en razón de las diferencias existentes entre las causas y objetos de ambas acciones, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada —ni se viola el principio de non bis in idem— cuando, en sede de la acción de pérdida de investidura, se analiza el caso relacionado con un congresista cuya elección ya fue demandada y juzgada por la Sección Quinta en sede de la acción de nulidad electoral, sin que para el efecto sea relevante el hecho de que en ambos casos —en la nulidad y en la pérdida de investidura— el análisis de juridicidad se haga con base en las mismas causales de inhabilidad. En tal situación, ha dicho esta Corporación, no se llena el total de los requisitos establecidos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que la cosa juzgada existe sí y solo si hay identidad de objeto, causa y partes. Así se concluyó en la sentencia del 21 de abril de 2009:

Es cierto que algunas de las causales de pérdida de investidura consagradas en el artículo 183 de la Constitución Política, son también causales de nulidad de los actos administrativos de carácter electoral (arts. 223 y 228 del C.C.A); de ahí que la Corporación haya manifestado que en relación con un congresista y por los mismos hechos, situaciones o circunstancias constitutivas de las inhabilidades consagradas en el artículo 179 de la Carta Política “es posible adelantar procesos de nulidad de la elección y de pérdida de investidura, pues los dos, dadas sus diferencias, finalidades, los procedimientos consagrados para el uno y el otro, los jueces competentes para adelantarlos, no se excluyen entre sí”⁶⁴.

En el proceso de nulidad electoral, ha sostenido la Corporación, se enjuicia la validez del acto de elección para preservar la legalidad y la pureza del sufragio y, por ende, busca la desaparición del acto en caso de que no se encuentre conforme a la Constitución y a la ley; en tanto que en el proceso de pérdida de investidura se juzga la conducta del congresista en torno a las causales de inhabilidad establecidas en la Carta Política, para exigir su responsabilidad, esto es, consiste en verificar si se encuentra o no incurso en una de aquellas y, en consecuencia, determinar si se le despoja de esa calidad con efectos intemporales y permanentes, de manera que el objeto, su petitum y los efectos del pronunciamiento son diferentes.

(...)

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que el objeto de la acción de nulidad electoral resuelta en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado fue la declaratoria de nulidad del acto de declaratoria de la elección del señor... como representante a la Cámara por el departamento de Boyacá, proferido por los delegados del Consejo Nacional Electoral en el acta de escrutinio y parcial de escrutinio,

torno a la interpretación de la causal de inhabilidad y sobre la calificación de los hechos sometidos a análisis judicial, no conduce ineludiblemente a que la decisión que sea menos favorable a los intereses del congresista o excongresista haya incurrido en defectos que puedan ser atacados en sede de tutela”.

⁶⁴ [8] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 20 de marzo de 2001, Exp. AC-12157, C.P. Darío Quiñones Pinilla.

formulario E-26CR de fecha 23 de marzo de 2006, es decir, que en ese juicio se cuestionó la legalidad y validez de un acto y se persiguió que el mismo desapareciera del orden jurídico; mientras que el objeto del presente proceso es diferente pues persigue que se decrete la pérdida de investidura del señor... como representante a la Cámara por el departamento de Boyacá, a título de sanción, por la realización de una conducta reprochable, decisión cuyos efectos son de carácter disciplinario, en cuanto apareja la inhabilidad permanente de que trata el numeral 4º del artículo 179 de la Constitución Política.

En suma, si bien es posible que la acción electoral y la acción de pérdida de investidura se pueden referir a una misma persona y versan sobre hechos similares, ambos procesos, como ocurre en el caso concreto, difieren en cuanto al objeto, razón por la cual es posible de acuerdo con la Constitución y la ley que se pueda tramitar la presente acción de pérdida de investidura y, por lo mismo, resulta viable realizar un pronunciamiento en relación con el supuesto de la causal invocada por el actor⁶⁵.

9.5. La Sala no pierde de vista el argumento manifestado por el congresista demandado en su contestación, donde se afirma que por virtud de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 144 de 1994⁶⁶, no es posible volver sobre la misma causal de inhabilidad que ya fue materia de estudio por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011. Sobre dicho tema, la Corte Constitucional precisó que la imposibilidad de volver sobre la misma causal de inhabilidad a que se refiere la norma eiusdem, está instituida únicamente de cara a ulteriores procesos de pérdida de investidura, y no cubija lo que hubiese sido decidido en trámites de distinta índole –como el de nulidad electoral–. Ello se plasmó en la ya citada sentencia C-507 de 1994:

Hay que anotar que el artículo 15 de la Ley 144 de 1994 “Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas” establece que todas las sentencias que se dicten en procesos de pérdida de investidura producen efectos de cosa juzgada. Dice así la norma:

(...)

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de abril de 2009, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 11001-03-15-000-2007-00581-00(PI), actor: Fabio Ernesto Pacheco Morales, demandado: Luis Alejandro Perea Albarracín.

⁶⁶ “Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas”. El tenor literal del artículo en cuestión, es el siguiente: “ART. 15.- No se podrá admitir solicitud de pérdida de investidura de un Congresista en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a las causales sobre las cuales ya se haya pronunciado el Consejo de Estado. Todas las sentencias en estos procesos producen efectos de cosa juzgada”.

Este caso nada tiene que ver con la presente demanda, porque es claro que este artículo 15 solamente se refiere a una sola clase de procesos: los de pérdida de investidura⁶⁷.

9.6. En el orden de ideas anteriormente expuesto, en reiteración de los criterios jurisprudenciales antes anotados, la Sala concluye que en el presente caso en el que se alega la configuración de la inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, no se configura el fenómeno de la cosa juzgada –ni se viola el principio de non bis in idem– por el hecho de que, de forma previa, la Sección Quinta del Consejo de Estado haya proferido una sentencia relacionada con la nulidad de la elección del congresista Rafael Romero Piñeros, deprecada con base en la misma causal de inhabilidad que ahora se estudia en sede de la acción de pérdida de investidura.

4.1.1. En adición a lo anterior, era necesario considerar las consecuencias que para la coherencia del funcionamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tenía el hecho de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo pudiera conocer –en sede de la acción de pérdida de investidura– de las mismas causales ya estudiadas –en el marco de un proceso de nulidad electoral– por la Sección Quinta de la Corporación, punto en el cual se propendía por una unificación jurisprudencial a cargo de la primera de las salas mencionadas. Textualmente se decía en el proyecto que no fue acompañado:

9.7. A propósito de la cuestión planteada en el párrafo 7.1 del problema jurídico de la presente providencia, la Sala no pierde de vista que el diseño normativo de las instituciones de pérdida de investidura y nulidad electoral, al abrir la posibilidad para que en el marco de ambos mecanismos se estudie paralelamente la configuración de unas mismas causales –lo que ocurre cuando se alegan las circunstancias de inhabilidad–, ha propiciado el fenómeno de que en algunas ocasiones sea contradictorio el sentido de los ejercicios hermenéuticos efectuados por la Sección Quinta del Consejo de Estado –en sede del estudio sobre la validez del acto electoral– y el pleno de la Sala Contencioso Administrativa –al decidir las acciones de pérdida de investidura–; situación esta que indudablemente es un factor que podría incidir negativamente en la coherencia que debe acompañar los pronunciamientos que hace la Corporación, en su calidad de máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

9.8. No obstante, la Sala considera que el mismo diseño institucional que

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía. Ya citada: véase *supra* nota al pie n.º 10.

propicia dicha contradicción, proporciona también una solución al confiar el estudio de la acción de pérdida de investidura a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, quien ostenta una mayor legitimidad e incluso superioridad respecto de las demás salas del Consejo de Estado en lo que a la unificación de criterios jurisprudenciales de interpretación se refiere⁶⁸, y que, por tal virtud, es un organismo que tiene la potestad de apartarse de la interpretación normativa que en determinado momento hagan las secciones y subsecciones que la integran, siempre y cuando –debe advertirse– ello se haga con respeto de los criterios de transparencia, razonabilidad y carga de la argumentación que deben orientar y justificar tales cambios hermenéuticos⁶⁹.

9.9. *Tampoco se pasan por alto los eventos en los que las decisiones contradictorias se presentan en el paralelo juzgamiento de la nulidad de la elección y la pérdida de investidura de una misma persona –como ocurre en el sub lite–, frente a lo cual considera la Sala que, más allá de las discrepancias de orden interpretativo que ello puede originar, tal situación no comporta una destrucción de la coherencia del sistema jurídico, pues ese tipo de contradicciones hermenéuticas, normales cuando se discute el entendimiento de los componentes del ordenamiento normativo, naturalmente pueden presentarse en las relaciones entre organismos que tienen un distinto nivel dentro de la jurisdicción, máxime cuando, en lo que a las referidas*

⁶⁸ Lo que se advierte por lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, que dispone: “ART. 130... A solicitud del Ministerio Público, o de oficio, las secciones podrán remitir a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo aquellos asuntos que se encuentren para fallo y que por su importancia jurídica o trascendencia social ameriten ser decididos por ésta. La Sala Plena decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto”. // “Igualmente, la Sala Plena podrá asumir directamente el conocimiento de los asuntos que se encuentren para fallo en cualquiera de las secciones”. Ello también se aprecia en las facultades de unificación jurisprudencial establecidas por el ordenamiento jurídico en cabeza de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como ocurre por ejemplo con las sentencias de unificación respecto de los casos de acciones populares y de grupo que eventualmente se seleccionen para tal efecto, según está contemplada esta competencia en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, “por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”.

⁶⁹ Ver al respecto la sentencia T-446 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), donde se hace un completo barrido jurisprudencial sobre el tema, y en la que se consignan los siguientes requisitos que deben mediatizar cualquier cambio de jurisprudencia: “De manera que para apartarse del precedente sentado por los superiores (precedente vertical), se debe cumplir con la jurisprudencia que ha sentado la Corte Constitucional: (i) que se refiera al precedente del cual se aparta, (ii) resuma en esencia su razón de ser y (iii) manifieste que se aparta en forma voluntaria y exponga las razones que sirven de sustento a su decisión. Estas razones, a su turno, pueden consistir en que 1) la sentencia anterior no se aplica al caso concreto porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción; 2) el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; 3) por desarrollos dogmáticos posteriores que justifiquen una posición distinta; 4) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; o que 5) sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico”. El Consejo de Estado también ha mantenido dichos criterios. Leer sobre el punto: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A–, sentencia del 16 de septiembre de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación n.º 11001-03-15-000-2010-00830-00(AC), actor: Martha Lucía Suárez Morales; y también Sección Tercera –Subsección “B”–, sentencia del 19 de septiembre de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.º 23001-23-31-000-1997-08348-01(21279), actor: Luz Eleste Barrera Violet y otros.

acciones se refiere, el juzgamiento se hace desde diferentes ópticas, incluso en relación con una misma persona, rasgo este que se explica por el disímil carácter de los procedimientos, aunque las causales estudiadas sean las mismas⁷⁰.

9.10. En el caso concreto, donde la ya decidida demanda de nulidad de la elección del representante a la Cámara Rafael Romero Piñeros estuvo basada en la misma causal que ahora se estudia en sede de la pérdida de su investidura –tal como se consagra aquella en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política–, ningún impedimento existe para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo rectifique la postura interpretativa asumida por la Sección Quinta en la sentencia del 21 de septiembre de 2011, tal como se hará.

9.11. Las conclusiones anteriores permiten abordar el fondo del asunto, cuyo meollo radica en la supuesta configuración de una inhabilidad en la persona del congresista hoy demandado en acción de pérdida de investidura, con motivo de una condena dineraria que le fue impuesta en un proceso de acción de repetición.

4.2. De cara al fondo del asunto, en segundo lugar debía determinarse si con base en las pruebas obrantes en el expediente y la normatividad aplicable, se encontraba demostrado que sobre el congresista demandado pendía una obligación dineraria que le fuera impuesta en sede de acción de repetición por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante sentencia del 3 de marzo de 2005, a pesar de los pagos que se realizaron dos años después de que quedara ejecutoriada dicha decisión. En este punto, correspondía establecer (a) si se causaron intereses de mora durante el período de tiempo en que permaneció impagada la suma fijada en la sentencia de repetición, a pesar de que en esta última no se cumplió con el deber de fijar un plazo para el pago de la condena –tal como lo dispone el artículo 15 de la Ley 678 de 2001–; (b) si el pago hecho en junio de 2007 por el señor Romero Piñeros se imputó a los intereses, o si debía entenderse hecho al capital de la deuda; y (c) si el cumplimiento total de la

⁷⁰ No es extraño que diferentes juzgadores asuman decisiones contrarias frente a unas mismas premisas fácticas y/o normativas. Tal puede ocurrir, por ejemplo, entre las decisiones que puedan asumirse en el marco de un proceso disciplinario y las que, respecto de los mismos hechos, pueden tomarse a la sazón en un proceso penal; o también en un proceso contencioso de reparación directa cuyos hechos ya hayan sido materia de juzgamiento en la jurisdicción penal; casos en los cuales, por virtud de la diferencia de enfoques, no es posible que sean vinculantes entre sí las orientaciones decisorias de las diferentes instancias de juzgamiento.

obligación comprendía el pago de los intereses que se hubieran causado, o si bastaba con la cancelación del capital. En relación esas cuestiones, se razonaba en la ponencia que no fue acompañada:

*10. Así, de cara a las cuestiones de mérito que han sido ventiladas en el marco del presente trámite, lo primero que debe determinar la Sala es **la existencia de una obligación pecuniaria** a cargo del congresista demandado, que constituye uno de los elementos determinantes para la configuración de la causal de inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, bajo el entendido de que si dicho crédito hubiese sido pagado antes de que se obtuviera la calidad de congresista, entonces no habría lugar a decretar la pérdida de la investidura⁷¹. En el marco de este estudio es necesario establecer el estado de cumplimiento o incumplimiento de la obligación a cargo del señor Rafael Romero Piñeros, surgida esta por virtud de lo decidido en la sentencia de acción de repetición calendada el 3 de marzo de 2005 –proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá–, aspecto cuyo análisis tendrá que ver con los siguientes puntos: (10.1) los intereses que se habrían causado entre el nacimiento de la obligación y el pago hecho el 14 de junio de 2007; (10.2) la imputación de los pagos que se abonaron a la deuda; y (10.3) el pago total de los intereses como parte del cumplimiento de la obligación.*

*10.1. En lo que tiene que ver con **los intereses** correspondientes a la obligación dineraria fijada en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 3 de marzo de 2005, la Sala considera que los mismos se causaron a la luz de las normas relativas a la ejecución y cumplimiento de las sentencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las cuales son aplicables no sólo cuando la condenada es una entidad estatal, sino también cuando la decisión judicial es producto del mecanismo de repetición, el cual se tramita y decide conforme a las reglas propias del Código Contencioso Administrativo –que hace remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil–, las cuales a su vez establecen que las obligaciones consignadas en las sentencias son exigibles a partir del momento en que cobran ejecutoria, salvo que se estipule un plazo.*

⁷¹ Para el efecto, el texto de los dos últimos incisos del artículo 122 de la Constitución Política, es el siguiente: "... Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior." // "Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos (sic), con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño".

