



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA PLENA**

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Pérdida de investidura
Radicación 11001-03-15-000-2019-00771-01
Solicitante: José Manuel Abuchaibe Escolar
Demandado: Hernán Gustavo Estupiñán Calvache

Tema: Se revoca la sentencia de primera instancia que declaró la pérdida de investidura porque: (i) la postulación de un miembro de la UTL para que no realizara funciones, con la exigencia de compartir su salario con terceros, que configura la <<indebida destinación de recursos públicos>>, no se tuvo por demostrada en el fallo apelado; y (ii) la certificación indebida del cumplimiento de las funciones no estructura la causal y no fue acreditada en el expediente, en su aspecto objetivo ni subjetivo.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por Hernán Gustavo Estupiñán Calvache (en adelante, el “Representante”, “Congresista” o el “Demandado”) contra la sentencia del 3 de diciembre de 2019 proferida por la Sala de Decisión Especial No. 27 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que resolvió lo siguiente:

<<**PRIMERO:** Decretar la pérdida de investidura del señor Representante a la Cámara elegido para el periodo 2018-2022 por el departamento de Nariño, Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, por indebida destinación de dineros públicos, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Por Secretaría General, comunicar esta decisión a la Mesa Directiva del Senado de la República, a la Presidencia del Consejo Nacional Electoral y al Ministro del Interior para lo de su cargo>>.

La Sala es competente para proferir esta providencia en segunda instancia de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 1881 de 2018 y el artículo 34 del Acuerdo 080 de 2019, que dispone que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocerá de las apelaciones interpuestas contra las sentencias proferidas en primera instancia en los procesos de pérdida de investidura, sin la participación de los magistrados de la Sala Especial de Decisión que profirió la providencia impugnada.



El recurso de apelación fue admitido en la providencia del 19 de febrero de 2020¹, en la cual también se dio traslado al solicitante y al Ministerio Público. Ambos se pronunciaron oportunamente². El 5 de agosto de 2020 el Representante envió un memorial que no se tendrá en cuenta por ser extemporáneo³. El 26 de enero de 2022 se designó como conjuetz⁴ al doctor Luis Felipe Botero Aristizábal, quien manifestó un impedimento⁵ que fue negado por la Sala el 8 de febrero de 2022⁶. En la Sala del 8 de marzo de 2022, el proyecto presentado por el magistrado Luis Alberto Álvarez Parra no fue aprobado, por lo que ese día se ordenó la remisión del expediente a este despacho⁷.

I. ANTECEDENTES

A.- La posición de la parte demandante

1.- El 20 de febrero de 2019 José Manuel Abuchaibe Escolar (en adelante, el “Solicitante”) presentó demanda contra el Representante⁸ con la siguiente petición:

<<Como quiera, que conforme a los anteriores hechos, el señor Representante a la Cámara por Nariño, doctor **HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN CALVACHE**, ha incurrido en una indebida destinación de dineros públicos, con violación de la Constitución en el artículo 183, numeral 4, por lo que solicito a ustedes, muy respetuosamente, se decrete la pérdida de investidura del Dr. **HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN CALVACHE**, como actual Representante a la Cámara por Nariño, de conformidad con lo también dispuesto en los art. 183, 184 y numeral 5º (sic) del art. 237 de nuestra Constitución Política>>.

2.- El Solicitante fundó la solicitud de pérdida de investidura en dos razones:

2.1.- De una parte, afirmó que el Congresista *designó* a un miembro de la Unidad de Trabajo Legislativo (en adelante UTL) para pagar un favor político y le <<exigió compartir su salario>>.

<<Podemos pensar que estamos ante una conducta dolosa ya que el asistente nombrado JAHIR ALEXANDER MENA QUIÑONES, fue vinculado a un cargo público para que no realizara ninguna actividad o función pública, ni estuviera obligado a cumplir un horario en un sitio de trabajo determinado. Simplemente se le consignaba su sueldo y según lo afirma el mismo Mena mediante denuncias ante la Procuraduría y la Corte Suprema de Justicia, el sueldo tenía que repartirlo con otros>>.

2.1.1.- Y en el resumen de este cargo, hecho en los antecedentes de la sentencia de primera instancia, se señala:

<<Dice el actor que el congresista vinculó en la UTL al señor Jahir Alexander Mena Quiñones como recomendado del activista político y diputado nariñense Alvin Gustavo Quiñones Casanova, con el propósito de pagar favores políticos, y que, además, conforme

¹Fls. 734 y 735 del Cuaderno 4.

²Fls. 741 a 765 y 767 a 773 del Cuaderno 4.

³Índice 15 del Samai.

⁴Índice 57 del Samai.

⁵Índice 58 del Samai.

⁶Índice 61 del Samai.

⁷Índice 67 del Samai.

⁸Fls. 1 a 24 del Cuaderno 1.



afirmó Mena en la denuncia penal y en la queja disciplinaria, que el representante le exigió compartir su salario>>.

2.2.- De otra parte, el demandante afirmó que el demandado incurrió en *destinación indebida de dineros públicos* al *certificar* que el funcionario de la UTL había cumplido sus funciones sin que ello fuera cierto, puesto que <<con base en la certificación de cumplimiento realizada por el Representante a la Cámara, al señor Mena se le pagaron salarios sin que hubiera ejercido ninguna función en la Unidad de Trabajo Legislativo UTL>>⁹. En la demanda se lee:

<<Vamos a demostrar que se configuran los supuestos para declarar la pérdida de investidura del actual Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño, HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN CALVACHE por indebida destinación de dineros públicos, pues, permitió, autorizó y certificó de manera ilegal el desempeño de funciones de un miembro de su Unidad de Trabajo Legislativo, lo que nunca hizo. Con su comportamiento el Representante propició el pago de salarios por servicios que no fueron prestados al Congreso de la República.>>

B.- Posición de la parte demandada

3.- El Representante se opuso a la declaratoria de pérdida de investidura. Afirmó que le exigió al señor Mena cumplir una labor pública dentro de las funciones que corresponde a los <<Asistentes I>> de las UTL: <<*servir de enlace con las comunidades a las cuales representaba el congresista*>>. Que el señor Mena recibió instrucciones para desempeñar sus labores y que tales instrucciones se las impartió María Camila Ortega Sánchez, quien se desempeñaba como funcionaria de la UTL del representante. Y que la certificación de sus funciones la expedía con base en los reportes de los coordinadores de su UTL con quienes periódicamente se reunía, los cuales controlaban las actividades del señor Mena: María Camila Ortega en Bogotá y Javier Francisco Garzón Almeida en Nariño.

3.1.- El señor Mena desempeñó su cargo entre el 1º de marzo y el 20 de mayo de 2018. Aunque gracias a su labor se realizaron varias actividades, en ese periodo hubo problemas de comunicación con el funcionario, quien hizo saber tardíamente que estuvo incapacitado entre el 21 de marzo y el 9 de abril de 2018. Por esto, <<*ante el rendimiento por fuera de lo esperado (...) luego de cumplida su incapacidad y el no acatamiento de la orden de traslado a la ciudad de Bogotá, se solicitó (...) a la Dirección competente que se declarara la insubsistencia en el cargo del*>> señor Mena.

3.2.- Agregó el demandado que <<*ni siquiera el solicitante de la pérdida de investidura tiene claridad acerca de la configuración de la responsabilidad subjetiva, pues confunde el dolo y la culpa, para finalmente endilgar el comportamiento al congresista por ambos títulos, lo cual no es posible jurídicamente*>>. Y en este aspecto transcribió la afirmación de la demanda según la cual <<*si bien no contamos con elementos probatorios que nos permitan inferir que el Representante a la Cámara sabía de la existencia de una situación potencialmente capaz de convertirse en una desviación descarada de los dineros*

⁹ Numeral 6 de la sentencia de primera instancia.



públicos y que, aun así, de forma dolosa optó por hacerlo para complacencia de uno de sus seguidores políticos, incurriendo en un descuido que tornó negligente su conducta, es decir, que lo hizo actuar con la culpa objeto de verificación en el análisis subjetivo de esta causal de pérdida de investidura>>.

C.- La sentencia recurrida

4.- La Sala de Decisión Especial No. 27 declaró la pérdida de investidura del Representante con base en las siguientes consideraciones:

4.1.- En la sentencia se definió el problema jurídico a resolver en los estos términos:

*<<74.- Corresponde a la Sala Especial de Decisión No. 27 determinar si el Representante a la Cámara incurrió en la causal de pérdida de investidura consistente en la indebida destinación de dineros públicos, **por haber certificado el cumplimiento de funciones de un Asistente I de su Unidad de Trabajo Legislativo durante los meses de marzo, abril y mayo, pese a que éste no las ejerció, no asistió a una sede de trabajo, ni cumplió horario alguno**>>.*

4.1.1.- Al resumir el cargo, se indicó en la sentencia:

*<<140.- De acuerdo con la tesis desarrollada por el convocante, el Representante a la Cámara incurrió en una indebida destinación de dineros públicos indirecta, **porque autorizó el pago de salarios y emolumentos a un empleado de su UTL que no laboró, no cumplió horario y no asistió a ninguna sede de trabajo, con lo cual se distorsionó la finalidad prevista para tales dineros públicos**>>.*

4.2.- A partir de lo anterior, en la sentencia se señaló que la indebida destinación puede ocurrir de manera directa e indirecta. Esto último acontece cuando *<<a pesar de haber sido ordenador del gasto para el objeto previsto en el respectivo presupuesto de la entidad, el congresista, en el ejercicio de sus funciones, **propicia** materialmente una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados>>*. En este caso se dio por probada la destinación indirecta porque, aunque en un primer período el señor Mena realizó labores de enlace con la comunidad organizando una reunión en Tumaco, lo cierto fue que los asuntos allí tratados no tuvieron incidencia o relación con la actividad cumplida por el Congresista. Y, luego de lo anterior, no se demostró que el citado funcionario hubiese cumplido labor alguna en desarrollo de su cargo.

4.3.- Lo anterior se consideró evidenciado conforme con la siguiente valoración probatoria:

a.- El señor Mena laboró en la Cámara de Representantes durante dos meses y 20 días, entre el 1º de marzo de 2018 y el 20 de mayo de 2018, fecha en la cual fue declarado insubsistente por petición del Representante.

b.- De acuerdo con las declaraciones de María Camila Ortega Sánchez, Francisco Javier Garzón Almeida y del señor Mena, éste organizó el 3 de marzo una reunión con la comunidad; y esa reunión fue determinante para gestionar (i) una iniciativa para que Tumaco se declarara como Distrito Especial; (ii) una iniciativa relacionada con la



declaratoria de zona especial de frontera de Tumaco, (iii) una iniciativa de saneamiento básico rural en Tumaco y (iv) la inclusión de la construcción de agua potable en Ipiales en el Plan Nacional de Desarrollo.

c.- Aunque esos testimonios son unívocos, consistentes y coherentes, la Sala consideró que no había *<<evidencia que acredite la materialización de los resultados>>*, con fundamento en la siguiente valoración probatoria:

- **(i)** consultadas electrónicamente las Gacetas del Congreso, se observa que el proyecto de acto legislativo para declarar a Tumaco Distrito Especial fue *<<presentado y tramitado desde el 20 de julio de 2017>>* y que el Representante no hizo parte de los congresistas que presentaron la iniciativa. También con las Gacetas se demostró que no tuvo participación en el proyecto de ley para establecer un régimen especial tributario para Tumaco como zona de frontera. En relación con este último proyecto, se indica que además no fue relacionado en los informes de rendición de cuentas del Representante de 2017-2018 y 2018-2019.
- **(ii)** Luego de realizar una *<<búsqueda en la información de la Cámara de Representantes y del Senado de la República>>*, no se encontró información que corrobore la afirmación realizada sobre el proyecto ambiental de saneamiento básico rural de Tumaco.
- **(iii)** Revisada la información de la *<<página del Departamento Nacional de Planeación>>* se constató que sí existe un proyecto de *<<construcción de planta de tratamiento de agua potable en Ipiales>>*. No obstante, no está probada que dicha inclusión *<<haya sido consecuencia o producto de la información recolectada en la reunión del 3 de marzo de 2018>>*. Esto también teniendo en cuenta que esta actividad obra en el informe de rendición de cuentas de 2018-2019, pues en este indica que elevó una petición al *<<Gobierno Nacional el 20 de marzo de 2019, esto es un año después de la reunión del 3 de marzo de 2018>>*.