10.1.1. En efecto, el artículo 15 de la Ley 678 de 2001⁷², dispone que el juez deberá fijar un plazo para el cumplimiento de la sentencia que autoriza la repetición contra el funcionario, lo cual puede hacerse de oficio o a petición de parte. Dice la norma:

ART. 15.- Ejecución en caso de condenas o conciliaciones judiciales en acción de repetición. En la sentencia de condena en materia de acción de repetición la autoridad respectiva de oficio o a petición de parte, deberá establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación...

10.1.2. Como se observa, aunque el precepto establece que en la sentencia de acción de repetición debe fijarse un plazo para el cumplimiento de la condena, en parte alguna dispone que la ausencia de dicho plazo resta exigibilidad a la obligación, entendimiento este que resultaría inaceptable pues, al pasar por alto la obligación que tiene el Estado de repetir contra sus funcionarios, podría tornar nugatorio el mecanismo judicial de la acción de repetición frente a condenados que, escudados en la indeterminación de los fallos y una artificiosa interpretación de las normas, se muestren renuentes a cumplir con la obligación dineraria que se les ha impuesto.

10.1.3. Al respecto, cuando la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la norma en cuestión, precisó que la finalidad principal de la misma, es garantizar que la administración pueda recuperar el dinero que hubo de pagar como consecuencia de la actuación incorrecta de sus funcionarios quienes, si bien son beneficiarios del plazo que debe ser fijado en la sentencia de repetición, en todo caso deben cumplir con la totalidad del crédito que en ellos recae, sin que pueda entenderse que la ausencia de plazo torna en pura y simple la obligación resarcitoria. Dijo la Corte Constitucional:

Al inciso primero de la norma que se cuestiona se le acusa de inconstitucionalidad por la posibilidad que en él se establece para fijar un plazo para el cumplimiento de la obligación que se imponga al servidor público condenado en ejercicio de la acción de repetición...

Que para el pago de una obligación impuesta en una condena se conceda un plazo por el juez, no quebranta la Constitución pues ella no establece en ninguna de sus normas que las obligaciones deban ser de suyo puras y simples, y exigibles de manera inmediata. Al contrario, en ese punto es clara la libertad de configuración por parte del legislador que bien puede disponer que las obligaciones se encuentren sujetas a modalidades, una de las cuales es el plazo, con el objeto, en el caso concreto, de obtener el reembolso de lo pagado inicialmente por el Estado, dándole la oportunidad al servidor público de cancelar la obligación toda, íntegra, aunque no sea en un instante único, lo que, como se ve no vulnera el precepto constitucional del artículo 90 de la

⁷² "Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición".

*Carta, sino que sencillamente es una manera autorizada por el legislador para que la obligación se extinga, lo que es distinto a condonarla*⁷³.

10.1.4. *Lo que implica que las previsiones del artículo 15 de la Ley 678 de 2001, en manera alguna podrían entenderse en el sentido de que, ante la omisión del juez de fijar concretamente el plazo de la obligación, puede el funcionario repetido satisfacer la misma cuando le plazca, pues lo cierto es que ello podría significar una condonación de facto de la deuda, en abierta contravención de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, a cuyo tenor el Estado debe repetir contra sus funcionarios por las condenas que pague por causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de aquellos*⁷⁴.

10.1.5. *Ahora bien, cabe precisar que si en determinado caso el juez de la repetición omite fijar un plazo para el cumplimiento de la condena que se impone contra un funcionario, es un evento frente al cual la Ley 678 de 2001 no consagra una respuesta, lo que hace necesario recurrir a las demás normas que regulan asuntos similares*⁷⁵, que de cara al sub lite resulta ser el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo y su remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

ART. 179.- Las condenas de otro orden, en favor o en contra de la administración, se regirán por los artículos 334 y 339 del Código de Procedimiento Civil.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-484 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷⁴ Dice el artículo 90 de la Constitución Política: "ART. 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas." // "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

⁷⁵ En ejercicio de una interpretación sistemática que supla las carencias de la Ley 678 de 2001. Dicho método hermenéutico está consagrado en el artículo 30 del Código Civil en los siguientes términos: "ART. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía." // "Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". De acuerdo con la doctrina, el método sistemático de interpretación es adecuado y necesario para dotar de sentido a las disposiciones jurídicas que resultan insuficientes de cara a la regulación de cierta materia. Según dice en el Tomo I de su tratado de derecho civil: "De la interpretación lógica es necesario elevarse siempre a la interpretación sistemática, lo cual indica que el sentido de las palabras y proposiciones de un determinado texto legal debe relacionarse con la institución de que hacen parte y con el propio sistema jurídico." // "Este tipo de análisis está destinado a prestar grandes servicios al intérprete cuando aparecen textos legales contradictorios, oscuros, insuficientes, o cuando su escueta aplicación conduce al absurdo o engendra una solución manifiestamente inequitativa. En todos estos casos el juez debe escoger el sentido de uno de los textos con preferencia a otro, para destruir la contradicción, o dar claridad al oscuro, o completar el insuficiente, o modificar el inequitativo para hacer prevalecer los principios de la equidad" (Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil*, Tomo I: Parte General y Personas, Editorial Temis, Bogotá-2002, página 126).

10.1.6. El artículo 334 del Código de Procedimiento Civil dispone que son inmediatamente exigibles las obligaciones que se consagran en las sentencias ejecutoriadas, a menos de que en las mismas se establezca un plazo. Según dice la norma:

ART. 334.-... Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas, o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ella se haya concedido apelación en el efecto devolutivo.

Si en la providencia se fija un plazo para su cumplimiento o para hacer uso de una opción, éste sólo empezará a correr a partir de la ejecutoria de aquélla, o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso. La condena total o parcial que se haya subordinado a una condición, sólo podrá ejecutarse una vez demostrado el cumplimiento de ésta.

10.1.7. Lo que implica que si en la sentencia de acción de repetición no se fija un plazo para el cumplimiento de la condena, y si el condenado no exigió al juez la estipulación del mismo, entonces la deuda es exigible a partir de la ejecutoria de la providencia –o a partir del día siguiente a la notificación del auto de obediencia en los procesos tramitados en dos instancias–, de tal modo que desde ese momento el funcionario repetido puede incurrir en mora en el pago de aquella, con las consecuencias que son propias de dicha situación, entre ellas la causación de los intereses legales correspondientes durante el tiempo en que el crédito permanezca insoluto, tal como lo dispone el artículo 1617 del Código Civil:

ART. 1617.- Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1ª) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos;

2ª) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo;

3ª) Los intereses atrasados no producen interés;

4ª) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas⁷⁶.

10.1.8. Así lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual se ha precisado que cuando la obligación de dar recae sobre una suma de dinero, el ordenamiento jurídico presupone que la demora en su cumplimiento ocasiona perjuicios al acreedor, bajo el entendido de que el dinero en manos del deudor moroso dejó de producir los frutos que, si hubiera sido entregado oportunamente al sujeto activo de la deuda, habrían favorecido el patrimonio de este. Ello se explicó en la sentencia del 27 de noviembre de 2013, en los siguientes términos:

(inicia cita)

En lo que atañe al aludido segundo rubro del perjuicio material –lucro cesante– cuando la incumplida es una obligación consistente en pagar una suma de dinero, se debe el interés de mora a título de indemnización en favor del acreedor de la prestación y como sanción para el deudor de la misma; en efecto, en los términos del artículo 1625 del Código Civil, uno de los modos de extinguir las obligaciones es la solución o pago efectivo, el cual corresponde al cumplimiento de la prestación debida –artículo 1626 ibídem–, pago que deberá hacerse de conformidad con el tenor de la obligación –artículo 1627 eiusdem– y, por lo mismo, si ella no se cumple dentro del término estipulado o del previsto en la ley, se incurre en una tardanza con relevancia jurídica denominada por el ordenamiento jurídico “mora”, que como estado de incumplimiento obligacional produce un daño al acreedor que su deudor se encuentra en el deber de reparar.

De ahí que según las voces del artículo 1608 del Código Civil, una vez transcurre el plazo o término para el pago de una obligación positiva sin que se hubiere satisfecho a plenitud en la oportunidad debida, por esa sola circunstancia se incurre en mora, salvo que la ley o el contrato exijan requerimiento o reconvencción para tal efecto y no se hubiere renunciado a él... así las cosas, cuando la obligación incumplida es la de pagar una cantidad de dinero, la ley presume la existencia del daño sin que el acreedor tenga la carga de demostrarlo y éste se entiende producido desde el momento en el cual el deudor debió cumplir con el pago de la deuda y no lo hizo, razón por la cual tanto el derecho privado –Código Civil y Código de Comercio– como el público –Ley 80 de 1993–

⁷⁶ La doctrina ha hecho el siguiente comentario en relación con la norma citada: “450- Los intereses moratorios legales.- Preciado el concepto de conformidad con las precedentes explicaciones, se tiene que estos son los que corren a cargo del deudor, a título de indemnización de perjuicios, desde el momento en que se constituye en mora de pagar una obligación de dinero, y cuya tasa está prefijada por la ley.” // (...) “De suerte que, conforme a este texto, el interés legal solamente entra a operar para los efectos de la indemnización de perjuicios por la mora en el pago de las obligaciones de dinero, cuando las partes no han fijado un interés convencional moratorio superior al legal y, además, la ley no haya autorizado para el caso el cobro de intereses corrientes...” [Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, séptima edición, Bogotá-2001, Editorial Temis, páginas 282 y 283]. De conformidad con el artículo 2232 del Código Civil, el interés legal tiene un monto del 6 por ciento anual: “ART. 2232.- Si en la convención se estipulan intereses sin expresarse la cuota, se entenderán fijados los intereses legales.” // “El interés legal se fija en un seis por ciento anual”.

se prevé que la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de pago oportuno de una cantidad de dinero se traduce en el reconocimiento de intereses de mora⁷⁷. Así lo ha indicado la Sección Tercera del Consejo de Estado, al expresar que:

“... cuando la obligación es de índole dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses, tal y como lo determina el artículo 1617 del Código Civil, de conformidad con el cual “[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo”⁷⁸, disposición que ha permitido a la jurisprudencia sostener que:”

“Por medio del cobro de los intereses moratorios se pretende indemnizar al acreedor por los perjuicios que le causó el incumplimiento del deudor, en el pago de una suma de dinero, perjuicio que se presume y cuya cuantía no está en el deber de soportar, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal...”⁷⁹”

Los intereses pueden ser definidos como la utilidad, el beneficio o la renta que resulta viable y lícito obtener de un capital, por manera que se constituyen en los frutos civiles o las ganancias o que cabe percibir por el uso del dinero –artículo 717 del Código Civil (C.C.)– y pueden revestir las siguientes modalidades...

(i) Convencionales, esto es los que pactan en forma expresa las partes en el contrato –artículo 1617-1 C.C.–;

(ii) Legales, es decir los tarifados y prefijados expresamente por el legislador –artículos 1617-1, 2231 y 2232 C.C.; artículos 883, 884, 885, 942, 1163 y 1251 del Código de Comercio (C. de Co.)–;

(iii) Corrientes, vale decir aquellos que común o usualmente se cobran en determinado mercado, lugar o plaza –artículos 513, 1367, 2171, 2182, 2184, 2318 y 2231 C.C.; artículos 884, 885, 1163, 1251 y 1388

⁷⁷ [72] Cfr. Artículos 1617 del Código Civil, 884 del Código de Comercio y 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993.

⁷⁸ [73] Nota original de la sentencia citada: El perjuicio que resulta de la mora consiste en que el acreedor habrá quedado privado temporalmente de la suma de dinero con la cual contaba en la fecha en que debía ser ejecutada la obligación de pagar. Desde el momento en que el deudor se encuentra en mora, el acreedor tiene derecho a exigir la reparación del perjuicio que resulte de la mora sin probar su existencia. En otras palabras se presume la existencia del daño por el sólo hecho de haber comprobado la mora en la ejecución. La ley ha establecido que los daños y perjuicios por el retardo en el pago de una suma de dinero son los intereses de mora (Cfr. Larraumet, Cristian, Teoría General del Contrato, Vol. II. Pág. 76).

⁷⁹ [75] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214).

del C. de Co. –;

(iv) Remuneratorios, son los devengados en virtud de un crédito de capital por el uso del mismo durante el término al cabo del cual el deudor se encuentra en la obligación de restituirlo, de suerte que tienen carácter meramente retributivo por la utilización del dinero a lo largo del período de su disfrute por parte del deudor –artículos 1617-3, 2229, 2231 y 2234 C.C.; artículos 883, 884 y 1163 C. de Co.–;

(v) Moratorios, los cuales debe el deudor pagar a título de indemnización de perjuicios al acreedor desde el momento en que se constituye en mora respecto del capital adeudado, cuya tasa puede ser acordada por los sujetos de la obligación aunque se halla fijada por la ley de manera supletiva –artículos 1617 C.C., 65 de la Ley 45 de 1990 y 4-8 de la Ley 80 de 1993–; se trata, pues, de la pena tarifada por la mora en que incurra el deudor por la no entrega del dinero en la oportunidad debida al acreedor; y, finalmente,

(vi) Usurarios, que serán aquellos que exceden la tasa máxima legalmente permitida y cuyo pacto o cobro se encuentra prohibido y sancionado por la ley –artículos 1617-3 y 2235 C.C.; artículos 884 (modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999) y 886 C. de Co.; 64-2 de la Ley 45 de 1990; 121-3 del Decreto Ley 663 de 1993 y 34-3 de la Ley 1142 de 2007–⁸⁰.

10.1.9. En el **caso concreto**, entre la fecha en que cobró ejecutoria la sentencia del 3 de marzo de 2005 y el momento en que el señor Rafael Romero Piñeros abonó el valor de \$92 866 741,06 mediante 8 consignaciones entregadas el 14 de junio de 2007 –cuando habían transcurrido más de dos años contados a partir de la exigibilidad de la obligación–, se causaron los perjuicios moratorios de que se viene hablando en el presente acápite.

10.1.10. Para tal efecto, el hecho de que el Tribunal Administrativo de Boyacá hubiera expedido la sentencia de acción de repetición sin que se fijara un plazo para el cumplimiento de la condena, y el que el condenado se hubiera abstenido de solicitar la complementación del fallo en ese sentido, implica que la obligación era exigible desde el momento de la ejecutoria de la decisión – en un proceso que se tramitó sólo ante el juzgador de primera instancia al no haberse apelado la sentencia del Tribunal–, tal como lo establece el inciso primero del citado artículo 334 del Código de Procedimiento Civil al indicar que “... podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas...”.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección “A”–, sentencia del 27 de noviembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente n.º 25 742, demandante: Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., demandado: Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

10.1.11. En el orden de ideas anteriormente expuesto, para la Sala es claro que entre la fecha de ejecutoria de la sentencia calendada el 3 de marzo de 2005, y el 14 de junio de 2007, se causaron intereses moratorios, lo que hace necesario entrar a considerar si el pago hecho por el señor Rafael Romero Piñeros se imputó a los intereses o si se imputó al capital.

10.2. En lo relacionado con **la imputación de los pagos** realizados por el señor Rafael Romero Piñeros el 14 de junio de 2007, la Sala considera que los mismos deben entenderse hechos a los intereses causados, y no al capital, toda vez que así lo establece la normatividad civil, de conformidad con el entendimiento que le han dado la doctrina y la jurisprudencia.

10.2.1. En efecto, el artículo 1653 del Código Civil dispone de manera expresa que, cuando en una obligación se debe simultáneamente lo relacionado con el capital de la misma y con sus intereses, cualquier pago que se realice debe imputarse primero a los intereses, a menos que el acreedor expresamente acepte otro tipo de imputación. El tenor literal de la norma es el siguiente:

ART. 1653.- Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital.

Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen estos pagados.

10.2.2. La doctrina ha dicho que el sentido de dicha disposición es beneficiar la posición del acreedor, en la medida en que el capital impagado puede seguir generando intereses mientras que, en contraste, existe una prohibición expresa de que estos últimos generen frutos civiles⁸¹, razón por la cual es dable entender que cualquier pago que se haga se impute primero a los intereses del crédito, lo que es un supuesto que deja salva la posibilidad de que el capital insoluto siga rindiendo réditos a título de indemnización por la mora del deudor. Como indica la doctrina:

545. Importancia.- Cuando lo pagado es el cuerpo cierto debido, o el hecho o la abstención determinados que constituyen el objeto de una obligación, es obvio que el cumplimiento de tales prestaciones ha de tenerse como ejecutado para solucionar dicha obligación y no otra u otras a cargo del deudor.

Pero cuando la obligación es de género y tiene accesorios de la misma clase del principal, como cuando esta consiste en dinero y devenga intereses; surge ya el problema de determinar si la suma pagada se

⁸¹ Tal como lo dispone el artículo 2235 del Código Civil: "ART. 2235.- Prohibición. Se prohíbe estipular intereses de intereses". En el mismo sentido, dispone la regla 3ª del ya citado artículo 1617 *ibídem* que "... los intereses atrasados no producen interés...".

imputa primeramente a los intereses o al capital, o a la inversa. Y tal problema se complica aún más cuando a cargo del deudor y en favor del acreedor que recibe el pago existen dos o más obligaciones de género que versen sobre cosas de la misma clase; cuando A le debe a B \$1.000, precio de una compraventa, y \$500 recibidos en mutuo; o caballos, vino o trigo negociados separadamente. En estos casos es indispensable precisar a cuál de las obligaciones se imputa el pago para declararla total o parcialmente solucionada y para definir la situación de las restantes.

Para ir de lo simple a lo complejo, conviene estudiar por separado la imputación del pago a una obligación única, y la imputación de él cuando las obligaciones son varias.

546. a) La obligación es única.- La obligación tiene accesorios, como cuando A le debe a B \$1.000 que devengan intereses convencionales, remuneratorios o moratorios, y el pago es insuficiente para cubrir el principal y sus intereses. Si el acreedor se allana a recibirlo o se ve obligado a hacerlo por ley, la imputación se hace primeramente a los intereses y el saldo al capital (art. 1653), pues, de no hacerse así, al acreedor sufriría perjuicios, ya que el capital devenga intereses, y estos no por prohibición legal (art. 1617). Desde luego, el acreedor puede convenir en que la imputación se haga a capital (art. 1653), y si este otorga al deudor carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen estos pagados (ibídem), presunción que, por ser legal, admite prueba en contrario⁸².

10.2.3. Y la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dejado en claro que cuando se realiza el pago a una deuda que ha devengado intereses, el mismo debe entenderse hecho primero para la satisfacción de estos, de conformidad con la regla establecida en el citado artículo 1653 del Código Civil, a menos de que haya una manifestación expresa e inequívoca del acreedor en sentido contrario:

De conformidad con lo anterior la Sala reitera lo expuesto en anteriores oportunidades y advierte que lo dispuesto en el artículo 1653 del Código Civil resulta aplicable a las obligaciones derivadas del contrato estatal, por tratarse de una materia especial, no regulada en el estatuto contractual.

Se tiene por tanto que, si las partes no regularon en el contrato lo relativo a la manera de imputar el pago parcial cuando concurren obligaciones de capital y de intereses, por remisión expresa del artículo 13... de la Ley 80 de 1993, resulta aplicable la norma que regula este aspecto en el Código Civil.

(...)

En consideración a lo anterior, la Sala advierte que el Distrito cumplió

⁸² Ospina Fernández, Guillermo. Op. cit, *supra* nota al pie n.º 23, páginas 348 y 349.

parcialmente con las obligaciones a su cargo, porque no tuvo en cuenta que los valores debían indexarse desde la fecha de exigibilidad hasta la fecha de su cancelación y no consideró la existencia de los intereses de mora causados por el mismo período.

De conformidad con lo dispuesto en el precitado artículo 1653 del CC., cuando se deben valores por capital e intereses moratorios y se realiza un pago, el mismo debe imputarse primero a intereses y luego a capital.

Se tiene por tanto que está pendiente de pago el saldo de capital que resulta de imputar el valor cancelado a intereses y luego a capital, conforme lo reclamó el ejecutante en aplicación del artículo 1653 del CC.

Conviene precisar que no obra prueba en el plenario de que el acreedor contratista hubiese renunciado a la aplicación del referido artículo 1653 del CC., pues no hay manifestación suya en ese sentido, ni tampoco se aportó la carta de pago o recibo de pago del capital expedida por él, en la que no hubiese mencionado los intereses, para que se presumiera que éstos se pagaron.

En efecto, la circunstancia de que el contratista hubiese firmado las referidas órdenes de pago elaboradas por la entidad, no permite considerar que las mismas constituyen un recibo de pago del acreedor satisfecho, en los términos exigidos por el inciso 2 del artículo 1653 para que se opere la presunción legal allí prevista⁸³.

10.2.4. En el **caso concreto**, mediante sentencia del 3 de marzo de 2005 notificada por edicto desfijado el 26 de mayo del mismo año, el señor Rafael Romero Piñeros fue condenado en sede de acción de repetición al pago de la suma de \$92 866 741,06 pesos m/cte –párr. 6.2–. El 14 de junio de 2007, transcurridos más de dos años después de ejecutoriada la sentencia de condena, la entidad beneficiada con la misma recibió el pago hecho por una suma exactamente igual a la fijada por el juzgador de la acción de repetición, y en el acta de recibo correspondiente no se especificó si las consignaciones se entendían hechas al capital o a los intereses de la obligación –párr. 6.5–, razón por la cual, en aplicación de la normatividad y los criterios doctrinarios y jurisprudenciales antes aludidos, debe entenderse que el pago se hizo con cargo a los intereses debidos, quedando insoluto el capital –en el monto que ello corresponda según la compensación matemática–.

10.3. En lo que tiene que ver con el estado de cumplimiento de la obligación por **el pago parcial de los intereses** según fue realizado por el señor Rafael Romero Piñeros el 14 de junio de 2007, la Sala considera que en el momento

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2006, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n.º 25000-23-26-000-1998-05909-01(18269), actor: Consorcio Vial Aurelio Gutiérrez, demandado: Distrito Capital de Bogotá.

actual permanece insoluta aquélla, conclusión a la que se arriba después de revisarse la normatividad correspondiente a la extinción de las obligaciones por pago, que establece que deben satisfacerse tanto el crédito principal como sus intereses, y que el pago parcial no extingue la obligación.

10.3.1. En efecto, el artículo 1649 del Código Civil dispone de manera expresa que, para que el pago logre la extinción total de la deuda, es necesario que el mismo abarque todos los emolumentos que le son accesorios, en especial los relacionados con los intereses y las indemnizaciones a que haya lugar. Dispone la norma:

ART. 1649.- El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.

El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban.

10.3.2. En el caso concreto la Sala considera que, aún si en gracia de discusión se admitiera que el pago hecho por el señor Rafael Romero Piñeros puede imputarse a la satisfacción del capital total de la deuda –lo que no es posible según las consideraciones que se dejaron expuestas más arriba–, aún así debería entenderse que esa erogación no logró extinguir la obligación resarcitoria que pesaba sobre el congresista hoy demandado en pérdida de investidura, en la medida en que habría aún quedado pendiente la satisfacción de lo correspondiente a los intereses.

10.3.3. En todo caso, como es claro que el pago se imputó a los frutos civiles de la deuda –tal como lo establece el artículo 1653 del Código Civil–, generados estos durante los más de dos años en que permaneció impagado el crédito, entonces la obligación resarcitoria establecida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia de acción de repetición del 5 de marzo de 2005, permanece insatisfecha en el momento actual.

*10.4. **En conclusión**, de conformidad con las consideraciones hasta este punto expuestas, para la Sala es claro que cuando el señor Rafael Romero Piñeros obtuvo la calidad de congresista, pendía sobre él una obligación dineraria surgida de una sentencia proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el marco de un proceso de acción de repetición, por lo que la situación del demandado podría configurar la causal de inhabilidad consagrada en los incisos finales del artículo 122 de la Constitución Política, salvo las consideraciones que pasan a emitirse en relación con los otros elementos pertinentes a la subsunción del caso en dicha norma superior.*

4.3. Fijado que el señor Rafael Romero Piñeros –al ser elegido y posesionarse como representante a la Cámara– no había cumplido con la obligación de repetición que sobre él pesaba, debía pasar a determinarse, en tercer lugar, si con esa situación se configuró la causal de inhabilidad consagrada en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, cuestión ésta que requería que fueran esclarecidos otros interrogantes que pasan a formularse y responderse tal como se proponía en la ponencia derrotada:

4.2.1. Por un lado, era necesario realizar una interpretación sistemática y teleológica de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 constitucional, en concordancia con lo normado por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, con miras a establecer si la inhabilidad fijada en la norma de derecho interno podía ser interpretada tal como lo hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011, en el sentido de afirmar que la causal se configuraba sólo si la conducta del funcionario era calificada como dolosa o gravemente culposa por un juez penal; o si, por el contrario, dicho ejercicio hermenéutico arrojaba como resultado una interpretación que, a la luz de los principios, posibilitaba el surgimiento de la inhabilidad con base en una sentencia proferida por un juez que no necesariamente debía pertenecer a la jurisdicción penal, cosa que podía ocurrir, por ejemplo, cuando la conducta dolosa o gravemente culposa era calificada en una providencia que ponía fin a un proceso contencioso administrativo. Frente a dicha cuestión se proponía en el proyecto que no fue aprobado, lo que pasa a transcribirse:

*11.1. En primer lugar, la Sala considera que una **interpretación sistemática y teleológica** del inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, en concordancia con las previsiones del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –interpretado también de forma pragmática y en contraste con otros tratados internacionales e instituciones constitucionales del orden interno–, conduce a que la inhabilidad pueda configurarse no sólo cuando la sentencia correspondiente ha sido emitida por un juez penal, sino también cuando se trata de una providencia proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo –como ocurre en el presente caso–, punto frente al*

cual es necesario, en primer lugar, traer a colación el texto de las normas materia de interpretación:

(i) Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, **en proceso penal** (se destaca).

(ii) Constitución Política de Colombia

ART.- 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento...

(...)

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, **quienes hayan sido condenados**, en cualquier tiempo, **por la comisión de delitos** que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos (sic), con su **conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada**, a que el estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño (se resalta).

11.1.1. Con miras a una **interpretación sistemática** de las aludidas normas, es procedente que la Sala fije en primer término los criterios que deben tenerse en cuenta para realizar dicho ejercicio hermenéutico –párr. 11.1.1.1–, para después establecer el correcto entendimiento de los textos materia de intelección, el cual debe elucidarse en concordancia con el sentido de los demás principios y normas que están en juego, a saber: a) la prevalencia de las normas constitucionales en comparación con preceptos de cualquier otro tipo, incluso los de derecho internacional –párr. 11.1.1.2.1–; b) la institución constitucional de la pérdida de investidura de congresistas –párr. 11.1.1.2.2–; c) el mecanismo, también de rango constitucional, de la repetición de condenas contra funcionarios públicos –párr. 11.1.1.2.3–; y d) los demás tratados internacionales, en especial los relacionados con la prevención y castigo de la corrupción administrativa –párr. 11.1.1.2.4–. En desarrollo de la interpretación a que se alude en este punto, se indicará que el entendimiento del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe adecuarse a las previsiones de los dos últimos incisos de la referida norma constitucional –artículo 122–.