d.- A partir de lo anterior, en la sentencia de primera instancia se concluyó que no estaba demostrado que la reunión realizada por el señor Mena se relacionara *<<directamente con el ejercicio de las funciones legislativas>>* porque no hubo *<<información concreta y precisa sobre las tareas, actividades y labores que>>* el señor Mena realizó como puente entre *<<las comunidades, la UTL y el Representante>>*. En ese sentido, se configuró la causal porque no hay forma de relacionar la reunión del 3 de marzo de 2018 con el cumplimiento de *<<las funciones constitucionales de reformar la Constitución, hacer leyes y ejercer el control político que corresponden a los parlamentarios o con las administrativas asignadas al empleo de Asistente I de la UTL>>*.

e.- En torno a las funciones realizadas con posterioridad al 3 de marzo de 2018, la Sala de primera instancia tuvo en cuenta que el señor Mena estuvo incapacitado del 21 de marzo al 9 de abril de 2018, no obstante lo cual consideró que existía vaguedad, imprecisión y contradicción sobre las labores realizadas por el señor Mena. Concluyó que *<<ante la ausencia de prueba alguna que permita corroborar el cumplimiento real de las*



funciones (...), la Sala llega a la certeza de que entre el 4 de marzo y el 21 de mayo de 2018, el señor Jahir Alexander Mena Quiñones no cumplió ninguna función propia del cargo de Asistente ni de la de enlace territorial que le fue asignada>>. Agrega el fallo que, aunque desde el 13 de abril de 2018 se le indicó al señor Mena que debía rendir informes escritos y el 30 de abril se le exigió que se presentara en Bogotá, el funcionario no dio cumplimiento a lo anterior. Y a pesar de esto, el representante demandado certificó <<el cumplimiento eficiente de labores>>.

4.4.- Para la Sala de primera instancia, el elemento subjetivo se configuró a título de culpa y de dolo:

a.- A título de culpa porque pagó el salario de marzo y para certificar las labores <<dejó en sus subalternos cumplir el deber [motivo por el cual] su conducta se tornó imprudente y carente de diligencia>>, pues no estableció mecanismos oportunos, idóneos ni adecuados para corroborar el cumplimiento de las labores del señor Mena, ni para constatar si lo indicado por sus subalternos <<correspondía a la realidad>>.

b.- A título de dolo en el periodo entre el <<1 de abril y el 20 de mayo>>, porque para el momento en que expidió las certificaciones de cumplimiento <<tenía pleno conocimiento de que el señor Mena Quiñones no desempeñó la función de enlace territorial que le asignó como Asistente l>>. En efecto, dichas certificaciones se expidieron el 17 de mayo y el 14 de junio de 2018, fecha para la cual ya sabía que el señor Mena no había allegado los informes escritos solicitados por instrucciones del Demandado, ni se había presentado en Bogotá. Además, el coordinador le indicó al Representante que el señor Mena <<no comunicaba sus actividades ni respondía oportunamente cuando se le requería>>.

D.- Recurso de apelación

5.- El Representante¹⁰ solicitó la revocatoria de la sentencia porque en su concepto no se demostraron los cargos formulados en la demanda. Al señor Mena sí se le asignaron funciones y ejerció las funciones del cargo: se le asignó y ejerció la función de ser enlace del Representante con la comunidad. Y, a juicio del apelante, la sentencia de primera instancia se equivoca porque estructura la causal en una conducta que no es típica: exige la materialización de resultados, <<desconociendo principios fundamentales como la interpretación restrictiva que debe guiar esta clase de juicios>>.

5.1.- Señaló que, para demostrar los hechos en los que se estructuró la causal, se valoraron pruebas que no fueron decretadas ni practicadas en el proceso. Se tuvieron en cuenta, entre otros documentos: (i) varias Gacetas del Congreso; (ii) el informe de rendición de cuentas presentado por el Demandado para los periodos 2017-2018 y 2018-2019; y (iii) el Anexo B del Plan Plurianual de Inversiones que obra en la página web del Departamento Nacional de Planeación.

¹⁰FIs 686 a 717 del Cuaderno 4.



5.2.- Agregó que la sentencia de primera instancia considera que la ausencia de pruebas no permite corroborar el <<cumplimiento real de las funciones por parte del>> señor Mena y ello no es admisible porque de este modo <<la sola afirmación del accionante bastaría para la declaratoria de pérdida de investidura>>. Exigir una prueba escrita de los informes de actividades es un desconocimiento de la libertad probatoria; en ese sentido, no puede indicarse que el Representante se haya desprendido de las labores de control y vigilancia.

5.3.- En relación con el elemento subjetivo, el apelante sostuvo que no se acreditó que hubiese tenido la intención de <<vulnerar norma jurídica alguna, ni favorecerse él o favorecer a un tercero>>: en el peor escenario se podría indicar que se <<certificó un ejercicio deficiente [de las funciones] pero jamás (...) una actividad que no se ejerció o que habiéndose ejercido no guardara relación con las funciones propias del cargo>>. La sentencia desconoció que:

a.- El control de las labores de los miembros de la UTL no requiere necesariamente <<informes escritos>>, como lo reconoció la Sala en la sentencia del 19 de febrero de 2001¹¹.

b.- En marzo de 2018 el Representante certificó el cumplimiento de las funciones del señor Mena de acuerdo con lo que <<podía constatar a partir de los informes de sus subalternos>>. En este punto cabe indicar que el Demandado tuvo conocimiento de la incapacidad médica <<hasta principios del mes de abril, y que una vez tuvo conocimiento de ello, procedió a reportar la misma ante la División de Personal de la Cámara de Representantes>>.

c.- En relación las certificaciones de abril y mayo, no es cierto que el Representante tuviera pleno conocimiento que el señor Mena no desempeñó la función de enlace territorial. En efecto, los coordinadores no le indicaron que él estuviera <<incumpliendo sus funciones, sino simplemente que se reportaban dificultades en la ejecución de la labor, la cual, en todo caso, se entendía ejecutada>>.

d.- Se demuestra la ausencia de dolo o culpa grave porque solicitó la insubsistencia del señor Mena <<como consecuencia del incumplimiento del deber de enviar el informe escrito como se le había requerido a través de una funcionaria de la UTL y [ante el hecho de que] no hubiese acatado la instrucción de trasladarse a la ciudad de Bogotá>>.

e.- En todo caso, el señor Mena reconoció que engañó a los coordinadores de la UTL y al Representante <<sobre el cumplimiento de sus funciones como Asistente I>>.

E.- La oposición al recurso por el demandante

6.- En el traslado del recurso, el Solicitante¹² reiteró que el nombramiento del señor Mena era evidentemente una <<corbata>>.

¹¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Sentencia del 19 de febrero de 2001, Radicación AC-12156, C.P. Alberto Arango Mantilla.

¹²FIs 741 a 765 del Cuaderno 4.



6.1.- Agregó que al señor Mena no se le *<<suministraron elementos para desarrollar la presunta labor encomendada y no tenía REGULADO un horario y ni siquiera se le manifestó donde (sic) era su sitio de trabajo>>*. Y que al haber certificado funciones que no se cumplieron, se configuró la causal de indebida destinación. Además, haber *<<delegado la tarea de verificación (...) en los coordinadores>>* no lo exonera del deber de verificar el cumplimiento de las funciones de los miembros de la UTL.

6.2.- Las funciones legislativas deben ejercerse en el *<<Congreso de la República de Bogotá y no en otra ciudad o municipio como lo determina el artículo 140 de la Constitución Política y lo desarrolla el artículo 9 de la Ley 5 de 1992>>*.

6.3.- El Representante sabía que el señor Mena no cumplía sus funciones porque así lo indicó el testimonio de Francisco Javier Garzón Almeida que fue traslado de la actuación disciplinaria. En el mismo sentido, deben valorarse las entrevistas radiales en las que el Representante admitió que el señor Mena nunca presentó un informe de sus actividades. Igualmente, se debe tener en cuenta que el señor Mena indicó que nunca cumplió con ninguna labor y afirmó que debía compartir parte de su sueldo.

6.4.- Finalmente, indica que la causal de indebida destinación se configura indirectamente cuando *<<el congresista propicia con su conducta una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados>>* y ello ocurre cuando certifica el cumplimiento de labores que no se realizaron, como reconoció la Sala en sentencia del 28 de marzo de 2017¹³.

F.- El concepto del Ministerio Público

7.- El Ministerio Público presentó concepto en el que señala que la sentencia develó *<<la realidad de los acontecimientos>>*¹⁴. Para ello era viable que se analizaran los cuatro proyectos que, según el Representante, fueron resultado de las labores desempeñadas por el señor Mena y que dichas *<<excusas>>* fueran *desvirtuadas <<con elementos de información pública>>*. En ese sentido, es *<<legítimo>>* que se acuda a información que obra en la página web de las entidades teniendo en cuenta el artículo 177 del CGP, que indica que no será necesaria la presentación de *<<resoluciones, circulares y conceptos (...) cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente>>*.

7.1.- Estima que sí se probó el elemento objetivo porque se certificaron labores que *<<más bien tenían relación con el proselitismo político, pues se probó que no hubo un solo proyecto de ley inspirado en las actuaciones de Mena Quiñones>>*.

7.2.- Finalmente, indica que aunque el Representante alegó que el señor Mena cumplía funciones acordes con el manual de funciones de la entidad *<<la realidad fue distinta>>*: el señor Mena fue nombrado por recomendación de su tío y cumplió tareas *<<más bien de proselitismo político>>*. Esto, conforme a lo indicado por el mismo señor Mena y por

¹³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Sentencia del 28 de marzo de 2017, Radicación 11001-03-15-000-2015-00111-00 (PI), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

¹⁴Fls. 767 a 773 del Cuaderno 4.



las contradicciones en las que incurrió el señor Francisco Javier Garzón Almeida en el testimonio rendido en el proceso y la declaración dada en el procedimiento disciplinario. En ese sentido, <<las versiones presentadas por el Representante (...) y sus dependientes no cuentan con elementos de credibilidad>>.

II. CONSIDERACIONES

G.- Objeto del litigio y decisión a adoptar

8.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada en el término de 5 años previsto en el artículo 6º de la Ley 1881 de 2018. En efecto, en la demanda se afirmó que los hechos que configuran la causal ocurrieron entre el 1º de marzo y el 20 de mayo de 2018, y la demanda se radicó el 20 de febrero de 2019.

9.- No se discute que para la fecha de ocurrencia de los hechos **(i)** el Demandando ostentaba la condición de Representante, aspecto que en todo caso está probado¹⁵; **(ii)** al señor Mena se le pagó el salario con recursos públicos, de lo cual también hay prueba en el expediente¹⁶; y **(iii)** el Representante certificó el cumplimiento de las labores por parte del citado funcionario.

10.- Lo que se discute en esta instancia, como consecuencia de la apelación formulada por el Congresista, es si se estructuró la *indebida destinación de dineros públicos* con la prueba de que el Representante demandado *certificó* que el funcionario de la UTL cumplió las funciones de su cargo, no obstante estar demostrado que **(i)** las actividades realizadas por el señor Mena no fueron relevantes para las actividades legislativas que realizó el Representante; **(ii)** el Congresista certificó el cumplimiento de las funciones, sin verificar diligentemente si ello era así y luego de conocer que el funcionario estaba incumpliendo con la instrucción que se le había impartido de presentar informes escritos y trasladarse a la ciudad de Bogotá. Estos fueron los supuestos fácticos que se dieron por probados en la primera instancia, y con base en ellos se consideró estructurada la causal de pérdida de investidura, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

10.1.- Aunque el demandante afirmó también que el Congresista había nombrado al funcionario de la UTL solo para pagar un favor político y le exigió <<compartir>> su salario con terceros, este supuesto fáctico no se dio por demostrado en el fallo, en el cual, por el contrario, se da por probado que al señor Mena sí se le asignaron funciones de servir de enlace con la comunidad y que organizó una reunión cuyos propósitos carecen de nexo con la labor legislativa del Congresista.