11.1.1.1. Al revisar **los criterios que han de tenerse en cuenta** para un ejercicio hermenéutico como el propuesto, lo primero que debe advertirse es que la interpretación sistemática aboga por una concepción unitaria del ordenamiento normativo, de tal forma que la intelección de de sus componentes tiene por finalidad el mantenimiento de la armonía, coherencia y unidad del sistema. Tal ejercicio puede implicar, o bien el entendimiento de la norma de conformidad con otras previsiones del campo jurídico, o bien la elucidación de su sentido con base en otros componentes que hagan parte del mismo precepto, siempre con miras a adecuar el significado de tales interpretaciones con el sentido general del sistema normativo. Del mismo modo, la interpretación sistemática puede arrojar como resultado el establecimiento de una premisa normativa que limite los alcances de una interpretación gramatical o exegética de la disposición sometida a estudio –resultado restrictivo– o, por la misma vía, que extienda dichos alcances –resultado extensivo–, bajo el entendido de que lo que se busca es adecuar el contenido de las previsiones normativas, para que coincidan con la orientación general del sistema jurídico en el que se insertan. Este método hermenéutico, en su función “adecuadora” de los textos objeto de interpretación, ha sido descrito por Guastini, en los siguientes términos:

La interpretación sistemática

La locución “interpretación sistemática” está muy difundida entre los juristas, aún cuando no parece posible atribuirle un significado preciso. Y es que, en efecto, la expresión aludida es usada de hecho para referirse a las técnicas interpretativas más variadas e independientes entre sí.

Grosso modo, se llama sistemática toda interpretación que deduzca el significado de una disposición de su colocación en el sistema del derecho: unas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de disposiciones que disciplinan una determinada materia o una determinada institución. El sistema jurídico y los subsistemas que lo componen se conciben generalmente como conjuntos de normas coherentes (carentes de contradicciones o antinomias) y completos (carentes de lagunas).

En la práctica, se hace interpretación sistemática siempre que, para decidir el significado de una disposición, no se atiende a la disposición misma aisladamente considerada, sino al contexto en el que está situada. Tal contexto puede ser más o menos amplio: los demás apartados de un mismo artículo, el resto de los artículos de una misma ley, hasta llegar incluso a la totalidad de las disposiciones que componen un sistema jurídico.

Este modo de argumentar puede enmascarar operaciones interpretativas así mismo muy distintas. Sin pretender hacer un inventario completo de las mismas, pueden mencionarse algunos ejemplos.

(...)

*f) Son característicos de la interpretación sistemática algunos de los procedimientos comúnmente empleados para resolver –o más bien para evitar o prevenir– antinomias. En particular, el principio según el cual *lex specialis derogat legi generali* y la llamada interpretación adecuada. Por lo demás, esta última merece una consideración independiente, por lo que se volverá sobre ella enseguida.*

g) Y, en fin, pueden reconducirse a la interpretación sistemática la mayor parte de los procedimientos que habitualmente se emplean para colmar lagunas. En particular, la aplicación analógica y la construcción y el uso de principios.

La interpretación adecuada

La interpretación adecuada es una de las clases más importantes de interpretación sistemática. Pueden distinguirse dos tipos ligeramente distintos de la misma.

a) En primer lugar, se hace interpretación adecuada siempre que se adapta –se adecua– el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior. La “superioridad” en cuestión puede ser, indistintamente, una superioridad jerárquica o una superioridad estructural.

Así, por ejemplo, si una disposición legislativa admite dos posibles interpretaciones, tales que una es conforme con las normas constitucionales; mientras que la otra se contradice con aquellas, se hace interpretación adecuada optando por la primera y rechazando la segunda. Esta forma de interpretar se rige por la (tácita) presunción de que el legislador respeta la constitución y no intenta violarla.

Constituyen otros tantos ejemplos de interpretación adecuada todas las llamadas sentencias “interpretativas” de la Corte Constitucional, ya se trate de sentencias interpretativas estimativas (la Corte evita declarar constitucionalmente ilegítima toda una disposición y se limita a declarar ilegítima una de sus posibles interpretaciones), o se trate –aún más claramente– de sentencias interpretativas desestimativas (la Corte evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición, interpretándola de modo que sea conforme con la Constitución). Pero también se encuentran buenos ejemplos de interpretación adecuada en todos los autos en los que un juez ordinario rechaza una excepción de ilegitimidad constitucional, aduciendo que la cuestión es manifiestamente infundada, porque la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución.

(...)

b) En segundo lugar, se hace interpretación adecuada siempre que se adapta o adecua el significado de una disposición a un principio general o fundamental del derecho (previamente establecido). Este caso es distinto del anterior, por el hecho de que un principio no ostenta necesariamente un rango superior al de una disposición particular, salvo en sentido meramente axiológico.

Claramente, las distintas formas de interpretación adecuada tienen por objeto (y como efecto) evitar que surjan antinomias entre normas de distinto grado jerárquico o entre normas particulares y principios generales, según los casos. Por esta razón, la interpretación adecuada puede ser siempre –y por lo general es– argumentada ulteriormente recurriendo al dogma de la coherencia del derecho.

Es preciso observar aún que la interpretación adecuada puede producir indistintamente resultados “restrictivos” o resultados “extensivos”.

Puede suceder, por ejemplo, que para adecuar una disposición legislativa a la Constitución sea necesario restringir su campo “natural” de aplicación. Es decir, puede ocurrir que una determinada norma sea legítima, si se considera aplicable al supuesto de hecho F1; pero resulte ilegítima, si se considera aplicable también al supuesto de hecho F2 que la Constitución regula de manera distinta.

Pero puede también suceder, por el contrario, que para adecuar una disposición legislativa a la Constitución sea necesario ampliar su campo de aplicación. Ocurre esto, por ejemplo, siempre que una ley atribuye un beneficio a una clase de sujetos excluyendo a otra clase de sujetos que, en virtud del principio de igualdad (artículo 3º constitucional), debería gozar, en cambio, del mismo beneficio. Se encuentran ejemplos de ello en todas las sentencias “aditivas” de la Corte Constitucional⁸⁴.

11.1.1.1.1. La anterior concepción teórica del método de interpretación sistemática, ha sido tenida en cuenta por la Corte Constitucional a la hora de atribuir significados a diferentes postulados de la Carta Política, bajo el supuesto de que dicho cuerpo normativo es un todo coherente, sin que sea aceptable una interpretación de sus preceptos de una manera aislada que, bajo ciertas circunstancias, podría derivar en el desconocimiento de otras normas que deben ser tenidas en cuenta, en tanto se trata de postulados definitorios de la filosofía que orienta al ordenamiento jurídico y al Estado. Así, según reiterada jurisprudencia constitucional, la interpretación de los elementos que componen el ordenamiento constitucional, debe realizarse de tal forma que se maximice la eficacia de cada una de sus disposiciones, así como también la coherencia entre ellas. En la sentencia C-535 de 2012 se dijo acerca del punto que se viene tratando, lo siguiente:

5.1. Conforme lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación, la Constitución Política es un texto armónico y coherente, que como tal, debe ser interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos y objetivos perseguidos por el constituyente⁸⁵. Sobre este particular, en la sentencia SU-1122 de 2001, la Corte tuvo oportunidad de precisar que la Carta “ha de entenderse como un texto que goza de unidad, de suerte que no resulta posible seleccionar caprichosamente las consecuencias normativas que resulten favorables o desfavorables para la solución de un problema puntual. Por el contrario, la solución de las controversias jurídicas de interés constitucional, exige que le sean aplicadas al caso controvertido, todas las consecuencias –mandatos, permisiones, prohibiciones y diseños estructurales– previstos en la Carta”.

5.2. En ese orden de ideas, la propia jurisprudencia ha dejado sentado que la Constitución, vista como un sistema de normas límite, que guardan correspondencia lógica entre sí, tiene que ser abordada, para efectos de su interpretación y aplicación, conforme a los principios de unidad constitucional y de armonización, de tal manera “que la aplicación de una norma superior no debe contradecir o agotar el contenido de otras disposiciones constitucionales, sino que debe buscarse, en lo posible, interpretaciones que permitan la máxima efectividad de todas las normas de la Constitución”⁸⁶.

⁸⁴ Guastini, Riccardo, *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, Capítulo II: Técnicas interpretativas. Primera edición, México-1999, Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–, páginas 43 y siguientes.

⁸⁵ [11] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-255 de 1997, SU-1122 de 2001, C-551 de 2003, T-449 de 2004 y T-030 de 2005.

⁸⁶ [12] Sentencia C-255 de 1997.

5.3. El principio de la unidad constitucional, como se ha dicho, exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, por oposición a una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran. Lo que manda este principio es que la Constitución sea vista y entendida como una unidad, como un sistema con sentido lógico y, por tanto, que sus disposiciones no sean abordadas a partir de una visión puramente individualista de sus textos. En cuanto al principio de armonización, el mismo implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de manera que se garantice a todas ellas su máximo nivel de eficacia y efectividad⁸⁷. Es normal que, por su condición de normas de textura abierta, las disposiciones constitucionales puedan verse en situación de tensión recíproca, al momento de su aplicación e interpretación. Por ello, se hace necesario que las mismas sean armonizadas y puestas en concordancia las unas con las otras para lograr su optimización, cuando las circunstancias así lo exijan⁸⁸. En relación con la aplicación de tales principios, en la sentencia T-030 de 2005, la Corte hizo la siguiente precisión:

“La Corte Constitucional en desarrollo de la función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política (ART. 241 C.P.), ha reiterado el deber que tienen todos los operadores jurídicos de interpretar la Constitución como una norma dotada de unidad de sentido, esto es, que en la aplicación de las normas fundamentales del Estado debe optarse por una interpretación sistemática cuyos efectos irradian el resto del ordenamiento jurídico⁸⁹.”

5.4. Siguiendo esta línea hermenéutica, a propósito del control de constitucionalidad ejercido sobre algunas de las reformas constitucionales tramitadas en los últimos años, esta Corporación ha destacado que el marco normativo aplicable al trámite y procedimiento propio de la Reforma a la Constitución, no se limita a las disposiciones especiales contenidas en el Título XIII, sino que se extiende a los demás preceptos de la Carta que resulten acordes y aplicables a dicho trámite, e incluso, para determinados efectos, a distintas normas estatutarias y orgánicas afines con la materia [90]91.

11.1.1.1.2. Postura que no ha sido ajena a la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha manifestado –también en forma reiterada–, que la interpretación de las normas constitucionales no puede hacerse en forma insular, sino que debe recurrirse al método hermenéutico que conciba al ordenamiento constitucional –y jurídico en general– como un sistema de normas, esto es, como un cuerpo normativo que supone armonía y

⁸⁷ [13] Cfr. Sentencia C-425 de 1995.

⁸⁸ [14] Derecho del Estado de la República Federal Alemana, pág. 291-192 (sic), Klaus Stern, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

⁸⁹ [15] En relación con el tema, se pueden consultar también las sentencias: SU-047 de 1999, C-649 de 2001 y C-064 de 2003, entre otras.

⁹⁰ [16] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-1040 de 2005 y C-277 de 2007.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-535 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

coherencia entre sus componentes. Al respecto ha dicho la Sección Tercera de la Corporación:

Teniendo en cuenta que las normas legales y, como es obvio, las de jerarquía menor, sólo son obligatorias en la medida en que guarden coherencia con la Constitución, el juez debe asumir la tarea de interpretarlas y elegir los únicos significados válidos, es decir, los que sean compatibles con las normas de la Carta⁹². Es pertinente recordar también que El Estado Social de Derecho reconoce al derecho como disciplina práctica –razón que se ha erigido como uno de los pilares de la acción de cumplimiento– por lo que es forzoso que la jurisprudencia esté al servicio de la ley, sin alejarse de la realidad, “pues sólo a través de la tensión entre ellas se realiza esa concepción práctica del derecho”⁹³.

De acuerdo con lo dicho, la Sala, para determinar el alcance de las normas en comento, acudirá a algunos principios de interpretación normativa (que se explicaran en seguida), y precisará la manera de cumplirlas, tomando en consideración las dificultades reales que suponen.

Según la Corte Constitucional, el principio de interpretación normativa que se funda en el “efecto útil” enseña que entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero⁹⁴. El principio de interpretación sistemática, por su parte, responde a “la necesidad de no perder de vista la totalidad, ya que lo ‘general’ se da en lo ‘particular’ o, lo que es lo mismo, el todo se contiene y se expresa como referencia obligada en la parte”⁹⁵, de manera que debe identificarse la institución a la cual pertenece la norma interpretada, pues sólo se alcanzará una interpretación adecuada en función suya⁹⁶.

Por el principio de interpretación razonable, el juez debe aplicar las normas de derecho de una manera tal que produzcan resultados proporcionados, razonables, equitativos y verdaderamente justos, de preferencia sobre el puro rigorismo jurídico. La aplicación de este principio tiene como punto de partida los propósitos esenciales de un Estado Social de Derecho que son de orden material, así como el aserto según el cual el derecho es un instrumento finalista, dispuesto en su conjunto para la realización de valores, por lo que su aplicación

⁹² [9] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, la ley del Más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 1999. P. 26.

⁹³ [10] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 1999, p. 132.

⁹⁴ [11] Corte Constitucional, sentencia T-001 de 1992.

⁹⁵ [12] GIRALDO ÁNGEL, Jaime. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1994, P 106.

⁹⁶ [13] *ibídem*, p. 114.

exegética y formalista desnaturaliza su función social y desvirtúa su función constructiva y pacificadora [97]98.

11.1.1.2. En aplicación de los criterios hermenéuticos antes descritos, la Sala considera que el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política y el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –o Pacto de San José– deben ser vistos a la luz de otras normas y principios, lo que implica partir del presupuesto de que se trata de un sistema normativo integrado, armónico y coherente⁹⁹, lo que a su vez implica que, cuando se

⁹⁷ [14] Corte Constitucional, sentencia T-142 de 1994.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2001, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, radicación n.º 25000-23-25-000-2001-0357-01(ACU-1083), actor: Carlos Mario Isaza Serrano, demandado: Fiscalía General de la Nación. La Sala de Consulta y Servicio Civil también se ha pronunciado en relación con la interpretación sistemática de la Constitución Política, en los siguientes términos: "... Para establecer el alcance del término 'asignación' empleado en los artículos 128 constitucional y 19 de la Ley 4ª de 1992... es necesario aplicar varios criterios de interpretación: el sistemático, tomando el contexto del ordenamiento jurídico constitucional, integrando sus disposiciones, pues no es viable una hermenéutica de preceptos aislados..." [concepto del 10 de mayo de 2001, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, radicación n.º 1344]. En el mismo sentido se han pronunciado las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Véanse, por ejemplo, las siguientes providencias: Sección Primera, sentencia del 3 de diciembre de 2004, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, radicación n.º 05001-23-31-000-2004-00126-01(PI), actor: Juan Mario Martínez Cardona; Sección Segunda, sentencia del 15 de julio de 2004, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, radicación n.º 1001-03-25-000-2002-0103-01(2249-02), actor: José Antonio Galán Gómez [reiterada, entre otras, en la sentencia del 16 de agosto de 2007, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación n.º 11001-03-25-000-2004-00060-01(0681-04), actor: Sindicato de Trabajadores Oficiales del Servicio Nacional de Aprendizaje]; Sección Tercera –Subsección "B"–, sentencia del 29 de agosto de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.º 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077), actor: José Eduardo Navais; Sección Cuarta, sentencia del 11 de noviembre de 2010, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, radicación n.º 76001-23-31-000-2005-02540-01(17283), actor Adidas Colombia Ltda.

⁹⁹ Así mismo lo ha establecido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el punto de vista del derecho internacional. Ver al respecto la sentencia del caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, 16 de noviembre de 2009, en la cual se aseveró: "43. La Corte resalta que, según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen...". En la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012, se reiteró dicho postulado, y se añadió lo siguiente: "... En este sentido, el Tribunal ha considerado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)...". En lo pertinente, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone lo siguiente: "31. **Regla general de interpretación.** I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin." // "2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:" // "a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;" // "b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;" // "3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:" // "a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;" // "b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el

presenta algún elemento que pueda generar caos, ruido o desorganización, sea necesario recurrir a una intelección que propenda por la adecuación de los preceptos de intelección problemática. En el caso concreto, dicha interpretación sistemática –“adecuadora” en los términos de Guastini– debe hacerse con base en otras normas constitucionales y de derecho internacional, tal como pasa a exponerse.

11.1.1.2.1. En primer lugar, las normas en cuestión deben ser leídas en consideración de lo establecido en **el artículo 4º constitucional**¹⁰⁰, que consagra la supremacía de las normas constitucionales por sobre cualquier precepto de otro tipo, y también en concordancia con las disposiciones que están insertas en los tratados internacionales que se incorporan al ordenamiento interno por la vía del **artículo 93 ibídem**¹⁰¹, punto frente al cual ha dicho la Corte Constitucional que los instrumentos sobre derechos humanos ratificados por Colombia –entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, aunque prevalecen en el orden interno, no tienen virtud para derogar las previsiones de la Constitución Política¹⁰²,

acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado,” // “c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.” // “4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

¹⁰⁰ “ART. 4º.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” // “Es deber de los nacionales y de los extranjeros acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

¹⁰¹ “ART. 93.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia...”.

¹⁰² En la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, que ha sido estable hasta épocas recientes, sólo se ha hecho una salvedad cuando se trata de revisar la exequibilidad de tratados ratificados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Se trata de la sentencia C-276 de 1993 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), en la cual se consignó: “... La Constitución Política deja, pues, en claro la diferenciación y oportunidad de las funciones que competen a cada órgano del poder público. Por ello, en el caso bajo examen, el presupuesto procesal para que la revisión sobre el contenido de los tratados prospere no se cumple, por cuanto el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados. Así lo reconoció expresamente esta Corte en reciente providencia, cuando se dice que “después de perfeccionado el tratado, se pierde la capacidad de su juzgamiento interno, haciendo tránsito al campo del Derecho Internacional...”// “Esto se entiende como un reflejo natural de la supranacionalidad en este tipo de convenios que comprometen a la Nación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes...”. Salvedad que, en todo caso, fue rectificadora en la sentencia C-400 de 1998, en la que se dijo: “... El análisis adelantado en los fundamentos anteriores de esta sentencia muestra con claridad que la doctrina desarrollada por esta Corporación en la sentencia C-276 de 1993 ya no es de recibo, por cuanto es evidente que una inhibición de la Corte en examinar la constitucionalidad de un tratado perfeccionado en manera alguna asegura un mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales del país, ya que, conforme a la propia jurisprudencia de la Corte, el tratado materialmente inconstitucional es de todos modos inaplicable en Colombia, debido a la supremacía de la Carta...”. Dicho criterio integrador de la Constitución Política con las normas internacionales –respecto de las cuales no puede predicarse una superioridad–, ha sido reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias que pasan a reseñarse en las partes ulteriores del

interpretación esta que se ve reflejada, por ejemplo, en el hecho de que los tratados tienen un control de constitucionalidad, que debe efectuarse de manera previa al perfeccionamiento del trámite relacionado con la ratificación de aquellos¹⁰³. Se dijo en la sentencia C-027 de 1993:

1. La Constitución Política de un país consagra las reglas e instituciones jurídicas que conforman la organización política del Estado y su funcionamiento, establece los distintos órganos de gobierno en que éste se distribuye, las relaciones de estos entre sí y con los miembros de la comunidad, e imprime la orientación ideológica-filosófica-jurídica en que se funda y que inspira sus mandamientos.

Se erige así la Constitución en norma suprema, cuyos preceptos han de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado, que por lo tanto ha de ajustarse a ella. De ahí que se pregone el carácter superior de ella (art. 4° C.N.), se establezcan órganos especiales para salvaguardar su integridad (Corte Constitucional) y se prevean mecanismos legales para preservar su integridad, como son, las acciones populares de inconstitucionalidad, la excepción de inconstitucionalidad, el control de la Corte Constitucional de los tratados y de sus leyes aprobatorias y la decisión que ésta ha de tomar en relación con los proyectos de ley objetados como contrarios a la Carta por el Presidente de la República.

Han de resaltarse, para los fines del presente asunto, las bases, principios, e instituciones en que descansa la nueva Constitución de

presente pronunciamiento, y en las que se mencionan a continuación. En efecto, en la sentencia C-986 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), dijo la Corte que "...Además, la Corte ya ha reiterado que los tratados no tienen rango supraconstitucional y, por lo tanto, no es posible que la Corte realice una contrastación entre reformas constitucionales y el contenido de tales tratados, como lo pide el actor...". Por su parte, en la sentencia C-293 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), aseveró que "...esta Corporación ha señalado que los Tratados no tienen rango supraconstitucional y que, por lo tanto, no es posible realizar un contraste entre reformas constitucionales y el contenido de tales tratados...". Con lo que es posible afirmar que actualmente, según la jurisprudencia sostenida por la Corte Constitucional, existe una integración de las normas constitucionales con lo dispuesto en los cuerpos supranacionales, que impide predicar una superioridad de estas últimas, a la luz de un sistema de incorporación moderada del derecho internacional en el derecho interno, según ha sido interpretado el artículo 93 superior por parte de la Corte Constitucional, y en concordancia con las normas constitucionales referentes al control de constitucionalidad respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales –artículo 241, numeral 10–.

¹⁰³ Tal como lo dispone el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política en los siguientes términos: "ART. 241.- A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: // (...) 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República Sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva".

1991, y sobre los cuales la Asamblea Nacional Constituyente de ese año decidió que el pueblo colombiano habrá de gobernarse.

(...)

Surge de esta manera una verdadera integración jurídica entre el derecho interno de los países, en cuya cúpula se halla la Constitución Política, y el derecho internacional cuando está de presente su *jus cogens*, dado que éste, por presentar valores superiores, inalienables e inenajenables del individuo como son los derechos humanos, se coloca por encima de la misma normación internacional que pudiera desconocerlos y al mismo *jus cogens* habrá de acomodarse la legislación interna de los países (art. 93 C.N). Dentro de esta concepción es que esta Corte habrá de juzgar el Concordato, el cual por ello ofrece características de tratado *sui generis*¹⁰⁴.

11.1.1.2.1.1. En efecto, de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Colombia se consagra un sistema 'moderado'¹⁰⁵ de incorporación de las normas de derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, lo que implica que los preceptos de la Constitución siguen siendo el marco de referencia para determinar la validez de todas las demás normas jurídicas, y que los tratados internacionales, por su parte, no tienen el carácter de normas supraconstitucionales de forma tal que los mismos pueden ser interpretados en el sentido en que se adecuen a las instituciones propias del derecho interno, para preservar la validez de ambos tipos de disposiciones. Al respecto se dijo en la sentencia C-1189 de 2000:

Tal como se estableció en la sentencia C-400/98 (M.P. Martínez Caballero), **la primacía moderada de las normas internacionales en el orden interno, no trae como consecuencia que las disposiciones nacionales con las cuales éstas entren en conflicto pierdan, por ese motivo, su validez**; lo que sucede es que, en cada caso concreto, la aplicación de la ley nacional deberá ceder frente a la norma de mayor jerarquía. En el fallo que se cita, la Corte formuló este principio así: "la

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-027 de 1993, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

¹⁰⁵ En la sentencia C-615 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto) se habla de un sistema 'monista moderado' por contraposición al sistema 'dualista puro' que irrigaba a los tratados internacionales en vigencia de la Constitución de 1886. En palabras de la aludida sentencia: "... Aunado a lo anterior, la Constitución de 1886 adoptó un modelo dualista puro, con lo cual, las normas internacionales debían ser necesariamente transformadas en disposiciones de derecho interno para poder ser aplicadas, por cuanto se entendía que los derechos interno e internacional presentaban enormes diferencias en cuanto a sus modelos de producción normativa, sujetos destinatarios y sanciones...". // (...) "... La Constitución de 1991 modificó por completo las relaciones entre el derecho internacional y el interno, adoptando un modelo de "monismo moderado"... cambio que por supuesto incide en la comprensión del requisito previo de la consulta a comunidades indígenas." // "En efecto, según un esquema monista puro, el derecho internacional se aplicaría directamente en los ordenamientos jurídicos estatales, sin precisar proceso formal alguno de recepción. Por el contrario, un paradigma que podría ser calificado como "monista moderado", consiste en admitir que los tratados internacionales deberán ser sometidos a la respectiva aprobación congresional y control de constitucionalidad, pero que una vez ratificados, entrados en vigencia en el orden internacional y publicados en el Diario Oficial (Ley 7ª de 1944), la norma internacional resulta invocable ante los jueces y la administración pública, sin que se precise reproducir su texto en una ley ordinaria, es decir, no se requiere una nueva ley para convertirse en derecho interno...".

doctrina y la jurisprudencia internacionales han reconocido que **la supremacía de los tratados sobre los ordenamientos internos de los Estados no implica la invalidación automática de las normas internas** contrarias a los compromisos internacionales, por cuanto, para los ordenamientos nacionales y para los jueces nacionales, esas disposiciones internas pueden seguir teniendo plena validez y eficacia, por lo cual son aplicables. Lo que sucede es que si los jueces aplican esas normas contrarias a un tratado, entonces eventualmente pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión”.

En este orden de ideas, no es jurídicamente viable afirmar que, por oponerse a una disposición internacional, una ley interna deba ser excluida del ordenamiento nacional, mucho menos cuando de esa incongruencia se pretende derivar un juicio de inconstitucionalidad. La Corte ha sido enfática en establecer que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones legales, requiere una confrontación directa de las normas en cuestión con el texto de la Carta Política, y no con ningún otro.

En todo caso, es claro que por virtud de la prevalencia moderada del derecho internacional, y en aplicación del principio de interpretación conforme, **las normas internas se deben leer de manera tal que su contenido armonice al máximo, no sólo con los preceptos del Estatuto Superior, sino también con las obligaciones internacionales que asisten a Colombia.** Así lo dijo esta Corporación en la providencia antecitada, refiriéndose a las normas convencionales: “en virtud del principio *pacta sunt servanda*, que encuentra amplio sustento en la Carta (C.P. art. 9), como ya se ha visto, es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país”. Por este motivo, no son de aceptación las interpretaciones de la ley que, al oponerla a lo dispuesto en las normas internacionales aplicables, pretendan asignarle un sentido que riñe con los mandatos de la Carta¹⁰⁶ (destaca la Sala).

11.1.1.2.1.2. Postura que fue reiterada por la misma Corporación en la sentencia C-941 de 2010, en la que se especificó que cuando la Corte examina la constitucionalidad de los tratados internacionales suscritos por el gobierno colombiano, debe hacerse una comparación entre las normas revisadas y las que hacen parte de la Constitución, con el norte fijado en la preservación de esta y a la luz de una armonización –que no relación de prevalencia– con las normas que a ella se integran. Así, en el marco del proceso de exequibilidad de los tratados internacionales, no puede ser directo el análisis de compatibilidad frente a otros instrumentos del mismo orden, sino que dicho estudio debe efectuarse con base en una interpretación sistemática que tenga en cuenta, primordialmente, la preservación de las normas internas de rango constitucional. Se dijo en la aludida sentencia:

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1189 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

2.2. De otra parte, en cuanto al control de constitucionalidad material, la función de esta Corte se circunscribe a examinar el contenido del instrumento internacional y su ley aprobatoria a la luz del contenido integral de la Constitución. La celebración, desarrollo y ejecución deben sujetarse a todas las disposiciones de la Carta Política.

Los parámetros del control de constitucionalidad sobre los acuerdos internacionales, comprenden igualmente a los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (art. 93 superior). Esto es, incluye el denominado bloque de constitucionalidad estricto sensu, al igual que el lato sensu¹⁰⁷. La Corte igualmente ha admitido como preceptiva normativa que se incorpora al bloque de constitucionalidad: i) las normas convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario y ii) las disposiciones del ius cogens¹⁰⁸.

La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado¹⁰⁹. Como lo sostuvo esta Corporación: “la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución”¹¹⁰. Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolas al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas...¹¹¹.