11.- La Sala revocará la sentencia de primera instancia por las siguientes razones:

- I) La afirmación de la demanda según la cual el nombramiento del señor Mena se hizo para pagar un favor político, estableciendo que no debería cumplir ninguna función y exigiéndole compartir su salario con el Representante o con

¹⁵Fl. 25 del Cuaderno 1].

¹⁶Fl. 360 del Cuaderno 2.



otra persona, estructura la causal de *indebida destinación de dineros públicos*, pero no se tuvo por probada en la sentencia de primera instancia. En sus alegatos de conclusión, el Solicitante reiteró este cargo y señaló que debían tenerse en cuenta las pruebas (declaraciones a los medios de comunicación) que en su concepto lo configuraban. Tal análisis resulta improcedente porque solo el demandado apeló la sentencia de primera instancia.

- II) Las imputaciones relativas a obrar negligentemente en el control del ejercicio de las funciones por el señor Mena, al *certificar cumplimiento de las funciones sin tener certeza de este hecho, o conociendo que no las había desempeñado eficientemente* no estructuran la causal <<*destinación indebida de dineros públicos*>>, por la cual se decretó la pérdida de investidura en la primera instancia.
- III) La imputación con base en la cual se decretó la pérdida de investidura no está probada, ni en relación con sus fundamentos fácticos y jurídicos en la que se sustenta, ni en relación con la culpabilidad del Representante.

H.- Plan de exposición

12.- En la primera parte se hará referencia a la primera imputación del demandante, de acuerdo con la cual el señor Mena fue designado para no hacer nada y se le exigió compartir el salario. Se explicará que tal imputación estructura la causal de pérdida de investidura, porque implica considerar que el Congresista, ejerciendo la facultad de designar a un funcionario público con el objeto de que cumpla las funciones legalmente previstas para el cargo, lo hace —en realidad— para pagar un favor político y para darle al salario (que se paga con dinero público) una destinación indebida. Sin embargo, tal conducta no fue probada en el proceso.

13.- En la segunda parte se expondrán los argumentos dirigidos a sustentar que la indebida certificación del cumplimiento de una función no estructura la causal. Se hará referencia a: **(a)** la diferencia entre <<*destinar indebidamente dineros públicos*>> y <<*propiciar su indebida utilización*>>; **(b)** la indebida asimilación de la finalidad de la pérdida de investidura como institución y el proceso de pérdida de investidura, que termina legitimando interpretaciones extensivas de sus causales; **(c)** la tipicidad como imperativo, para el legislador y para el juez, que impone absolver al congresista cuando la conducta imputada no está prevista claramente como sanción y la improcedencia de utilizar el *efecto útil* de las normas en un proceso sancionatorio; **(d)** la precisión acerca de que la indebida disposición de dineros públicos no es una norma en blanco y no puede aplicarse: la flexibilidad del derecho disciplinario frente a las normas de textura abierta; la analogía; ni la interpretación extensiva.

14.- En la tercera parte se hará referencia a la imputación a partir de la cual se considera que el Congresista, por certificar indebidamente la prestación del servicio, incurrió en la causal de pérdida de investidura de *destinación de dineros públicos* con el objeto de explicar: **(a)** que en esta imputación se desconoció la prohibición de interpretar ampliamente la norma al considerar que se configuró la causal por la certificación



indebida de la prestación del servicio; **(b)** que esta certificación no es presupuesto para el pago del salario del funcionario, por lo que no puede darse por demostrado el elemento objetivo de tal imputación; **(c)** que el elemento subjetivo debía demostrarse acreditando *dolo o culpa grave* y no se demostró que el Congresista hubiese obrado conscientemente con la intención o la voluntad de *destinar indebidamente dineros públicos*; y **(d)** que en el fallo de primera instancia se consideraron pruebas no decretadas en el proceso y se desconoció la presunción de inocencia del demandado.

Primera parte: el nombramiento del miembro de la UTL para que no realizara ninguna función y compartiera su salario, configura la *indebida destinación de dineros públicos*, pero no se dio por demostrado en la sentencia de primera instancia

15.- La primera imputación fáctica que se hizo en la demanda fue la de haber solicitado el nombramiento del señor Mena en la UTL, con el objeto de pagar un favor político, para que no desempeñara función alguna, con la exigencia de compartir su salario con un tercero.

16.- Es cierto que la *indebida destinación de un dinero público* se produce cuando se desconoce el destino que tiene en el presupuesto de gastos, que es donde se determina. No obstante, lo primero que debe precisarse es que esta causal de pérdida de investidura no ocurre solamente cuando se realiza una modificación en el presupuesto aprobado del Congreso, desconociendo la voluntad del órgano que lo aprueba. Tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, esta causal de pérdida de investidura no puede confundirse con una de las formas de *peculado por aplicación indebida* que consagra el código penal, con el objeto de garantizar que la voluntad del órgano que aprueba el presupuesto no sea alterada por el funcionario que lo ejecuta.

17.- La Sala Penal de la Corte refiriéndose a esta conducta señala:

<<Aplicación oficial diferente

El uso de los bienes, dinero o cualquier otra clase de propiedad del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tiene parte, **está determinado en el presupuesto de gastos en el cual se señala la cuantía y la finalidad perseguida por la administración con cada apropiación global, partida especial, artículo o renglón.** El precepto 345 de la Carta Política estipula que **en tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogaciones con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.** Tampoco podrá hacerse **ninguna inversión pública que no haya sido decretada por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.**

Quiere ello decir que la obtención de recursos y los gastos se rigen por el principio de legalidad. Las leyes anuales del presupuesto nacional, departamental, distrital y municipal deben ser expedidas en armonía con la ley orgánica del presupuesto y prever las partidas que de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo van a destinarse a la inversión social o al gasto público social, atendiendo las previsiones establecidas en el literal c) del artículo 24 del Estatuto Orgánico del Presupuesto. CSJ SP Feb. 2008. Entonces, es necesario en cada caso **verificar en el acto correspondiente del Congreso, Asamblea o el Concejo, si el servidor público se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones.** Tratándose



de dinero, en particular, el artículo 345 de la Carta prohíbe recibir ingresos a título de impuestos no contemplados previamente en la ley de presupuesto, **como también hacer erogaciones con cargo al Tesoro Público no contempladas previamente como tal en la ley de apropiaciones, y trasladar partidas de un rubro a otro, dentro del presupuesto, sin la debida legalización.** Para que la aplicación sea diferente es imprescindible que sea disímil a la fijada para el bien en la ley, ordenanza y reglamento>>¹⁷.

18.- Precisado que *destinar indebidamente dineros públicos* no solo implica *trasladar partidas* de un rubro a otro sin el cumplimiento de los requisitos legales, se resalta que la conducta constitutiva de la causal de pérdida de investidura ocurre en los casos en los cuales, *al disponer de la correspondiente apropiación, se le otorga un destino distinto del previsto en ella.*

19.- El presupuesto de gastos de las entidades públicas establece las partidas o apropiaciones de las que puede <<*disponer*>> el jefe de cada órgano, que es quien puede celebrar contratos o nombrar los funcionarios. A él corresponde <<*ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección*>>¹⁸. Los ordenadores del gasto incurrir en *delito* cuando (i) contraen a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la ley y (ii) efectúan pagos violando preceptos legales¹⁹. De allí se deduce que el ordenador del gasto es el funcionario de la entidad que tiene la competencia para *decidir su realización*, en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del presupuesto; y la *disposición indebida de dineros públicos* hace referencia al ejercicio de esta competencia, que se entiende atribuida al funcionario que tiene la condición de <<*ordenador del gasto*>>.

20.- La Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 1996 señaló que el concepto de ordenador del gasto se refiere a <<*la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado —limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto— se decide la oportunidad de contratar comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto*>>²⁰. Y la Sección Segunda del Consejo de Estado ha dicho que la ordenación del gasto <<*es aquella facultad de los órganos estatales que disponen de autonomía presupuestal para ejecutar el presupuesto de gastos asignados por la respectiva ley anual de presupuesto lo que genera un ámbito de decisión propio en punto a la contratación y a la disposición de los recursos adjudicados*>>²¹.

21.- La causal de pérdida de investidura no establece como conducta sancionable <<*ordenar el gasto*>> y por ende no puede considerarse que ella solo puede ser cometida por el <<*ordenador del gasto*>>. Si bien es cierto que a los *ordenadores del gasto* les

¹⁷Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de diciembre de 2013, rad. 42133, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

¹⁸ Artículo 110 del Estatuto Presupuestal (decreto 111 de 1996).

¹⁹ Art. 112 Estatuto Presupuestal.

²⁰M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2008, ponente, Dr. Jaime Moreno García, Expediente No 4079-04.



corresponde *disponer debidamente* de los dineros públicos, esto no quiere decir que tal facultad no esté también en cabeza de los congresistas.

22.- Lo segundo que se advierte es que si la ley ha asignado a un congresista la competencia de *disponer* de la partida o apropiación presupuestal prevista para el pago de los funcionarios de la UTL —determinando su conformación de acuerdo con sus necesidades (lo que implica distribuir la correspondiente partida) y estableciendo las funciones que deben desarrollar— y si le asigna también la competencia para <<postular>> las personas que deben ser nombradas para ocupar el cargo, no puede considerarse que no es él quien <<dispone>> del dinero público apropiado para tal fin, simplemente porque no firma el nombramiento.

23.- Así las cosas, no hay duda de que el congresista tiene la competencia de *disponer* del dinero público previsto en la apropiación para los funcionarios de la UTL y lo hace cuando *determina su conformación, asigna funciones y postula a una persona para ser designada en el cargo*. Tal y como se señala en la sentencia impugnada, a partir de lo dispuesto en el artículo 388 de la ley 5 de 1992, <<corresponde al parlamentario ejercer la **potestad nominadora** respecto de los empleados y/o contratistas que se vinculan a su UTL>>. La causal se estructura cuando no solo cuando el congresista *designa* al funcionario obrando como *ordenador* del gasto, sino también cuando lo *postula* para que sea designado: en ambos casos la *determinación puntual y concreta* del gasto se hace por un acto que proviene de la voluntad del congresista.

24.- Si el congresista ejerce esta competencia indebidamente, disponiendo del dinero público asignado en la partida para un fin *distinto*, lo que ocurre cuando postula a una persona para que *formalmente* desempeñe las funciones del cargo por las cuales recibirá la remuneración correspondiente, pero en la realidad lo hace con el objeto de que sea designado <<para que no desempeñe la función que legalmente le corresponde y le transfiera el salario a un tercero>> incurre en la causal de pérdida de investidura. Si el congresista es quien tiene la función legal de solicitar el nombramiento de los funcionarios de la UTL, los cuales se designan con su sola petición y son remunerados con dineros públicos, y ejerce tal competencia con un propósito distinto y en provecho suyo o de un tercero, incurre en la causal de *indebida destinación de dineros públicos*.

25.- No puede considerarse que, en la medida en que *formalmente* el congresista lo único que hace es *disponer* de un dinero público para el fin que el mismo tiene en el presupuesto (remunerar al funcionario de la UTL), está ejerciendo correctamente tal competencia y no puede calificarse tal *destinación* como *indebida*. Eso desconoce el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado acerca de la *desviación de poder* que aplica en la determinación de alcance de esta causal. En efecto, la desviación de poder ocurre cuando un funcionario expide un acto administrativo o celebra un contrato <<actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento>>²² pero dicho acto o contrato, en vez de estar dirigido al propósito que expresamente se anuncia en el mismo, tiene por objeto obtener provecho económico para él o para un tercero.