11.1.1.2.1.3. De conformidad con lo expuesto, la Sala considera que una interpretación sistemática de los artículos 122 de la Constitución Política y 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de la regla de armonización con la Constitución según está consagrada en el artículo 4º de la Carta, arroja como resultado la necesidad de efectuar, en la medida en que ello sea posible, un ejercicio de adecuación entre la norma convencional y lo regulado en el orden interno, de modo de preservar tanto los objetivos democráticos de la Convención, como las instituciones también democráticas

¹⁰⁷ [15] Normas que a pesar de no tener rango constitucional configuran parámetros de constitucionalidad por ser superiores jerárquicamente a leyes ordinarias, como son las leyes estatutarias y las orgánicas (arts. 152 y 151 de la Constitución). Cft. Sentencias C-750 de 2008, C-155 de 2007, C-047 de 2006, C-1001 de 2005, C-067 de 2003, C-200 de 2002 y C-774 de 2001, entre otras.

¹⁰⁸ [16] También se refiere a la determinación por parte del Tribunal Constitucional de cuáles de estas normas tienen carácter obligatorio para el Estado Colombiano. Sentencia C-291 de 2007 y C-750 de 2008.

¹⁰⁹ [19] La Convención Americana de Derechos Humanos se integra al bloque de convencionalidad pero ello no significa que adquiera el rango de norma supra-constitucional.

¹¹⁰ [20] Sentencia C-028 de 2006.

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-941 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

del Estado colombiano en los términos en que fue estipulada por el constituyente pues, aunque el derecho internacional tiene un carácter supranacional, esa característica no implica un grado de superioridad jerárquica de ese tipo de normas respecto a los preceptos que encabezan el ordenamiento jurídico interno.

11.1.1.2.1.4. En contra de lo anterior, podría sostenerse que se trata de una argumentación que tiene un carácter tautológico pues, si la misma Constitución establece en su artículo 93 que los tratados sobre derechos humanos "... prevalecen en el orden interno...", entonces habría de concluirse que cualquier norma constitucional –incluidas las que contienen principios definitorios del Estado– tendría que ceder ante los postulados de aquéllos instrumentos supranacionales, a cuyas garantías habría de darse una eficacia absoluta por virtud de la supremacía de la misma Constitución –artículo 4º *ibídem*–. No obstante, aunque es indiscutible la prevalencia en el orden interno del derecho internacional sobre derechos humanos, también es cierto que ella no puede derivar en una derogatoria de las demás disposiciones constitucionales y, antes bien, debe ser interpretada de tal forma que los instrumentos internacionales se adecuen con los demás elementos del sistema, aunque esto último pueda suponer una limitación –que no supresión– de las garantías en aquellos previstas, y sin que por ello se inobserven los postulados del citado artículo 93.

11.1.1.2.1.5. Al respecto, no puede pasarse por alto uno de los axiomas de la teoría jurídica sobre derechos fundamentales, que lo es el carácter no absoluto de estos¹¹², rasgo que implica que su limitación es posible –frente a la eficacia y efectividad de otros postulados, principios o normas de igual o superior rango–. Así, en los casos en que la interpretación de determinado derecho o garantía supone la supresión de otras instituciones de rango constitucional, debe optarse por una hermenéutica armonizadora –no excluyente– de los preceptos sujetos al ejercicio hermenéutico de adecuación, lo que en modo alguno podría entenderse como una violación del principio de prevalencia consagrado en el artículo 93 constitucional, en la medida en que la limitación de ciertos derechos o garantías, realizada en la persecución de fines racional y jurídicamente aceptables, no implica la eliminación de aquéllos.

¹¹² Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, segunda edición en español, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-2012, página 239. Dice el autor: "El concepto de restricción de un derecho parece familiar y no problemático. Que los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados o limitados parece ser una opinión evidente e incluso trivial que se manifiesta, con toda claridad, en la Ley Fundamental, cuando ésta habla expresamente de restricciones..., limitaciones..., delimitaciones... El concepto de restricción de un derecho fundamental no parece presentar problemas sino que los problemas se presentan exclusivamente a partir de la determinación del contenido y alcance que permita a las restricciones, así como, de la distinción entre restricción y limitación, por una parte, y otras cosas como regulaciones, configuraciones y concreciones, por otra...". Y en la página 240 de la misma obra se asevera: "... El concepto de restricción de un derecho sugiere suponer que existen dos cosas: el derecho y sus restricciones, entre las cuales existe una relación de tipo especial, a saber, la de la restricción o limitación...".

11.1.1.2.1.6. A este respecto es pertinente traer a colación, a guisa de ejemplo, lo que ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al carácter no absoluto de los derechos políticos, los cuales admiten limitaciones bajo ciertos presupuestos:

206. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones... Su limitación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que persigue...¹¹³.

11.1.1.2.1.7. Así las cosas, en tanto el texto del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos podría ser leído –desde un punto de vista exegético o gramatical– en el sentido de que sería necesaria una sentencia de carácter penal para poder limitar los derechos políticos de una persona; y teniendo en cuenta que tal es un presupuesto que, según se verá, no es exigido para que sea procedente la pérdida de investidura –que es una institución consagrada en la Constitución–; habida cuenta de dicha contradicción, decimos, y teniendo en cuenta la regla de supremacía constitucional consagrada en el artículo 4º de la Carta Política –y la de integración prevista en el 93 íbidem–, la Sala insiste en que para resolverla es necesario acudir a una interpretación de la norma convencional que permita su adecuación a los postulados de rango constitucional en el derecho interno, manteniendo el su espíritu democrático, lo que en modo alguno puede ser interpretado como una supresión de lo establecido en el derecho internacional sobre derechos humanos –lo que está prohibido por la Constitución Política en los términos del aludido artículo 93–, sino como una jurídica limitación de las garantías establecidas en la Convención, con miras a la preservación de otras instituciones que son de vital importancia para el sistema jurídico colombiano –y también al derecho internacional consagrado en tratados en los que nuestro país es parte–.

11.1.1.2.1.8. Para tal efecto, se procede ahora a poner de presentes las contradicciones existentes entre las normas pertinentes, así como también las razones que impiden una interpretación del artículo 122 de la Constitución

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del caso *Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005.

Política –y del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– en el sentido en que lo hicieron la Sección Quinta de esta Corporación –en la sentencia del 21 de septiembre de 2011–, la Corte Constitucional –en la sentencia C-551 de 2003– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela–; razones que, a su vez, hacen necesaria una interpretación adecuada de lo dispuesto en la norma internacional.

11.1.1.2.2. Frente a la institución de pérdida de investidura la Sala considera que si al interpretar la inhabilidad consagrada en los incisos finales del artículo 122 de la Constitución Política, se persevera en un entendimiento exegético del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en el sentido de exigir una condena por parte de un juez penal para la configuración de la inhabilidad fijada por la norma constitucional–, entonces con dicha interpretación podría hacerse nugatorio el mecanismo de pérdida de investidura...

11.1.1.2.2.1. Para tal efecto, es necesario recordar que la institución de pérdida de investidura de congresistas está consagrada en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, normas que disponen que será el Consejo de Estado¹¹⁴ –y no un juez penal– el encargado de resolver sobre la solicitud correspondiente, la cual dependerá de la configuración de varias causales para su prosperidad, algunas de estas relacionadas con la conducta del sujeto pasivo de la acción... De conformidad con las aludidas normas:

ART. 183.- Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

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

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

¹¹⁴ De conformidad con el artículo 237 de la Constitución, es una de las competencias del Consejo de Estado conocer de la acción de pérdida de investidura de congresistas. Dice la norma: "ART. 237.- Son atribuciones del Consejo de Estado: // (...) 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley...".

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

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

11.1.1.2.2.2. Para la Sala es claro que tanto el hecho de que la investidura de congresista pueda perderse por la comprobación... de ciertas inhabilidades – no todas ellas relacionadas con los antecedentes penales del sujeto pasivo del trámite–, como también la circunstancia de que se trata de un mecanismo que no es decidido por un juez penal –sino por el máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa–, son dos situaciones que hacen inviable una interpretación gramatical o exegética de lo dispuesto en el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra dice que “[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de... condena, por juez competente, en proceso penal”, pues con ello se incurriría en una antinomia insalvable que destruiría la coherencia del sistema jurídico.

(...)

11.1.1.2.2.4. Es pertinente advertir, en todo caso, que bajo el entendido de que la pérdida de investidura constituye una consecuencia muy gravosa para los derechos políticos de la persona afectada con la misma, la Corte Constitucional ha especificado que el adelantamiento del trámite correspondiente, debe efectuarse con un máximo respeto de las garantías que serían aplicables al proceso sancionatorio, referidas estas a la interpretación restrictiva de las causales y a la rigurosa observancia de las garantías procesales propias de un proceso judicial. En los términos de la sentencia T-086 de 2007:

5.3.2.1. La pérdida de investidura, conforme al artículo 183 de la Carta, es una figura de carácter judicial¹¹⁵ y de naturaleza sancionatoria¹¹⁶, que permite la desvinculación de un congresista de su cargo de elección popular, si éste llega a incurrir en alguna de las causales de procedencia de la figura señaladas en la Carta. Entre tales causales pueden reseñarse, entre otras..., el incumplimiento de deberes

¹¹⁵ [146] Corte Constitucional, sentencia SU-1159 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹⁶ [147] La rigurosidad de la figura de la pérdida de investidura fue tomada en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente en varias de sus observaciones. En una de ellas, se dijo lo siguiente: “[E]l altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes, sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios, o suspensión temporal del ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de investidura”. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta n.º 51, pág. 27.

inherentes a su cargo, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades..., la indebida destinación de dineros públicos..., el conflicto de intereses y el tráfico de influencias debidamente comprobado...

Esta institución, le permite entonces a cualquier ciudadano o a la mesa directiva de la cámara correspondiente, solicitar al Consejo de Estado que en un término no superior a veinte días, estime – conforme con los artículos 184... y 237... de la Carta Política –, si la persona elegida para un cargo de elección popular debe o no separarse de él por estar incurso en alguna de las situaciones señaladas en los artículos 110¹¹⁷ y 183... de la Carta. Estas causales pueden ser desarrolladas por el legislador¹¹⁸, pero éste, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, “no dispone de competencia para ampliar o restringir las causales establecidas en la Carta Política”¹¹⁹ en el caso de los congresistas.

La opción de presentar acciones públicas de pérdida de investidura, – sin mayores restricciones que las que fija el orden constitucional y legal¹²⁰ –, resulta ser un derecho político fundamental en una democracia participativa en la cual todo ciudadano puede participar en la “conformación, ejercicio y control del poder político” e “interponer acciones públicas en defensa de la constitución y de la ley”, de acuerdo al artículo 40 de la Constitución.

5.3.2.2. De acuerdo a la jurisprudencia reiterada de esta Corporación..., el proceso de pérdida de investidura se adelanta como un trámite jurisdiccional de única instancia y regido por la Ley 144 de 1994, que puede ser equiparable, – guardando las proporciones y sin desconocer el régimen especial de los congresistas –, a la sanción por destitución de altos funcionarios públicos¹²¹.

¹¹⁷ [155] Dice el artículo 110 de la C.P.: “Se prohíbe a quienes desempeñen funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de investidura”.

¹¹⁸ [157] Corte Constitucional. Sentencia SU-1159 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

¹¹⁹ [158] Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁰ [159] Los ciudadanos están habilitados para acudir de manera directa ante el propio Consejo de Estado a presentar su solicitud de desvinculación de un parlamentario, sin mayores exigencias previas. Es decir, sin que se requiera por ejemplo, la aprobación del Congreso de la República para el efecto o de alguna de sus cámaras, o mayores exigencias procesales, como lo destaca la sentencia SU-1159 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

¹²¹ [161] La sentencia C-473 de 1997 M.P. Eduardo Cientes Muñoz indicó: “(...) La destitución es la máxima sanción existente en el orden disciplinario y, como ya lo ha precisado la Corte, la pérdida de investidura es también un reproche disciplinario que se equipara a la destitución. Los ciudadanos que son elegidos popularmente para las corporaciones públicas no están sujetos al régimen jerárquico administrativo que cobija a la generalidad de los servidores públicos. Estos ciudadanos no son nombrados en una posición, sino elegidos. De allí que no tengan superiores jerárquicos, que pueden ejercer

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dado que la pérdida de investidura implica la separación inmediata de las funciones que el miembro de la Corporación Pública venía ejerciendo, y también la inhabilidad a perpetuidad para ejercer cargos de elección en el futuro¹²² (arts. 179 y 183 C.P.), el proceso debe surtirse con el pleno respeto del debido proceso y del derecho de defensa de las personas sujetas a investigación¹²³. La severidad de la sanción y la seriedad de las implicaciones sobre los derechos fundamentales en juego, – como son el derecho a elegir y ser elegido y la participación ciudadana –, exigen un acatamiento celoso de las garantías procesales del funcionario acusado.

La sentencia C-207 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), enfatizó sobre este aspecto, lo siguiente:

“Para establecer el nivel en el que deben aplicarse las garantías del debido proceso en el trámite de pérdida de investidura, es necesario examinar las características propias de la institución, en particular, la especial gravedad de la sanción que se impone para un conjunto muy variado de infracciones, y la brevedad del término dentro del cual el Consejo de Estado debe adoptar la decisión.”

“(...) [S]i bien la alta dignidad que corresponde a quien debe ejercer la función legislativa, y la necesidad de preservar impoluta la imagen de la más alta corporación democrática, explican tanto la gravedad de la sanción como la brevedad del procedimiento, esas mismas condiciones abogan a favor del más estricto cumplimiento de las garantías del debido proceso. Así, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una situación en la cual, al amparo de la presunción de inocencia, se va a juzgar a una persona cuya alta investidura le ha sido conferida directamente por el pueblo por la vía electoral. La decisión que en este contexto afecte a un congresista, no le concierne exclusivamente a él, sino que tiene una significación determinante, tanto para el órgano del que hace parte, como para el electorado en su conjunto. Por tal razón, el proceso debe estar rodeado de las más amplias garantías.”