²²Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



26.- La causal no se configura únicamente cuando *formalmente* el congresista expide un acto en el que destina indebidamente dineros públicos. Se configura también cuando, aunque formalmente no ocurra lo anterior, se acredita que ejerció su competencia, *en realidad, para destinar indebidamente dineros públicos*. Si la *desviación de poder* le permite a la jurisdicción contenciosa realizar un control material sobre la actividad de la Administración —porque este control no se limita a verificar el ejercicio formal de sus competencias a partir de lo que se consigna en los actos, sino que es un control material respecto del ejercicio real de las mismas—, es claro que en el análisis de la causal en el caso concreto obra de la misma manera: se determina a partir de los medios de prueba que obren en el expediente, que den cuenta sobre la conducta material *realmente* desarrollada por el demandado.

27.- De acuerdo con las consideraciones de la sentencia de primera instancia, esto no fue lo demostrado en el proceso. A partir de lo expresado en las motivaciones del fallo apelado, en el expediente no se acreditó que el Congresista hubiera designado al señor Mena en la UTL con el propósito de pagar un favor político, ni que hubiera acordado con el designado que no debería cumplir ninguna función y le hubiese exigido que debía entregarle, a él mismo o a un tercero, el salario recibido en el cargo para el cual iba a ser designado.

Segunda parte: el incumplimiento de las funciones relativas al control y la certificación del <<cumplimiento eficiente>> de las funciones por parte del integrante de la UTL imputadas al Congresista no estructura la *destinación indebida de dineros públicos*

A.- Propiciar que terceros incurran en *indebida utilización de dineros públicos* no puede asimilarse a *destinar indebidamente dineros públicos*

28.- Certificar indebidamente el cumplimiento de las funciones del miembro de la UTL, y con ello *propiciar* que los dineros públicos con los que se le pagó su salario fueran mal *utilizados*, no estructura la causal de *destinación de dineros públicos* prevista como causal de pérdida de investidura. Si en el proceso no se probó que el Congresista designó al funcionario de la UTL para que <<*no hiciera nada*>> y le <<*entregara su sueldo a él o a un tercero*>>, no puede decretarse la pérdida de investidura por desarrollar una conducta que no está prevista como causal para imponer tal sanción, que es lo que se hace en la sentencia de primera instancia a partir de las siguientes consideraciones:

<<98.- Conforme con lo anterior, la jurisprudencia de la Corporación entiende que la indebida destinación de los dineros públicos puede ser directa, cuando el congresista es ordenador del gasto, administrador o depositario de los bienes públicos, o puede ser indirecta, como ocurre en los casos en que, sin tener ninguna de las dos condiciones mencionadas, el congresista, **ejerciendo las funciones del cargo, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, porque desvía los dineros públicos a fines distintos de los previstos por medio de instrumentos como, por ejemplo, los contratos o las autorizaciones para el pago de salarios.**

99.- De suyo, una forma **de destinar** indebidamente los dineros públicos **ocurre cuando el congresista autoriza pagar salarios y prestaciones sociales de empleados de su**



UTL, que incumplen las funciones del cargo o las obligaciones que el empleo les impone, o que desarrollan actividades, tareas o labores que no tienen relación con la actividad legislativa que constitucionalmente corresponde al congresista, porque tal destinación resulta distorsiva de los fines previstos (...).

101.- Como la relevancia de la causal se finca en la expresión “indebida destinación”, lo importante es que la conducta del congresista sea determinante del detrimento patrimonial del Estado, al aplicar los dineros públicos a un fin distinto, prohibido, injustificado o innecesario, o no autorizado, **se materializa una indebida destinación indirecta, cuando a pesar de haber sido ordenado el gasto para el objeto previsto en el respectivo presupuesto de la entidad, el congresista, en el ejercicio de sus funciones, propicia materialmente una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados>>**.

29.- *Destinar indebidamente* dineros públicos no puede asimilarse a *utilizarlos indebidamente*. Y no puede estructurarse la causal en una conducta que no se le imputa directamente al Congresista sino a un tercero, para incluir como conducta constitutiva de la causal *propiciar la indebida utilización de dineros públicos*, porque ello, además de violar la tipicidad, violaría el principio de personalidad de la sanción que se deriva de la disposición legal conforme con la cual <<*el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva*>> en el que para decretar dicha sanción es necesario acreditar que el congresista, con su conducta dolosa o gravemente culposa, incurrió en una causal de pérdida de investidura.

30.- La *destinación indirecta* de dineros públicos, que conforme con la jurisprudencia se estructura cuando el congresista no tiene la condición de *ordenador del gasto*, solo puede configurarse cuando la conducta consiste en *destinar* el dinero público de manera indebida, y ella solo puede presentarse cuando el congresista, en desarrollo de sus competencias, *decide* darle al dinero público una finalidad distinta a la debida. El incumplimiento de las funciones dirigidas a garantizar que efectivamente se *utilice* para dicho fin, que se presenta con posterioridad a su *destinación*, no configura la causal de pérdida de investidura imputada al demandado.

31.- Por tal razón, la causal de *indebida destinación de dineros públicos* no se estructura al tener por demostrado que el Congresista no cumplió adecuadamente su obligación de verificar el cumplimiento de las funciones por parte del funcionario de la UTL, no le pidió informes escritos, o certificó el cumplimiento eficiente de sus funciones, sin establecer si las labores desarrolladas eran conexas o útiles para los proyectos legislativos que aquel debía presentar, y sin considerar que había sido informado de la existencia de problemas de comunicación con el funcionario y que este no había cumplido las instrucciones de trasladarse a Bogotá y de presentar informes escritos de su gestión.

32.- Una cosa es ejecutar conscientemente un acto dirigido a *destinar indebidamente dineros públicos* (que es lo que ocurre cuando se nombra a un funcionario simplemente para que reciba el sueldo y le exige que se lo transfiera a otro) y otra cosa obrar de manera ineficaz o negligente en el cumplimiento general de sus funciones, y permitir o *propiciar* con esa conducta que los recursos públicos destinados al pago de los salarios resulten perdidos o invertidos de manera ineficiente. Extender la conducta prevista como causal de pérdida de investidura que es <<*destinar dineros públicos*>> a una conducta



distinta como es la de <<propiciar la indebida utilización de dineros públicos>>, implica incluir en ella una <<gama de conductas>> abierta e indeterminada en la que quede incluida cualquier actuación del congresista que coadyuve o permita que los dineros públicos no se utilicen correctamente, o no se utilicen para el fin previsto en el presupuesto. Esto viola la garantía del debido proceso del congresista, porque supone imponerle una sanción por una conducta que no está prevista en la ley de manera clara y precisa como constitutiva de causal de pérdida de investidura y viola la prohibición de hacer interpretaciones extensivas o analógicas para decretar la pérdida de investidura.

33.- La tipicidad es <<aquella parte esencial de garantía material del principio de legalidad que comporta un mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas reprochables y sus correspondientes sanciones>>. La tipicidad <<evita que la interpretación del órgano sancionador ampare aplicaciones de la norma, en las que esta se proyecte sobre conductas, que con arreglo a su contenido no podrían previsible y razonablemente encuadrarse en el tipo o ilícito descrito por aquella>>. Para que se cumpla la garantía de la tipicidad es indispensable que la conducta sancionable <<sea reconocible por sus eventuales destinatarios, debiendo rechazar el aplicador, todas aquellas interpretaciones que claramente no encuentran cobertura en la misma (...) Cuando mediante una elemental inferencia lógica el intérprete pueda concretar sin dificultad la previsión normativa, el precepto sancionador en cuestión cumplirá los requisitos de tipicidad y certeza>>²³.

34.- En la sentencia de primera instancia se lee:

<<76.- La pérdida de investidura es una acción jurisdiccional pública y autónoma, de raigambre constitucional. Funge como mecanismo de control político, para que todo ciudadano tenga la posibilidad de controlar a los miembros de las corporaciones de elección popular, en especial frente a aquellos comportamientos que resultan contrarios a la dignidad del cargo, a la ética pública, al buen servicio y al interés general. **Su finalidad última es salvaguardar la moralidad de la actividad política, la dignidad y probidad del cargo y la confianza que el electorado depositó en los dignatarios que representan la voluntad del popular. (...)**

85.- La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tiene decantado que la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos **es una norma superior de textura abierta**, puesto que la Constitución y las leyes que rigen la materia, esto es, la Ley 5 de 1992 y la Ley 1881 de 2018, **no establecen el alcance de la causal ni detallan un catálogo de conductas específicas que la configuran, misma razón por la cual, aquellas conductas o eventos que la jurisprudencia considera configurativos de la misma, no son las únicos ni resultan limitativos para su estudio, análisis y concreción en cada caso particular**²⁴.

86.- Ello es así porque la finalidad de la indebida destinación de dineros públicos, como causal de pérdida de investidura, **es censurar cualquier utilización de los dineros públicos para fines no previstos, distintos, prohibidos o no autorizados por la Constitución** o las leyes, con el propósito de erradicar y castigar prácticas parlamentarias como **por ejemplo**, el pago de salarios a personas que no ejercen funciones o prestan

²³Cfr. Pedro González Tobarra – José Ramón Rodríguez Carbajo, Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 145 a 163.

²⁴ Así se desprende de las discusiones que sobre esta causal se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente, de las cuales se colige que el abanico de conductas que pueden tipificar la indebida destinación de dineros públicos es amplio.



servicios o la remuneración de funciones o actividades que no se relacionan con las propias de los congresistas. (...)

101.- Como la relevancia de la causal se finca en la expresión “indebida destinación”, lo importante es que la conducta del congresista sea determinante del detrimento patrimonial del Estado, al aplicar los dineros públicos a un fin distinto, prohibido, injustificado o innecesario, o no autorizado, **se materializa una indebida destinación indirecta, cuando a pesar de haber sido ordenado el gasto para el objeto previsto en el respectivo presupuesto de la entidad, el congresista, en el ejercicio de sus funciones, propicia materialmente una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados.**

102.- Ello quiere decir que basta con que el congresista, directa o indirectamente, destine los recursos públicos o propicie su desviación a propósitos distintos, porque con ello traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos previstos en el ordenamiento para los recursos, para que se configure objetivamente la indebida destinación de dineros públicos.

103.- **De suyo, en aquellos eventos en que el congresista autoriza el pago del salario respecto de los miembros que integran su Unidad de Trabajo Legislativo –UTL-, porque certifica su cumplimiento sin que ello corresponda a la realidad, se configura la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos indirecta>>.**

35. Las consideraciones anteriores desconocen el principio de legalidad de las sanciones.

B.- La finalidad de la institución de la pérdida de investidura y el propósito del proceso

36.- En la sentencia se confunde la finalidad de la institución de la pérdida de investidura y su consagración en la Constitución Política con el propósito del <<proceso judicial>> o de la <<acción de pérdida de investidura>>. En este punto se señala que su <<finalidad última es salvaguardar la moralidad de la actividad política, la dignidad y probidad del cargo y la confianza que el electorado depositó en los dignatarios que representan la voluntad del popular>>.

37.- La asimilación de las dos cosas conduce a considerar, como lo ha señalado la jurisprudencia, que este proceso es <<un juicio sancionatorio ético y de responsabilidad jurídica, bajo el entendido de la ética mínima moral de deber>>. Y esta consideración conlleva a deducir que puede decretarse la pérdida de investidura cuando se considere que el congresista ha incurrido en una conducta que, al analizar el caso concreto, el juez pueda considerar como violatoria de las finalidades que tuvo el constituyente al consagrar esta institución.

38.- Esta línea de pensamiento se recoge en los siguientes términos, en la sentencia SU 073 de 2020 de la Corte Constitucional:

<<De igual manera la jurisprudencia ha resaltado que esta figura responde a un **juicio ético** que exige de los representantes elegidos popularmente un **comportamiento recto, pulcro y transparente** (...)

Así mismo le ha impuesto el carácter sancionatorio al proceso de pérdida de investidura, pero con rasgos de control político mediante el cual los ciudadanos ejercen control sobre



sus representantes, a quienes han otorgado un mandato a través de la vía electoral. En ese orden de ideas, “este juicio constituye un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración al alcance de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, **cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, el interés general o la dignidad que ostentan**”²⁵>>²⁶.

39.- No puede desconocerse la importancia de la pérdida de investidura, en la medida en que ella <<se constituye en uno de los mecanismos de la democracia participativa, en virtud del cual los ciudadanos pueden efectuar un control sobre los miembros de las corporaciones públicas representativas de acuerdo con causales de raigambre constitucional y legal, encaminadas a preservar la integridad de la función de representación política que les ha sido encomendada>>²⁷. Pero la calificación del proceso de pérdida de investidura regulado en la ley como un <<juicio de responsabilidad política>>, o la consideración según la cual el mismo <<tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan>>²⁸, conduce a conclusiones equivocadas, porque justifica la ampliación de los poderes judiciales de determinación del alcance de la conducta sancionable.

40.- Es equivocada porque desconoce que la función del proceso judicial es precisamente limitar cualquier consideración en la que el arbitrio del juez exceda el derecho a la garantía de estricta legalidad del demandado en un proceso con una sanción tan grave como es la pérdida de investidura, frente al cual la Corte Constitucional también ha señalado:

<<La pérdida de investidura **impone la prohibición perpetua de ejercer el derecho político a ser elegido popularmente, de manera que comporta la imposibilidad de realizar un derecho constitucional**. Así pues, el procedimiento que se aplique en el juzgamiento sobre la procedencia de la pérdida de la investidura debe ser especialmente riguroso y respetuoso de las prerrogativas del demandado, en especial, los derechos al debido proceso y a participar en política y conformar el poder público>>²⁹.

41.- En el fallo de primera instancia se describen las causales vinculándolas a los propósitos que se estiman perseguidos con ellas, y ello es lo que justifica concluir que la indebida destinación de dineros públicos es una norma de textura abierta en la cual la jurisprudencia ha determinado las conductas que la configuran, sin que pueda considerarse que ellas son las únicas que pueden estructurarla. Se lee en la sentencia apelada:

<<83.- En otro grupo están las causales que castigan **hechos o conductas contrarias a la dignidad del ejercicio de poder, porque desconocen abiertamente principios constitucionales y legales rectores de la función pública y administrativa, como son, por ejemplo, la moralidad, la transparencia y la defensa del patrimonio público**. En este grupo encajan la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y del

²⁵Ver sentencia T-147 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).

²⁶M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁷SU-1159 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁸Sentencia SU-1159 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

²⁹Corte Constitucional, SU-424 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



conflicto de intereses; **la indebida destinación de los dineros públicos** y el tráfico de influencias. (...)

85.- La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tiene decantado que la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos es una norma superior de textura abierta, puesto que la Constitución y las leyes que rigen la materia, esto es, la Ley 5 de 1992 y la Ley 1881 de 2018³⁰, no establecen el alcance de la causal³¹ ni detallan un catálogo de conductas específicas que la configuran, **misma razón por la cual, aquellas conductas o eventos que la jurisprudencia considera configurativos de la misma, no son los únicos ni resultan limitativos para su estudio, análisis y concreción en cada caso particular**³².

86.- **Ello es así porque la finalidad de la indebida destinación de dineros públicos, como causal de pérdida de investidura, es censurar cualquier utilización de los dineros públicos para fines no previstos, distintos, prohibidos o no autorizados por la Constitución o las leyes**³³, con el propósito de erradicar y castigar prácticas parlamentarias como por ejemplo, el pago de salarios a personas que no ejercen funciones o prestan servicios o la remuneración de funciones o actividades que no se relacionan con las propias de los congresistas.

87.- Sobre esta base, la Corporación ha entendido que **el comportamiento sancionable se configura, en términos generales**, cuando el congresista, en su condición de servidor público³⁴, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido: **i) traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento para los dineros públicos, o, ii) destina o aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o, iii) cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o, iv) cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas**³⁵>>.

42.- La doctrina ha señalado que en un proceso sancionatorio no se pueden utilizar <<estándares deontológicos de conducta>> como podían hacerlo las organizaciones de profesionales, que juzgaban en conciencia, si el acusado <<era indigno de seguir desempeñando sus funciones>>³⁶. En tales organizaciones se admitía establecer estas regulaciones, en las que la determinación de la conducta que ameritaba excluir a un

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sentencia del 28 de marzo de 2017. MP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Expediente 11001-03-15-000-2015-00111-00 (PI). Sentencia del 6 de mayo de 2014. MP. Enrique Gil Botero, Expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00. **En relación con la ley 1881 de 2018:** se pone de presente que las sentencias señaladas hicieron referencia a la Ley 144 de 1994, régimen de pérdida de investidura que estaba vigente para el momento en que fueron promulgadas. No obstante, lo sentado por la Sala Plena en relación con la causal de indebida destinación de dineros públicos y la Ley 144 de 2018 mantiene su vigencia y validez respecto de la Ley 1881 de 2018, derogatoria de la Ley 144 mencionada, pues este nuevo régimen de pérdida de investidura tampoco se ocupó de establecer contenido y alcance concreto para la causal.

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00, accionante: Juan Carlos Arango, accionado: Luciano Grisales Londoño.

³² Así se desprende de las discusiones que sobre esta causal se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente, de las cuales se colige que el abanico de conductas que pueden tipificar la indebida destinación de dineros públicos es amplio.

³³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de mayo de 2014, consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00, sentencia del 28 de marzo de 2017. MP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Expediente 11001-03-15-000-2015-00111-00 (PI).

³⁴ Lo es por definición del artículo 123 de la Constitución.

³⁵ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 3 de octubre de 2000. MP: Darío Quiñones Pinilla. Expedientes AC 10529 y AC 10968.

³⁶ Pedro González Tobarra – José Ramón Rodríguez Carbajo, Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 157.



asociado era un asunto que se confiaba a la decisión de un organismo de dirección. En este punto resultan significativas las consideraciones sobre la prohibición formal en España de los denominados <<Tribunales de Honor>>: <<Esta exclusión determina que todo ese modo de actuar contra ciudadanos, por funcionarios o miembros de una corporación profesional que sean, y que implica una total disponibilidad por terceros de su medio de vida sin sumisión a ley alguna, ni material ni procesal, es radicalmente incompatible con la libertad y la seguridad jurídica (...)>>³⁷.

43.- El proceso de pérdida de investidura tiene una finalidad distinta a la de la *institución*. El proceso es el instrumento a través del cual cualquier ciudadano puede ejercer esta acción, con la importante finalidad prevista en la Constitución Política. Pero tiene como finalidad *garantizar* los derechos fundamentales del congresista y, dentro de ellos, el derecho a no ser sancionado sino por una conducta previa y claramente definida en la Constitución o la ley. Esas conductas no pueden ser establecidas por la *jurisprudencia* y mucho menos pueden <<concretarse en cada caso particular>>.

44.- Así mismo, y refiriéndose a normas totalmente abiertas que permiten una total discreción del aplicador de la sanción, la Corte Constitucional, al declarar la inexecutable del artículo 48 del Código Disciplinario Único que consagraba como falta gravísima celebrar negocios <<incompatibles con el buen nombre y prestigio>>, señaló:

<<En efecto, las expresiones *el buen nombre y prestigio*, referidas a la institución pública de que se trate en cada caso en concreto, no permiten llevar a cabo la remisión normativa, la interpretación sistemática o la determinación del alcance normativo de estas expresiones, como sí es posible respecto de los términos “*negocios incompatibles con la institución*”. Es así como los vocablos “*buen nombre y prestigio*” referidos a la institución pública, no permiten la configuración adecuada del tipo disciplinario por parte del operador disciplinario, **ya que constituyen conceptos subjetivos que no posibilitan la concreción objetiva, taxativa y específica del tipo de conductas que dan lugar a la afectación de la institución, determinación que queda entonces delegada a la interpretación subjetiva y discrecional de la autoridad disciplinaria, dando lugar a la arbitrariedad, en desmedro del debido proceso del disciplinado.**

Así las cosas, dada la textura extremadamente abierta y no determinable de estas expresiones, **el precepto legal acusado quedaría a la libre apreciación subjetiva del funcionario que ejerce la potestad disciplinaria, ante la ausencia de criterios y pautas objetivos que permitan determinar cuáles son y en qué consisten las conductas que afectarían el buen nombre o prestigio de la institución a la que pertenezca el servidor público. (...)**

Por el contrario, en criterio de esta Corte y como lo ha mencionado su jurisprudencia en casos análogos, se trata de expresiones subjetivas, vagas, imprecisas e indeterminadas que como tales admiten multiplicidad de contenidos, **dependen de las concepciones individuales, convicciones y opiniones personales, de los cánones morales y éticos del intérprete respecto de lo que para él significa “*el buen nombre y prestigio*. (...)**

Lo anterior, conduce a una vulneración del principio de reserva legal en cuanto es el intérprete y no el legislador quien termina determinando el contenido de la hipótesis normativa>>³⁸.

³⁷ Eduardo García de Enterría – Tomas Ramón Fernández citados en Castillo Blanco, Federico, Función pública y poder disciplinario del Estado, Civitas, Madrid 1992.

³⁸Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



C.- La tipicidad como imperativo para el legislador y para el juez y la inaplicación del <<efecto útil de las normas>> al proceso de pérdida de investidura

45.- La tipicidad es (i) una exigencia para el *legislador*, que debe consagrar una disposición que establezca de manera clara y precisa la conducta sancionable, y (ii) para el juez que debe aplicarla textualmente o interpretarla de manera restrictiva, lo que implica no *extender* la sanción a conductas que no están expresamente contenidas en ella y que el Congresista no podía razonablemente considerar como constitutivas de la causal.

<<El principio de tipicidad a que hemos venido haciendo referencia no apunta meramente a la previa definición legal de que habla el artículo 23 de la carta sino esencialmente a que la descripción legislativa de las conductas delictivas o contravenciones sea de una claridad e inequívocidad tales que **“el juzgador judicial o administrativo pueda aprehender su real alcance y significado al realizar el respectivo proceso mental de adecuación típica sin necesidad de recurrir a caprichosas complementaciones que los sacarían del terreno de la interpretación en que ha de moverse y lo colocarían en el de la abusiva y peligrosa creación legal”** ³⁹

<<Alejandro Nieto anota que “ no basta simplemente que la ley aluda a la infracción lo que se requiere es que **la ley contenga una descripción de los elementos necesarios y esenciales de la transgresión y si realmente ello no ocurriese se produce un incumplimiento del mandato legal de la tipificación**” Se trata como puede apreciarse, de dos maneras que convergen a cumplir la tipificación: en la ley para que ésta describa la conducta y la sanción; y tipificación en la aplicación de la misma para que la administración adecue el hecho jurídico al tipo descrito. El primero es un mandato constitucional al legislador el segundo una orden a la administración>>⁴⁰.

46.- En la evolución jurisprudencial de que se da cuenta en la sentencia del 28 de marzo de 2017⁴¹, invocada por el demandante, se advierte que, en una primera etapa, el Consejo de Estado consideró que la *destinación de dineros públicos* interpretada de manera restrictiva era una conducta que sólo podría desarrollarse por los presidentes del Senado y de la Cámara que son quienes fungen como ordenadores del gasto y en tal condición pueden autorizar erogaciones para finalidades distintas de las previstas en el presupuesto. Al considerar que el alcance de la norma sería muy reducido, con lo cual ella se volvería <<*inane*>>, la jurisprudencia estimó que esta conducta podía verificarse, de manera directa, cuando era desarrollada por quien <<*administra directamente el erario*>> o de manera indirecta por los congresistas que <<*no tiene(n) competencias de ordenación del gasto, pero a través de su actuación tiene(n) injerencia en este*>>, en eventos en los cuales su intervención fuera determinante para que los recursos públicos no fueran bien utilizados.

47.- El hecho de que la interpretación restrictiva de la norma conduzca a que ella solo puede ser aplicada en casos excepcionales, no autoriza al intérprete a realizar una

³⁹ Salvamento de voto del doctor Álvaro Luna Gómez a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1000 del 01/06/1982, citado por Jaime Ossa Arbeláez en Derecho Administrativo Sancionador Legis, 2009, p. 219.

⁴⁰ Ossa Arbeláez, Derecho Administrativo sancionador Legis, 2009, p. 220.