Igualmente la Corte Constitucional en la sentencia T-1232 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería)..., afirmó que las causales de pérdida de investidura de los congresistas debían ser concebidas como “de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva, al establecer una sanción que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad”.

atribuciones disciplinarias sobre ellos. Por esta razón, a estos servidores se les aplica un régimen especial para la separación del cargo, que es el de la pérdida de investidura”.

¹²² [162] Corte Constitucional. Sentencia T-1285 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas.

¹²³ [163] Corte Constitucional. Sentencia T-544 e 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Este análisis ha sido compartido por providencias posteriores de esta Corporación, como lo cita el actor, tal y como ocurre con la sentencia T-1285 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas)¹²⁴, en la que se consideró que las causales de pérdida de investidura debían ser interpretadas restrictivamente, en aras de asegurar la protección del derecho al debido proceso de los acusados y el principio pro homine.

5.3.2.3. Ahora bien, el Consejo de Estado, conforme al querer del constituyente y a las disposiciones constitucionales correspondientes (ART. 184 C.P.), es el juez natural del proceso de pérdida de investidura y el competente para interpretar, aplicar y desarrollar... los conceptos relacionados con las causales consagradas en la carta para que proceda la figura...¹²⁵.

11.1.1.2.2.5. De lo que se extrae que el carácter sancionatorio que se ha atribuido al proceso de pérdida de investidura, debe ser visualizado prima facie de cara al respeto de las garantías procesales y al carácter taxativo de las eventualidades que dan lugar a despojar la calidad de congresista...

11.1.1.2.2.6. En el orden de ideas anteriormente expuesto, lo consagrado en el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene que ser interpretado en el sentido de que lo que se exige es el respeto de las garantías procesales, y no de que la limitación de los derechos políticos debe provenir de un juez penal, pues tal requisito haría nugatoria la figura de la pérdida de investidura de congresistas, que además de ser una institución jurídica única en las democracias de Latinoamérica, es decidida en el marco de un proceso cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado –que es el máximo juez de lo contencioso administrativo en Colombia–...

11.1.1.2.2.7. Dicha interpretación, además de proteger la institución de pérdida de investidura, también deja a salvo el texto del último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, que establece una causal de inhabilidad diferente a las consagradas en el artículo 179 ibídem, la cual dispone que no podrá ser congresista una persona que haya causado una condena patrimonial al Estado, con ocasión de una conducta calificada como dolosa o gravemente culposa en una sentencia judicial, sin que para tales efectos sea relevante el carácter del juez que haya proferido tal providencia, siempre y cuando –se advierte– se hayan respetado las garantías procesales en el respectivo trámite.

¹²⁴ [165] *En el caso que se describe, la Corte Constitucional analizó el tema de la aplicación extensiva de las causales de pérdida de investidura de los congresistas a los diputados, en procesos de esta naturaleza. Concluyó que no es posible aplicarles por extensión las causales de pérdida de investidura diseñadas para los Congresistas, a los Diputados, dado las exigencias constitucionales que impiden la analogía y la interpretación extensiva de las causales de pérdida de investidura. El magistrado Álvaro Tafur Galvis salvó el voto, porque a su juicio la interpretación de la Constitución dada por el Consejo de Estado en ese caso, no era una interpretación irrazonable, por lo que no podía predicarse una vía de hecho.*

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

11.1.1.2.2.8. Podría argumentarse en contra de lo anterior que un proceso administrativo de responsabilidad extracontractual, como lo es el relacionado con los mecanismos de repetición consagrados por el artículo 90 de la Constitución Política en su inciso segundo¹²⁶, no cumple con las garantías propias del proceso penal, por el hecho de que en ciertos eventos puede presumirse la existencia del dolo o la culpa grave, tal como lo establecen los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001¹²⁷. No obstante, la Corte Constitucional ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la exequibilidad de dichas normas en la sentencia C-374 de 2002, en la que se consideró que las presunciones de la referida ley no eran violatorias del debido proceso y el derecho de defensa, en el entendido de que fueron establecidas para favorecer las opciones probatorias del Estado –quien está en desventaja respecto a los elementos subjetivos de la conducta del funcionario–, y teniendo en cuenta, además, que la administración sigue soportando la carga de demostrar el supuesto de hecho de la presunción y el demandado siempre tiene a la mano la posibilidad de desvirtuar las presuposiciones fijadas por la ley. En palabras de la Corte:

En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

¹²⁶ Aunque la norma será objeto de transcripción en un aparte ulterior, es pertinente tener en cuenta su texto de cara al tema que se está tratando a esta altura de la argumentación: “ART. 90.- // (...) En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

¹²⁷ “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición”. El texto de los artículos citados es el siguiente: “ART. 5º.- Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado. // Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: // 1. Obrar con desviación de poder. // 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento. // 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración. // 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado. // 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial”. // “ART. 6º.- Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. // Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas: // 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho. // 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable. // 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable. // 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal”.

La presunción resulta de lo que regular y ordinariamente sucede – praesumptio simitur ex eo quod plerumque fit-. Es decir, que en la presunción siempre hay una consecuencia que establece la ley, o en su caso, el juez, a partir de la observación de lo que comúnmente sucede y que permite prever unas mismas consecuencias de unos mismos hechos o actitudes semejantes de iguales situaciones. De ahí que se afirme –con razón– que la fuerza de la presunción dependa de la certeza del hecho conocido y de su relación con el desconocido.

Por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 66 del Código Civil, las presunciones pueden ser simplemente legales –iuris tantum–, o de derecho –iuris et de iure–, según que admitan o no prueba en contrario...

(...)

Según la citada disposición legal, los hechos antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben demostrar y solo probándolos la presunción opera a favor del que la tiene, a menos que la otra parte demuestre lo contrario. Es decir, que quien se halla favorecido con una presunción legal tiene la carga de probar únicamente los presupuestos de la misma, o sea aquellos hechos que siendo ciertos hacen creíble el otro hecho del cual se deduce. Es claro, entonces, que la dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es apenas parcial ya que solamente opera respecto del hecho deducido.

*El que la ley permita probar en contrario lo que se deduce de una presunción o, lo que es lo mismo, la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los hechos o circunstancias de lo que infiere la ley, obedece a que las presunciones se fundamentan en probabilidades que en su condición de tales no excluyen la posibilidad de error. Luego, dada esa posibilidad de equivocación, es apenas natural que la deducción sea siempre desvirtuable por prueba en contrario. **De esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción.***

Las presunciones legales tienden a corregir la desigualdad material que pueda llegar a existir entre las partes respecto del acceso a la prueba, y a proteger a la parte que se encuentre en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, para lo cual el legislador releva a quien las alega en su favor de demostrar el hecho deducido, promoviendo, de esta forma, relaciones procesales más equitativas y garantizando bienes jurídicos particularmente importantes.

Para la Corte la existencia de presunciones es un asunto que concierne con el aspecto probatorio de determinado supuesto de hecho, pues “al probarse los antecedentes o circunstancias conocidos, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción. Así pues, a quien favorece una presunción sólo corresponde demostrar estos antecedentes o circunstancias y la ley infiere de ellos la existencia del hecho presumido y del derecho subsiguiente, correspondiéndole a la parte que se opone demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se infirió, si la presunción es simplemente legal, o solamente la inexistencia de estos últimos, si la presunción es de derecho”¹²⁸.

Igualmente, según la jurisprudencia constitucional **las presunciones de carácter legal no comprometen, en principio, el debido proceso** pues “nada obsta para que el legislador, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, establezca presunciones legales. En estos casos, la ley reconoce la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por razones de equidad, al nivel de presunciones”¹²⁹.

Hechas estas observaciones resulta claro que **el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001 no implican (sic) la atribución de culpabilidad alguna en cabeza del demandado en acción de repetición** que, de contera, acarree desconocimiento del principio superior de la igualdad, puesto que constituyen un mecanismo procesal que ha sido diseñado por el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional para configurar las instituciones procesales y definir el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (arts. 124 y 150 Superiores), con el fin de realizar el mandato del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política que le ordena al Estado repetir contra sus agentes cuando éstos en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa han dado lugar a una condena de reparación patrimonial en su contra.

En efecto, con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, **correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtir en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.**

¹²⁸ [5] Sentencia C-238 de 1997.

¹²⁹ [6] Sentencia C-388 de 2000.

Estos propósitos quedaron consignados en la exposición de motivos al proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, donde se justificó el régimen de presunciones contemplado en las normas impugnadas al reconocer que “el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción del dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró”¹³⁰.

Conviene recordar que **la existencia de presunciones legales no compromete el debido proceso ni el derecho de defensa**, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión –onus probandi incumbit actori–, también lo es que **con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a raíz de la acción de repetición, así como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podía relevar al Estado de la carga de la prueba cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave, sin perjuicio de que la parte demandada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario.**

Por lo anterior, cree la Corte que de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública¹³¹ (se resalta).

11.1.1.2.2.9. De conformidad con el criterio jurisprudencial citado, las presunciones de la Ley 678 de 2001 no pueden considerarse violatorias de las garantías procesales, las cuales se cumplen a cabalidad en el marco del trámite judicial contencioso administrativo y, bajo ese entendido, el proceso de acción de repetición, o la figura del llamamiento en garantía que puede ejercerse a la sazón de los procesos contencioso administrativos, pueden dar lugar a la configuración de la inhabilidad consagrada en el inciso final del artículo 122 superior, sin que por ello se viole el artículo 23-2 de la

¹³⁰ [7] Ponencia para primer debate en el Senado de la República. Gaceta del Congreso n.º 14 del 10 de febrero de 2000. Página 16.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretado éste más allá de su tenor literal, y de forma que se adecue con las instituciones que hacen parte del orden jurídico interno.

11.1.1.2.2.10. En todo caso, resulta pertinente aclarar que cuando en el proceso de pérdida de investidura de congresista se analiza la configuración de una inhabilidad surgida de una sentencia proferida por otro juez, sea que esta haya sido emitida en el marco de un proceso penal –numeral 1º del artículo 179 e inciso penúltimo del artículo 122 de la Constitución Política– o en un proceso contencioso de repetición –inciso final del artículo 122 ibídem–, no es el Consejo de Estado quien califica de dolosa o gravemente culposa la conducta del funcionario, sino que sólo se comprueba objetivamente una circunstancia relacionada con la existencia de la sentencia previa, caso en el cual no podrá decirse que el juez de la pérdida de investidura está calificando la culpabilidad o el dolo del funcionario, cosa que sólo podría hacerse en el marco del proceso respectivo.

11.1.1.2.2.11. Así las cosas, la Sala considera que no es posible interpretar el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política –y el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– como lo hicieron la Sección Quinta del Consejo de Estado –en la sentencia del 21 de septiembre de 2011–, la Corte Constitucional –en la sentencia C-551 de 2003– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela–, esto es, en el sentido de exigir sentencia emanada de un juez penal, como prerequisite indispensable para que pueda configurarse la causal de inhabilidad fijada en la aludida norma constitucional. En efecto, según se mostró arriba, dicha interpretación daría al traste con la figura de la pérdida de investidura, que se resuelve mediante un trámite en el que, por virtud de la decisión de un juez que no hace parte de la jurisdicción penal, se pueden llegar a limitar los derechos políticos de los congresistas sometidos a juzgamiento, lo cual se hace siempre con el respeto pleno de las garantías propias del debido proceso.

11.1.1.2.2.12. La Sala insiste, entonces, en que es necesario efectuar la interpretación del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que se adecue con las instituciones democráticas de derecho interno, lo que se logra entendiendo que lo que exige la aludida norma de derecho internacional, es el respeto de las garantías propias del debido proceso judicial, interpretación esta que deja a salvo la institución de pérdida de investidura –también de rango constitucional– y que, además, es más fiel al tenor literal de la causal de inhabilidad consagrada en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política.

11.1.1.2.3. De otra parte, pero en consonancia con lo anterior, la Sala considera que la interpretación que ahora se propone del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, según acaba de explicarse, debe ser realizada en adecuación con la inhabilidad estipulada en el artículo 122 –inciso final– de la Constitución Política y con la figura de pérdida de investidura –arts. 183 y 184 ibídem–; es claramente un entendimiento más plausible que la interpretación llanamente gramatical o exegética de la norma internacional, sobretodo si se contrasta el texto del

aludido artículo 122, con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 90 *ibídem*, que establece **la institución de la repetición patrimonial contra funcionarios públicos**, y cuyos elementos más importantes son la prueba del dolo y la culpa grave del funcionario contra el cual se repite por una condena patrimonial que recayó sobre el Estado. El texto de la última norma constitucional mencionada es el siguiente:

ART. 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

11.1.1.2.3.1. Al comparar los textos de las aludidas normas constitucionales – en especial los incisos finales del artículo 122 y el 90–, se constata la existencia de una unidad de lenguaje –o una “constancia terminológica” en los términos de Guastini– que, a la luz de una interpretación sistemática, permite establecer que lo que quiso el constituyente con dichas previsiones, fue hacer una clara remisión entre ellas y, por esa vía, inhabilitar el acceso a los cargos de elección popular, de aquellas personas que hubieran sido condenadas en el marco de un proceso contencioso, sea por el mecanismo del llamamiento en garantía o a través del ejercicio de la acción de repetición, punto en el cual ambas normas hacen alusión a las nociones de dolo y culpa grave, así como también a las condenas proferidas en contra del Estado. En este punto resulta pertinente traer a colación la previsión hermenéutica consagrada en el artículo 30 del Código Civil, el cual permite elucidar el sentido de una norma a partir de otra, en los siguientes términos:

ART. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

11.1.1.2.3.2. De modo que si el artículo 90 como el inciso final del 122 tratan una misma materia, como lo es la condena que el Estado debe pagar por causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus funcionarios, entonces puede concluirse que la inhabilidad estipulada en el último inciso del segundo de los preceptos aludidos, está referida a la sentencia que se puede proferir como conclusión de un proceso contencioso en que el Estado y el funcionario se vean simultáneamente involucrados –sea por la vía de la acción de repetición o con el empleo de la figura del llamamiento en garantía–

11.1.1.2.3.3. En contraste con las coincidencias de términos existentes entre el inciso último del artículo 122 y el segundo del artículo 90 de la Constitución, debe repararse en el hecho de que en el texto de la inhabilidad no se aprecia referencia alguna que tenga “constancia terminológica” con la materia del derecho sancionatorio –sea penal o disciplinario–, campo en el que resulta totalmente extraña la noción de culpa grave a que se refiere la inhabilidad¹³², que es un concepto referido primordialmente a la responsabilidad civil –contractual o extracontractual–, y que tiene la piedra angular de su conceptualización en el artículo 63 del Código Civil, el cual distingue tres grados de culpabilidad en los siguientes términos:

ART. 63.- La Ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia y cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro¹³³.