⁴¹ Consejo de Estado, sala plena, sentencia del 28 de marzo de 2017, con Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI), ponente, Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.



interpretación extensiva de la misma, bajo la justificación de que de lo contrario ella quedaría <<vacuada de contenido>> o sería <<inane>>. El principio del efecto útil es una regla de interpretación de las estipulaciones contractuales, contenido en el artículo 1620 del Código Civil, de acuerdo con el cual <<el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno>>. La doctrina se ha referido a la doctrina del efecto útil como una regla de interpretación pragmática; frente a una cláusula, se prefiere que el acuerdo entre las partes produzca efectos jurídicos a que no lo haga; se estima que si las partes se refirieron a determinado pacto fue para incluirlo y no para excluirlo. En ese sentido, se indica lo siguiente:

<<El pragmatismo contenido en esta cláusula oculta también un valor que subyace a esta regla interpretativa: *es preferible que exista derecho a que no exista, que exista un efecto jurídico a que no exista (...)* si dos contratantes celebraron un contrato en cuya ejecución aparecieron tensiones interpretativas, es seguro afirmar que, por lo menos, ambos quisieron celebrar un contrato que tuvieran efectos jurídicos en su relación intersubjetiva de contenido patrimonial.

(...) Si existen discrepancias sobre la interpretación acerca de un término, una obligación, un derecho o una cláusula, debe asumirse, en todo caso, que no existe discrepancia sobre la intención común de *que el negocio jurídico produzca efectos jurídicos, independientemente de que no haya acuerdo de qué efectos.*

La regla de interpretación del efecto útil de los contratos también conocida como la conservación del negocio jurídico (favor contractus) es la preferencia de la interpretación (como resultado) que le asigne efectos jurídicos sobre otra interpretación (como resultado) que no genere efectos jurídicos>>⁴².

48.- En la base de esta interpretación se encuentra la idea de que si las partes celebraron un acuerdo, este debe producir un efecto jurídico y su consecuencia consiste en preferir la **existencia de un derecho de contenido patrimonial** a su inexistencia. El principio del efecto útil impone al juzgador preferir la interpretación normativa que produzca algún efecto sobre aquella que no lo produzca, porque la consecuencia de la norma es la creación de un derecho. Ello, por supuesto, no aplica en materia sancionatoria, porque aquí **la consecuencia de darle efectos a la norma que no establece con claridad el alcance de una conducta es imponer una sanción que no está claramente prevista en la norma**: el debido proceso constitucional y, particularmente, el principio de tipicidad haría incompatible la búsqueda de una sanción cuando el supuesto de hecho no es claro. El sistema jurídico sí prevé un efecto en ese caso: no sancionar al investigado.

49.- La Corte Constitucional en una sentencia de tutela⁴³, cuyas consideraciones fueron transcritas luego en la sentencia SU-073 de 2020, hizo referencia a la extensión jurisprudencial de la causal a conductas no previstas en ella y consideró que no era <<irrazonable>>. Esa sentencia, sin embargo, no avala este tipo de interpretación y sus

⁴² Parra Herrera, Nicolás, Temperamentos Interpretativos: interpretación del contrato, la ley y la Constitución. Bogotá: LEGIS, 2018, pp. 127 y 128.

⁴³ T-055 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.



pronunciamientos posteriores han acogido una línea restrictiva acorde con el mandato del artículo 29 de la C.P.

50.- Se lee en esta sentencia que negó la tutela:

<<Finalmente y en lo que al presunto defecto sustantivo respecta, ha de decirse que no ignora la Sala que toda la materia sancionatoria está gobernada por el principio de tipicidad y, a diferencia de otras ramas del derecho, **no es posible llenar la ausencia de una disposición legal acudiendo a normas semejantes (*analogía legis*) o incluso, con interpretaciones extensivas** pues en tal caso, con toda certeza, se lesionarían postulados como el de la seguridad jurídica y, fundamentalmente, el derecho al debido proceso (artículo 29 C.N.).

Pero, con todo, aceptar el limitado alcance que se le pretende dar a las disposiciones previstas en la ley 5º de 1992, equivaldría a enervar la eficacia jurídica de la causal de pérdida de investidura que en su momento **se halló probada, atendiendo circunstancias meramente formales, que no se compadece con la transparente y acrisolada gestión que se espera de quienes integran la rama legislativa del poder público.**

Así las cosas, concluye entonces esta Corporación, que si bien el alcance que el Consejo de Estado le da a la causal de *indebida destinación de dineros públicos* puede ser discutida jurídicamente desde distintos ángulos, tal interpretación **no puede ser concebida como un ostensible quebrantamiento del orden jurídico o como la “invención de una nueva causal”** que constituya un defecto sustantivo, en detrimento del principio de legalidad en la aplicación de sanciones que comprometen el artículo 40 de la Carta. La consistente jurisprudencia de esa autoridad judicial en la materia, la imposibilidad de percibir en tal interpretación una manifiesta arbitrariedad jurídica, la interpretación semántica de la norma y la separación de las interpretaciones propias del proceso penal de las específicas del proceso pérdida de investidura, le impiden a esta Corte concluir que hubo un análisis **abiertamente irrazonable** en las decisiones del Consejo de Estado respecto de la figura, que comprometa fehacientemente los derechos fundamentales a los que alude el actor. Por consiguiente, se desestima la causal de vía de hecho invocada^{44>>⁴⁵.}

51.- La circunstancia de que la Corte no haya tutelado una sentencia del Consejo de Estado que se fundó en una interpretación extensiva de la causal no legitima tal interpretación. No solo porque la función jurisdiccional al proferir una sentencia de *segunda instancia* tiene como propósito la revisión sin restricciones de la sentencia apelada —lo que no limita la posibilidad de revocarla a los eventos en los cuales dicha decisión es <<*abiertamente irrazonable*>> como ocurre en la tutela—, sino porque existen argumentos suficientes para considerar que la interpretación extensiva de un precepto sancionatorio no se puede justificar en el <<*efecto útil*>> de las normas ni en el propósito de la institución de la pérdida de investidura.

D.- La indebida disposición de dineros públicos no es una <<*norma en blanco*>>, y frente a ella no puede aplicarse la flexibilidad del derecho disciplinario frente a las <<*normas de textura abierta*>>, ni autorizarse la analogía o la interpretación extensiva

⁴⁴ Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-055 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.



52.- Para establecer si el Congresista *destinó indebidamente dineros públicos* es necesario comparar la conducta imputada con la previsión normativa interpretada de manera restrictiva. Y, previo a lo anterior, resulta importante relevar es que esta disposición no puede considerarse como una <<*norma en blanco*>> que suponga llenar su contenido por remisión a otras disposiciones que definan cuándo se incurre en ella.

53.- Sobre las normas en blanco la doctrina ha precisado que <<*en esta clase de normas el legislador no define por completo el contenido de la acción constitutiva de la infracción, sino que se limita a dar una orden o establecer una prohibición cuyo contenido concreto no resulta de la misma norma sancionadora sino de otra norma no sancionadora (...) Por un lado, sí establece la sanción y por otro lado establece un mandato positivo o negativo, y el contenido de ese mandato es que está regulado por otra norma que no es sancionadora, de modo que la concreta descripción del tipo resulta de la orden o prohibición y de lo que disponga la norma no sancionadora*>>⁴⁶. En este caso no nos encontramos frente a una norma en blanco que requiera acudir a otras disposiciones para determinar cuál es el alcance.

54.- Tampoco puede considerarse que nos encontramos ante una norma de textura abierta, que autorice a la jurisprudencia a establecer las <<*conductas específicas que la configuran*>>. La doctrina ha precisado que mientras en las normas en blanco el juzgador se remite a otras disposiciones para completar el contenido de la conducta típica, las normas de textura abierta contienen conceptos <<*indeterminados*>>. La dificultad en este caso radica en que la determinación de la conducta puede terminar dependiendo de la interpretación del juzgador. Por esta razón se anota que <<*la utilización de estas cláusulas abiertas debiera limitarse, en realidad suprimirse, si se quiere ser respetuoso con el principio de tipicidad y de seguridad jurídica*>>⁴⁷.

55.- Las causales de pérdida de investidura están consagradas en normas jurídicas que tienen una estructura de regla (un supuesto de hecho que, en el evento de cumplirse, genera una sanción jurídica) y no tienen la estructura de principios (mandatos de optimización). Por lo tanto, la indebida destinación por designación de funcionarios sólo podría darse cuando se prueba que el congresista postuló a alguien para que cumpliera un fin legalmente prohibido. A *contrario sensu*, la causal no se configura en los eventos en los que el congresista postula a alguien que no tiene un rendimiento óptimo o adecuado en el cumplimiento de sus funciones. Esto equivaldría a decretar la pérdida de investidura por la violación de un principio (violación del principio de eficiencia en la destinación del dinero público). Aceptar lo contrario, como lo hizo la sentencia de primera, implicaría un amplio margen de discrecionalidad, porque al juez le correspondería estudiar si el principio se cumplió en mayor o en menor medida: ¿el funcionario postulado por el congresista cumplió *bien* o *mal* sus labores? ¿si las cumplió mal, porque por ejemplo el proyecto de ley que redactó el funcionario fue declarado inexecutable, haría procedente la indebida destinación? Eso no es admisible en derecho sancionatorio,

⁴⁶ Pedro González Tobarra – José Ramón Rodríguez Carbajo, Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 117.

⁴⁷ Castillo Blanco, Federico, Función pública y poder disciplinario del Estado, Civitas, Madrid 1992, p. 267.



porque la conducta sancionable debe ser un supuesto de hecho claro que se cumple o se incumple; no un principio o mandato de optimización que se cumple en mayor o menor medida.

56.- Si bien es cierto que la Corte Constitucional ha señalado que la regla de tipicidad puede ser más flexible en los <<procesos disciplinarios>> que en los procesos penales, tal atenuación **(i)** no implica considerar que el funcionario competente sea quien debe determinar las conductas sin estar vinculado al texto de disposición sancionatoria y **(ii)** no aplica para la pérdida de investidura porque este proceso no tiene como propósito general o global sancionar al congresista por incurrir en faltas en el desarrollo de sus funciones. Tiene como propósito sancionar conductas específicas con una consecuencia específica, única y muy grave: la pérdida de su investidura.

57.- En esta materia la Corte Constitucional ha dicho:

<<No obstante y como ya se mencionó, si bien el principio de tipicidad es plenamente exigible en el derecho disciplinario, éste se aplica con una mayor flexibilidad y menor rigurosidad en este ámbito. Lo anterior, por cuanto “la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad”⁴⁸.

5.5 En relación con la primera de las diferencias mencionadas, esta Corporación ha admitido la validez, desde el punto de vista constitucional, de que las normas que fijan deberes o faltas disciplinarias constituyan “tipos abiertos” o “conceptos jurídicos indeterminados”. (i) El concepto jurídico de “tipos abiertos” hace referencia a “aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria” (ii) Por otra parte, la categoría de “conceptos jurídicos indeterminados” se refiere a “aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas”. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha precisado, que los conceptos jurídicos indeterminados, lejos de permitir al operador jurídico interpretar y decidir libremente en su aplicación, se encuentran sujetos a una única solución en el asunto en concreto de que se trate, en cuanto “el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión”, y estos conceptos a pesar de la indeterminación deben ser precisados al momento de su aplicación de manera armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales, y de acuerdo con las disposiciones que regulan la institución jurídica en concreto a la cual se refieren⁴⁹.

Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha admitido expresamente que en materia disciplinaria es válido el uso de conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando la forma típica tenga un carácter determinable al momento de su aplicación, para lo cual es

⁴⁸ Ver las Sentencias C-244 de 1996, C-564 de 2000, C-404 de 2001 y C-181 de 2002, entre otras.