¹³² Según el artículo 21 del Código Penal –Ley 599 de 2000–, sólo existen las siguientes modalidades de la conducta punible: “ART. 21.- Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”. En el mismo sentido, el ya citado artículo 13 del Código Disciplinario Único sólo habla de dolo o culpa, y no se contempla la posibilidad de sanciones disciplinarias por preterintención. Ni en el Código Penal, ni en el Código Único Disciplinario se incluye el concepto de culpa grave.

¹³³ La radical separación entre la responsabilidad civil y la penal, ha sido advertida por la doctrina civilista chilena. Al respecto ha dicho el autor Arturo Alessandri Rodríguez: “20. **Independencia de ambas responsabilidades.** Entre la responsabilidad penal y la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil hay, pues, una separación e independencia manifiestas. Esto se debe a que provienen de causas diversas y persiguen finalidades también diversas. Mientras la responsabilidad penal deriva de una acción u omisión

11.1.1.2.3.4. *Existiendo una plena similitud de lenguaje entre la inhabilidad y la materia de la responsabilidad administrativa extracontractual de los funcionarios públicos, entonces resultaría absurdo establecer la interpretación del inciso final del artículo 122 a partir de un inexistente parentesco con la materia del derecho sancionatorio la cual, según acaba de mostrarse, resulta abiertamente incompatible con los términos que fueron utilizados por el constituyente para fijar la causal de inelegibilidad.*

11.1.1.2.3.5. *También es conveniente poner de presente que, según se verá en apartes ulteriores de la presente providencia –cuando se efectúe una interpretación teleológica de las normas en cuestión–, el entendimiento que propende por la existencia de una sentencia penal como prerrequisito para la configuración de la inhabilidad del artículo 122 de la Constitución Política, podría conducir al resultado de que dicho fragmento normativo no sería más que una reiteración de lo dispuesto en el inciso anterior, ese sí referido clara e indiscutiblemente a la materia de los delitos. En efecto, dicho proceder hermenéutico conduciría al absurdo de concebir una consagración normativa que no surte efecto práctico alguno, a pesar de que, bueno es recordarlo, la misma fue el resultado de un proceso de reforma de reforma constitucional por vía de referendo¹³⁴.*

11.1.1.2.3.6. *En ese orden de ideas, al no existir una “constancia terminológica” entre las previsiones del inciso final del artículo 122 de la Constitución Política y la materia del derecho penal –tratada en el inciso penúltimo–, entonces no es posible interpretar que la norma superior se refiere a una sentencia de carácter penal, como erradamente se ha*

*penada por la ley y sólo persigue el castigo del culpable, la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil tiene por causa el daño injusto causado a la persona o propiedad de otro y su único objeto es reparar ese daño.” // “Esta separación de ambas responsabilidades está expresamente reconocida por nuestra legislación positiva, como lo demuestran las diferencias antes anotadas y muy especialmente los arts. 2314 C.C. y 30 C.P.P: aquél al disponer que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito, y el otro, al establecer que de todo delito nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado.” // “En el estado actual de nuestra legislación no cabe, por tanto, confusión ni asimilación posibles entre la responsabilidad penal y la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, cuanto más que, una y otra están regidas por reglas muy distintas.” // “De ahí que la Corte Suprema haya podido decir con razón que la responsabilidad civil derivada de un cuasidelito civil se rige por el Código Civil y no por el Código Penal, por cuyo motivo es inaplicable el art. 410 de este último en la regulación de los perjuicios causados por un cuasidelito civil... y la Corte de Tacna, que cuando se ejercita la acción destinada a hacer efectiva la responsabilidad civil en un cuasidelito civil, no hay para qué tomar en cuenta las disposiciones del Código Penal y lo único que debe averiguarse es si hubo negligencia por parte de la persona responsable de él...” (negrilla del texto citado). Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, primera edición [reimpresión del año 2011], Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2005), página 29.*

¹³⁴ La reforma al artículo 122 de la Constitución Política, realizada por la vía del referendo convocado mediante Ley 796 de 2003, está contenida en el acto legislativo n.º 1 de 2004, que a su vez fue modificado por el acto legislativo n.º 1 de 2009.

entendido, pues ello sería contrario al contexto en el que se inserta el precepto objeto de interpretación. Por el contrario, la similitud de los términos que se emplean en la inhabilidad estudiada, en comparación con los que están presentes en el artículo 90 ibídem, permiten afirmar que la sentencia a que se refiere aquélla, es la que se puede proferir dentro del trámite de los mecanismos de repetición consagrados en el ordenamiento jurídico, con lo cual es posible decretar la pérdida de investidura a partir de una sentencia emanada de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

11.1.1.2.3.7. Para la Sala es claro, entonces, que la uniformidad del lenguaje utilizado tanto en el artículo 90 constitucional como en el inciso final del 122 ibídem, permite concluir que la condena a que se refiere este, es la relacionada con el proceso de acción de repetición –o con el mecanismo del llamamiento en garantía con fines de repetición–, lo que constituye una razón más para abogar por una interpretación que adecue lo dispuesto en el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre derechos humanos, con lo que dispone el ordenamiento constitucional interno, en el sentido de permitirse la pérdida de investidura de congresistas con base en la existencia de una sentencia que no necesariamente tiene que ser emitida por un juez penal.

4.2.1.1. En conclusión de dicho acápite se decía que, realizada una interpretación sistemática de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política y en el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –ejercicio este que implicó efectuar una razonable adaptación de los postulados de esta última a las circunstancias propias del derecho interno y de otras normas de derecho internacional–, la norma constitucional no puede ser interpretada en el sentido de exigirse una sentencia penal para la configuración de la inhabilidad consagrada en su último inciso, sino que, por el contrario, debe propenderse por una interpretación que permita la configuración de la causal de inelegibilidad por virtud de las sentencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede de repetición o de llamamiento en garantía, bajo el entendido de que dichas providencias son el resultado de trámites judiciales adelantados con pleno respeto de las garantías procesales, que es lo que debía entenderse como exigido por la norma convencional.

4.2.2. Como en el proyecto derrotado se afirmaba que la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política se

configuraba cuando la sentencia condenatoria provenía de una jurisdicción distinta a la penal, entonces era necesario establecer cuál era el alcance de dicha postura de cara a lo consignado por la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003, y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso López Mendoza Vs. Venezuela, providencias estas en las que se aseveró que el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que la inhabilidad en cuestión surja de una sentencia proferida por un juez penal. Frente a este interrogante se atendían los criterios de análisis jurisprudencial que han sido fijados por la doctrina y la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, y con base en dicho análisis se decía que lo dicho en las mencionadas providencias no resultaba vinculante para la solución del caso concreto, comoquiera que los dichos de paso u *obiter dictum* de dichos pronunciamientos no pueden tener la fuerza vinculante suficiente como para derogar instituciones caras al sistema jurídico colombiano, entre ellas la relacionada con la pérdida de investidura de congresistas. En los términos en que se expresaba en la providencia no acogida por la Sala:

11.4.1.4. Aplicados dichos criterios al análisis de lo dicho en la sentencia C-551 de 2003, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estima que, si bien las consideraciones citadas fueron fundamentales para que la Corte Constitucional declarara exequible la ley de convocatoria a referendo, también es cierto que las mismas no se vieron reflejadas en la parte resolutive de la sentencia, en la cual se decidió declarar exequible la ley sin condicionamiento alguno.

11.4.1.5. En efecto, si la Corte hubiese querido reflejar sus consideraciones en la parte resolutive de su sentencia n.º C-551 de 2003, bajo el entendido de que la norma propuesta en el referendo reformativo admitía al menos una interpretación acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos, entonces habría declarado la exequibilidad condicionada de la misma, cosa que no hizo.

11.4.1.6. Así las cosas, la falta de nexo consecuencial entre las consideraciones de la sentencia y lo en ella decidido, impide considerar que aquellas constituyen un criterio obligatorio para la interpretación de la nueva causal de inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política la cual, por ese motivo, merece ser interpretada de una forma que vaya más allá del método exegético que, respecto del artículo 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicó la Corte Constitucional en la aludida sentencia C-551 de 2003.

(...)

11.4.2.1. Como se observa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ocupó de un caso de interdicción de derechos políticos por virtud de la decisión asumida por una autoridad administrativa, y en ese marco declaró que no era aceptable inhabilitar a una persona para ejercer cargos de elección popular, cuando ello se hacía por virtud de una decisión proveniente de una autoridad administrativa. Por tal motivo, declaró que la República Bolivariana de Venezuela violó los derechos del señor López Mendoza, quien fue inhabilitado por decisión de una instancia administrativa.

11.4.2.2. Así, aunque el tribunal internacional optó por una interpretación exegética del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre derechos humanos y, con base en esa hermenéutica, afirmó que la limitación del aludido tipo de derechos sólo podía realizarse por la vía de una sentencia expedida por un juez penal, lo cierto es que dicha afirmación no estuvo soportada en mayores consideraciones relacionadas con el caso concreto que tuvo en sus manos el aludido tribunal internacional, lo cual es explicable porque –se insiste– en el mismo no se discutía la inhabilitación política por virtud de una decisión judicial, sino la ocurrida con ocasión de una decisión administrativa.

11.4.2.3. Al respecto debe tenerse en cuenta que, a pesar de que lo deseable es que las sentencias contengan sólo las motivaciones estrictamente necesarias para sustentar las decisiones que se asuman¹³⁵, lo cierto es que suele suceder que en aquéllas se incluyan afirmaciones hipotéticas que en nada contribuyen a la solución del caso sometido a consideración del juez, las cuales deben ser leídas con precaución a efectos de detectar adecuadamente cuáles son los criterios que pueden citarse para la solución de casos ulteriores, pues no pueden tenerse por vinculantes aquellas afirmaciones que se vierten en abstracto y sin tener en cuenta los problemas jurídicos que en determinado momento tuvieron que elucidarse.

11.4.2.4. Por ello la doctrina y la jurisprudencia han distinguido entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, como plantilla conceptual que permite diferenciar, desde el punto de vista de la aplicación igualitaria de criterios de decisión a casos ulteriores, cuáles son los apartes de una providencia que pueden ser considerados como vinculantes. Al respecto dice la doctrina, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo siguiente:

(...)

11.4.2.5. Ahora bien, en la medida en que la *ratio decidendi* está compuesta de las consideraciones que tuvo en cuenta el juez para arribar a determinada conclusión, entonces es dable pensar –como se insinúa en la doctrina recién citada– que sólo ese aparte de la sentencia se constituye en vinculante para la solución de casos ulteriores, pues se trata de motivos decantados en relación con un caso concreto, lo cual se hace con base en las alegaciones

¹³⁵ Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor "... La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones...".

procesales de los intervinientes, concepto éste que contrasta con los obiter dictum, que son meras especulaciones hipotéticas que carecen del enriquecimiento y la inmediación relacionados con la discusión litigiosa y procesal del caso dada frente al juzgador que deba decidirlo...

(...)

11.4.2.6. Al analizar la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del caso López Mendoza vs. Venezuela, para la Sala es claro que el problema jurídico que debía resolverse en dicha oportunidad, consistía en determinar si, a la luz del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, era jurídicamente posible que un Estado limitara los derechos políticos de una persona por virtud de una decisión emitida por una autoridad administrativa y no jurisdiccional, cuestión esta que fue resuelta con la sola comprobación de que, en el caso concreto, la interdicción de los derechos políticos del señor Leopoldo López Mendoza fue determinada por una autoridad administrativa, situación que se consideró contraria a los postulados de la norma de derecho internacional.

11.4.2.7. Como se observa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tuvo a su cargo el juzgamiento de un caso en el que se hubieran limitado los derechos políticos de una persona, con ocasión de una decisión expedida por un juez no penal, razón por la cual se limitó el Tribunal a hacer una réplica literal de lo dispuesto en el artículo 23-2 de la Convención, para decir que una interdicción tal sólo podría llevarse a cabo por una decisión emanada por un juez penal competente. Dicha interpretación, aunque es una indiscutible ratio decidendi para indicar que no se pueden limitar los derechos políticos de una persona por virtud de una decisión emanada de un órgano administrativo, constituye un claro obiter dictum frente a los casos en los que una determinación tal proviene de la decisión de un juez y, por tanto, se trata de un criterio que no es vinculante para la solución de casos en los que, como ocurre con las previsiones del inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, las inhabilidades surgen por virtud de decisiones jurisdiccionales.

11.4.3. En conclusión de este punto la Sala considera que, ni lo dicho por la Corte Constitucional en la parte motiva de la sentencia C-551 de 2003, ni lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela, constituyen criterios vinculantes para determinar la adecuada interpretación de la causal de inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política. Ello implica que las consideraciones expuestas en los apartados anteriores de la presente providencia, no son contrarios al principio de cosa juzgada constitucional y a la doctrina internacional sobre derechos humanos.

4.2.3. A partir de dichas reflexiones, en el proyecto derrotado se concluía que, como el congresista demandado había causado un detrimento patrimonial al Estado al declarar insubsistente a un funcionario de carrera administrativa, lo que hizo mediante una conducta que había sido calificada como gravemente culposa en una sentencia de acción de repetición

proferida en contra del señor Rafael Romero Piñeros; y teniendo en cuenta además que no se había saldado completamente la deuda que contra él pesaba por virtud de lo decidido en la mencionada providencia, entonces se configuraba la causal de inhabilidad consagrada en los dos últimos incisos del artículo 122 de la Constitución Política que, al ser violada por el representante a la Cámara, conllevaba la pérdida de su investidura.

5. En los anteriores términos dejo explicadas las razones de mi discrepancia con la sentencia aprobada el 21 de julio de 2015 en el caso de la referencia.

Atentamente,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Fecha *ut supra*