⁴⁹ Véase sentencia C-371 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



necesario que en el ordenamiento jurídico, en la Constitución, la ley o el reglamento se encuentren los criterios objetivos que permitan complementar o concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada, de lo contrario vulnerarían el principio de legalidad al permitir la aplicación discrecional de estos conceptos por parte de las autoridades administrativas.⁵⁰

<<La razón que fundamenta la admisibilidad de los “tipos abiertos” en el derecho disciplinario radica en la necesidad de salvaguardar el principio de eficiencia de la función pública (C.P. art. 209). Esta Corporación ha reconocido que exigir una descripción detallada en la ley disciplinaria de todos los comportamientos susceptibles de sanción, conduciría en la práctica a tener que transcribir todo el catálogo de deberes, mandatos y prohibiciones que se imponen a los servidores públicos en las distintas normas jurídicas, traduciéndose dicha exigencia en un obstáculo para la realización coherente, ordenada y sistemática de la función disciplinaria y de las finalidades que mediante ella se pretenden, cuales son, “*la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado*”>>⁵¹.

58.- La misma Corte ha precisado que el proceso de pérdida de investidura tiene una naturaleza distinta al del proceso disciplinario:

<<37. La pérdida de investidura es un juicio de carácter **sancionatorio** a través del cual se castiga a los parlamentarios *-en ejercicio o aun cuando este hubiere cesado-* que incurran en conductas reprochables por contrariar el interés general, la ética o la dignidad que ostentan.

Si bien se ha entendido que esta institución efectúa un control de tipo disciplinario, lo cierto es que se trata de un proceso autónomo e independiente de aquellos que adelantan autoridades administrativas que, en todo caso, se cobija con los principios del derecho punitivo en la medida que comporta una restricción seria de derechos fundamentales, comportando de paso consecuencias aflictivas reductoras de los márgenes de acción que el encartado tiene como ciudadano colombiano. En tal medida, garantías fuertes como los principios de dignidad humana, legalidad, debido proceso, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad⁵² son de la esencia de esta especie de derecho sancionador>>⁵³.

59.- Los congresistas deben cumplir las funciones de su cargo y el incumplimiento de las mismas les acarrea sanciones disciplinarias como a todos los funcionarios públicos. La comisión de determinadas conductas especialmente graves les genera la pérdida de investidura. Por esta razón el Consejo de Estado también ha considerado que aquí debe aplicarse de manera estricta el principio de legalidad previsto en el artículo 29 de la C.P., conforme con el cual <<*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*>>. El alcance de lo anterior en el juicio de pérdida de investidura ha sido estudiado por la Sala Plena, así:

<<El principio de legalidad de la sanción es parte integrante del derecho al debido proceso, en cuanto se considera que una de las garantías sustanciales que componen ese derecho

⁵⁰ Al respecto puede consultarse la sentencia C-530 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, mediante la cual la Corte analizó la constitucionalidad de la expresión “*maniobras peligrosas e irresponsables*” consagrada en el Código Nacional de Tránsito Terrestre. Así mismo, ver también la sentencia C-406 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en donde la Corte estudió algunas atribuciones de la Superintendencia de Valores para imponer medidas correccionales a las instituciones financieras. Ver igualmente la Sentencia C- 762 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵¹ Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵² Ib (sic)

⁵³ Corte Constitucional, sentencia SU-474 de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



es aquella que exige la determinación clara, precisa y concreta, de un lado, de la conducta objetivamente reprochada y, de otro, de la pena, castigo o sanción que se ha de imponer a quienes incurran en ese comportamiento, acto o hecho proscrito en la Constitución y en la Ley. Y su operancia no se restringe a los asuntos penales, sino que tiene plena validez en el campo de la actividad sancionatoria jurisdiccional y administrativa, pues la propia Carta ordena que 'el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.'

La finalidad del principio de legalidad de las sanciones responde en igual medida a la finalidad del debido proceso, que no es otra que garantizar las libertades de los administrados frente a la arbitrariedad judicial o administrativa, en este caso, mediante el señalamiento legal y previo de las conductas proscritas y las sanciones respectivamente aplicables.

En esta forma, para la Sala es claro que el principio de legalidad de la sanción, en cuanto hace parte integrante del debido proceso, puede concretarse en la exigencia de la existencia de una ley previa que fije la conducta objeto de sanción, la cual debe ser precisa en la determinación de la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse; pues con ello se busca limitar al máximo la facultad discrecional de la administración o de los jueces en ejercicio del poder sancionatorio que le es confiado>>⁵⁴.

60.- Si se estima que la disposición que describe la conducta y la sanción no puede simplemente *aplicarse*, sino que se trata de una disposición que debe *interpretarse* para determinar el alcance de la conducta sancionable, esa interpretación debe ser *restrictiva*, lo que comporta la *interdicción* de extender sus términos haciendo *similitudes*. Esta *interdicción* se justifica porque estamos ante una norma *sancionatoria* en la que el demandado cuenta con la garantía de la legalidad de la sanción.

61.- Admitir interpretaciones analógicas o extensivas implicaría desconocer el principio de legalidad. Implicaría permitir que sea el juez, al momento de resolver el proceso, quien termine estableciendo si se ha estructurado la causal con la conducta imputada al congresista. La Corte Constitucional ha señalado sobre este particular :<<*De acuerdo con los principios que rigen el debido proceso, de legalidad y tipicidad, sólo es posible derivar la falta y la sanción de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, siendo importante resaltar que las causales de pérdida de investidura no pueden ser de creación jurisprudencial pues en materia sancionadora se impone una interpretación restrictiva, lo que excluye aplicar una interpretación extensiva o analógica*>>⁵⁵.

62.- Aunque la doctrina discute si la interpretación extensiva y la analogía pueden distinguirse, se considera que a través de la segunda se crean normas para llenar lagunas legislativas y por esto se estima que ella atenta más gravemente contra el principio de legalidad, en la medida en que en la interpretación extensiva se parte del propio texto para *extenderlo* o para darle un alcance más amplio: <<*en esta última una norma prevé el caso pero no con la suficiente amplitud para responder al espíritu de la ley en estos*

⁵⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, sentencia del 23 de mayo de 2006, Rad. 11001-03-15-000-2004-00527-00(REVPI). C.P.: Tarsicio Cáceres Toro.

⁵⁵ Sentencia T-1285 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



casos el intérprete extiende la palabra de la ley para adecuarla a su espíritu; por el contrario la analogía ni el espíritu ni la letra de la ley han previsto el supuesto>>⁵⁶.

63.- La analogía es la <<extensión de la ley a casos no previstos en ella, sobre la base de que el mismo criterio valorativo que fundamenta la regla legal le es aplicable, añadiendo que el razonamiento analógico discurre de lo particular a lo particular, de los casos previstos por la ley a los no previstos, y se apoya en la premisa implícita de que el criterio valorativo contenido en la ley despliega una eficacia que más allá de los límites textuales se extiende a la totalidad de los casos en que sea abstractamente aplicable (...) en el razonamiento por analogía se comienza por obtener inductivamente una proposición universal de la que después se deduce la conclusión analógica>>⁵⁷. Ella no es permitida porque implica establecer judicial o jurisprudencialmente una conducta que la ley no ha previsto expresamente como sancionable.

64.- Con la interpretación extensiva ocurre lo mismo: si se estima que la disposición que describe la conducta y la sanción no puede simplemente *aplicarse*, sino que se trata de una disposición que debe *interpretarse* para determinar el alcance de la conducta sancionable, esa interpretación debe ser *restrictiva*, lo que comporta la *interdicción* de extender sus términos haciendo *similitudes*. Por eso se señala que la interpretación restrictiva es <<a contrario>> para excluir las hipótesis que no incluyó el legislador y no <<a simile>> para hacerla *extensiva*.

Tercera parte: la imputación por la cual se decretó la pérdida de investidura no está probada ni en su aspecto objetivo, ni en su aspecto subjetivo

65.- En el fallo de primera instancia se considera que se estructuró la indebida destinación de dineros públicos porque el Congresista certificó que un miembro de la UTL cumplió sus funciones sin *verificar* que ello fuera así. En ese sentido, se concluye que los mecanismos para controlar al funcionario no fueron adecuados o *suficientes*. Y porque se constató que las funciones desarrolladas por el funcionario no tenían conexidad con los proyectos de ley en los que intervino el Congresista.

66.- En las conclusiones de la parte final del fallo de primera instancia se lee:

<<274. Dado que el proceso de pérdida de investidura que se sigue contra el señor Representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache señala que el parlamentario **incurrió en la indebida destinación de dineros públicos porque certificó el cumplimiento de labores del señor Jahir Alexander Mena Quiñones, quien se desempeñó en el cargo de Asistente I de la UTL, sin que este hubiere cumplido sus funciones**, lo probado en el proceso lleva al grado de certeza acerca de **la aquiescencia que tuvo el parlamentario para con el señor Mena Quiñones, respecto del incumplimiento de las funciones de su cargo y de que le fueran remunerados, en forma inmerecida**, el periodo comprendidos entre el 10 de abril y el 21 de mayo de 2018.

⁵⁶ Castillo Blanco, Federico, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid 1992, p. 277.

⁵⁷ Castillo Blanco, Federico, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid 1992, p. 276.



275. Conforme con lo anterior, al analizar las diferentes pruebas que obran dentro del proceso y valorarlas a la luz del principio de la sana crítica, encuentra esta Sala lo siguiente:

276. De conformidad con el último inciso del artículo 388 de la Ley 5 de 1992, modificado por las leyes 186 de 1995 y 868 de 2003, **le correspondía al congresista Hernán Gustavo Estupiñán Calvache certificar el cumplimiento de labores de los empleados de su Unidad de Trabajo Legislativo.**

277. En desarrollo de dicha atribución el congresista en mención autorizó el 17 de mayo⁵⁸ y el 14 de junio de 2018⁵⁹, el pago de los salarios del mes de abril y mayo de 2018, al señalar: (...) *“me permito certificar a usted que las personas relacionadas a continuación han cumplido en forma eficiente con sus respectivas obligaciones –dentro de ellas se encuentra el señor Jahir Alexander Mena Quiñones”.*

278. Se acreditó que el señor Jahir Alexander Mena Quiñones, una vez posesionado en el cargo de Asistente I de la UTL, durante los 61 días que estuvo vinculado a la UTL, excluyendo el periodo de su incapacidad, **organizó la reunión del 3 de marzo de 2018, respecto de la cual, como se pudo corroborar, no se desprendió la actividad legislativa relacionada con el Acto Legislativo 02 de 2018, ni con el proyecto de ley que inició su trámite legislativo para fijar un régimen tributario especial para las zonas fronterizas o para la presentación de alguna iniciativa por parte del Representante a la Cámara, relacionada con el saneamiento ambiental referido a la potabilización del agua en Tumaco.**

279. Con todo lo anterior se pone de presente que el señor Representante a la Cámara **certificó hechos que no correspondieron a la realidad, pues hizo constar que el referido empleado de su UTL cumplió eficientemente sus labores durante los meses de marzo, abril y mayo, cuando ello no era así.**

280. En el caso del cumplimiento de funciones certificado respecto del mes de marzo de 2018, se tiene **que el parlamentario se abstrajo voluntaria y conscientemente del cumplimiento de su deber funcional de controlar y vigilar el efectivo desempeño de las funciones del señor Mena Quiñones como Asistente I de su UTL, pues no estableció mecanismos oportunos, idóneos y adecuados que le permitieran corroborar dicho cumplimiento** ni que lo informado verbalmente por sus coordinadores con respecto al trabajo de enlace territorial, correspondía a la realidad.

281. Respecto del cumplimiento de funciones que certificó el congresista sobre los periodos comprendidos entre el 1 de abril y el 20 de mayo de 2018, quedó acreditado que el Representante a la **Cámara incurrió en indebida destinación de dineros públicos a título dolo, porque para el momento en que expidió las certificaciones, esto es, el 17 de mayo⁶⁰ y el 14 de junio de 2018, respectivamente, tenía pleno conocimiento de que el señor Mena Quiñones no desempeñó la función de enlace territorial que le asignó como Asistente I de la UTL.**

282. En efecto, el congresista, **a pesar de conocer que el empleado no presentó los correspondientes informes de labores ni se trasladó a Bogotá para desempeñar las mismas, pues en tal sentido se le habían impartido sus instrucciones, y habiéndole informado el coordinador directo de la UTL en Ipiales que el señor Mena Quiñones no comunicaba sus actividades ni respondía oportunamente cuando se lo requería, autorizó injustificadamente el pago de los correspondientes salarios y emolumentos.**

⁵⁸ Expediente. Cuaderno 2. Folio 343 y anverso.

⁵⁹ Expediente. Cuaderno 2. Folio 344 y anverso

⁶⁰ Expediente. Cuaderno 2. Folio 343 y anverso.



283. Así pues, el comportamiento del congresista es reprochable no sólo porque denota ausencia total de cuidado y diligencia al momento de expedir la certificación correspondiente al mes de marzo de 2018, porque omitió injustificadamente verificar en forma previa el efectivo cumplimiento de las funciones del Asistente I, sino también porque de manera intencional autorizó el pago de los salarios y emolumentos correspondientes a los meses de abril y mayo, contando en este momento con certeza acerca del desconocimiento de los deberes funcionales por parte del señor Mena Quiñones.

284. Así pues, como quiera que sus certificaciones de cumplimiento de funciones son la base legal para que se pague la remuneración mensual a los empleados de su UTL, **era su deber supervisar, controlar y vigilar que las personas que hacen parte de su equipo de colaboradores cumplan sus funciones conforme a la ley, así como abstenerse de destinar indebidamente los dineros públicos, remunerando trabajos no realizados.**

285. En estas condiciones, como requerimiento indispensable para la configuración de la causal⁶¹, la Sala concluye que el señor Representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, en el marco de su competencia funcional⁶², **tuvo injerencia voluntaria, consciente, inmediata y determinante en el pago de salarios efectuado al señor Jahir Alexander Mena Quiñones, Asistente I de su UTL, durante los períodos comprendidos entre el 1 de marzo y el 21 de mayo de 2018, lapsos durante los cuales este empleado solamente cumplió la función de enlace territorial con la comunidades de Tumaco, organizando la reunión del 3 de marzo de 2018, a la que asistió el parlamentario.**

286. En consecuencia, como el señor Mena Quiñones no desempeñó las funciones del empleo que le asignaron y el congresista autorizó el pago de los mismos en los términos ya señalados, de dicho comportamiento se deriva que el señor Representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, **propició voluntariamente la aplicación diferente de los dineros públicos y con ello distorsionó la finalidad prevista para los mismos⁶³, pues con su aquiescencia se hicieron pagos de salarios y emolumentos injustificados** sin que mediara justa causa en su comportamiento, con lo cual privilegió el interés particular del señor Jahir Alexander Mena Quiñones en contravía del interés general, cual es, la defensa del patrimonio público. En consecuencia, debe perder su investidura como congresista>>>.

A.- El fallo de primera instancia extiende la indebida destinación de dineros públicos a conductas que no deben incluirse dentro de la causal

67.- En el caso de la *destinación indebida de dineros públicos* su interpretación restrictiva impone, de una parte, no agregar supuestos o condiciones que ella no contiene (como el de que el congresista sea *ordenador* del gasto), para limitar injustificadamente su alcance. De otra parte, implica no incluir hipótesis fácticas que ella no consagra; la interpretación restrictiva de la norma impone fijar su alcance sin introducir conductas no incluidas en la causal.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de mayo de 2007, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 11001-03-15-000-2006-01268-00, accionante: Luis Hernando Velásquez Bravo, accionado: Efrén Antonio Hernández Díaz.

⁶² Consejo de Estado, sentencia del 8 de agosto de 2001, consejero ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, expediente: AC-10966 y AC-11274, accionante: Procuraduría Tercera Delegada ante lo contencioso administrativo y otro, accionado: Darío Saravia Gómez.

⁶³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de abril de 2008, consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, expediente: 11001-03-15-000-2007-01231-001, accionante: Luis Ernesto Correa Pinto, accionado: Germán Antonio Aguirre Muñoz.



68.- La disposición consagra una conducta *personal* del congresista que puede realizarse al momento de *destinar* los dineros públicos. No pueden incluirse dentro de ella conductas que ocurran con posterioridad; una vez se ha producido lo anterior, lo relacionado a cómo se ejecutan las labores para las cuales fueron *destinados* esos dineros y el control sobre ellas no forma parte de la *destinación* de los dineros. No puede entenderse que la causal se estructura *también* por lo que ocurra con posterioridad a la *destinación* y no puede entenderse que la *debida destinación* del dinero público comprenda también la *debida ejecución* de la actividad para la cual fue destinado, o la *indebida utilización del dinero público*, considerando que el acto de *destinar* no comprende únicamente la correcta *determinación de su destino*, sino que ella implica determinar la *destinación final* y controlar su correcta utilización. Al igual que ocurre con la *desviación de poder* que genera la anulación de un acto o de contrato, ella es determinada por el *funcionario* que lo profiere o lo celebra y ocurre en el momento de la expedición o de la suscripción.

69.- Tal y como se indicó en la primera parte, postular un funcionario público con el único objeto de que le transfiera el salario recibido al congresista o a un tercero, pactando que no realizará ninguna función propia de su cargo, estructura la causal, porque es un hecho propio del congresista que ocurre cuando se *dispone* (indebidamente) la destinación de un dinero público. Si no se da por probado este supuesto, no puede considerarse que la falta de control sobre la prestación del servicio por parte del servidor designado también estructure la causal. No puede concluirse que la causal se estructura no solo por *destinar indebidamente dineros públicos*, sino también por *propiciar* que otros (el funcionario designado) no cumplan las funciones que debían cumplir y, por ende, los dineros públicos (que fueron correctamente destinados) terminen perdiéndose o utilizándose ineficientemente.

70.- Decretar la pérdida de investidura de un congresista porque no *verificó* adecuadamente si el funcionario cumplió el servicio que debía desarrollar, porque no estableció un mecanismo idóneo para hacerlo, porque no debió confiar en los informes verbales de los funcionarios delegados para cumplir esta función, o porque se estima que las funciones desarrolladas por el servidor no guardan conexión con el servicio, implica adoptar una decisión que viola gravemente principio de legalidad de las sanciones. Estas actividades no corresponden a la *destinación* de los dineros públicos. Corresponden a la *utilización del dinero público*.

71.- Extender la *destinación* del dinero público al *control de su utilización* implica hacer una interpretación *extensiva* de la conducta prevista como causal de pérdida de investidura. Implica considerar que el congresista no solo incurre en ella desarrollando una conducta *activa*, que consiste en determinar voluntaria y conscientemente que al dinero público previsto para pagar el salario de un funcionario le dará un *destino indebido* (pagar un favor político y exigirle al designado compartir el salario que recibe), sino que también incurre en la causal cuando lo que hace es obrar negligentemente en el control de un funcionario designado y de este modo permite la indebida *utilización* del dinero público.



72.- Considerar que la *destinación* del dinero público no solo se refiere a la decisión de determinar para qué finalidad se debe utilizar, sino que comprende también evitar su indebida utilización, porque en tal caso se <<traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento para los dineros públicos>>, implica incluir dentro de la noción de <<determinar>> que quiere decir <<ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto>>⁶⁴, una conducta distinta.

73.- No puede configurarse la destinación indebida de recursos públicos por no controlar si un funcionario de la UTL cumplió su trabajo. Esa conducta no se tipificó como causal de pérdida de investidura, ni se dijo cuándo o de qué manera podría incurrirse en ella y no existen tampoco disposiciones que señalen cómo debe cumplir el congresista esta función y cuáles son las actividades o verificaciones que debe hacer para poder certificar el cumplimiento de las labores. Tampoco se indicó que un congresista incurriría en pérdida de investidura cuando la tarea que cumple un funcionario de la UTL no se vea reflejada en su trabajo legislativo o cuando el congresista certifique el cumplimiento sin verificarlo previamente.

74.- La doctrina también ha dicho en este punto que la aplicación del principio de legalidad en los procesos sancionatorios abarca la necesidad de una ley **previa** y una ley **clara**:

<<Cronológicamente, la primera manifestación de la legalidad fue el mandato de tipificación de una norma previa. **Con la ley previa se pretendía lograr una seguridad jurídica que se consideraba imprescindible tanto para el ciudadano como para las instituciones públicas. La ley previa permitía, en efecto, al ciudadano “saber a qué atenerse” en la confianza de que no se iba a castigar por una conducta que de antemano no estuviere calificada de reprochable. Pero no se trataba sólo de esta garantía individual: es que gracias a ella se privaba a las autoridades de su potestad de imponer sanciones concretas al margen de la ley...**

Con el transcurso del tiempo, sin embargo, esta primera conquista empieza a quedarse corta y a ella se acumulan nuevas exigencias. **Por un lado, se impone que la *lex previa* sea también *lex certa* en el sentido de precisa. La precisión normativa es un paso más en el recorte de facultades a que se estaba sometiendo a las autoridades sancionadoras. Porque si con la ley previa se les había cercenado la facultad de crear infracciones y sanciones. Con la ley cierta se trataba de evitar, además, que pudiesen operar con excesivo margen personal en la aplicación de la norma ya que cuanto más precisa es una ley, de menos margen disponen el intérprete y el operador jurídico.**

De esta forma se llega al mandato de tipificación: **una fórmula técnica que acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma.** Las infracciones y las sanciones no sólo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable, sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley>>⁶⁵.

75.- Ahora bien, podría discutirse que definir el alcance de la destinación indebida de recursos exige una labor hermenéutica. No obstante, como consecuencia del debido proceso constitucional, también es claro que la interpretación de una norma constitucional

⁶⁴ R.A.E.

⁶⁵ Nieto, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Editorial Tecnos, p. 199.



sancionatoria debe ser *restrictiva*. Sobre todo en este proceso disciplinario *sui géneris*, en el cual la única sanción prevista por la Constitución es la pérdida de la investidura de un congresista en forma permanente. Por tal razón, incluso si se admitiera que existen dos interpretaciones válidas de la conducta consistente en destinar dineros públicos —la primera consistente en considerar que la destinación solo se presenta cuando se determina la realización del gasto y la segunda que ella comprende también lo que ocurre después incluyendo el control posterior de su utilización—, el juzgador debe preferir la primera, porque esa es la interpretación *restrictiva* de la norma que debe aplicar en este proceso.

76.- La Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

<<La gravedad de la sanción que se impone, exige que el proceso de pérdida de investidura se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, y culpabilidad⁶⁶

<<En este orden de ideas, los jueces deben propender por la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos, pues se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas en materia sancionatoria o anulatoria se lleve a cabo sin acudir a criterios extensivos o analógicos, y tome en cuenta el principio de legalidad, y en últimas, de acuerdo con los criterios "*pro-homine*", derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano>>⁶⁷.

B.- La certificación del cumplimiento de las funciones como <<condición para pagar la remuneración al funcionario>> y como presupuesto objetivo de la imputación

77.- La imputación de indebida destinación de dineros públicos se estructura en la demanda a partir de la afirmación según la cual fue <<*con base en la certificación de cumplimiento realizada por el Representante a la Cámara*>> que se le pagaron salarios al funcionario de la UTL, sin que este hubiera ejercido ninguna función.

78.- Sobre este punto se señala en el fallo de primera instancia:

<<109.- La cuarta, que, **para pagar la remuneración prevista para los empleados y contratistas de la UTL, corresponde al parlamentario expedir la certificación de cumplimiento de labores**, derivándose de ello, junto con la potestad nominadora, que cada congresista funge como superior jerárquico y funcional de los empleados y contratistas que integran su respectiva unidad (...)

115.- Como al tenor de estas disposiciones las UTL tiene como propósito el cumplimiento eficiente de las labores legislativas de los congresistas, a quienes la ley les otorga tanto la potestad nominadora respecto de sus integrantes, pues son empleados de libre nombramiento y remoción, como la obligación de certificar su cumplimiento, por lo que cada parlamentario funge como superior jerárquico y funcional de los empleados de su UTL, **le corresponde ejercer oportuna y debidamente, los controles que resulten necesarios para asegurar el cumplimiento de las funciones por parte de sus**

⁶⁶Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁷Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



subordinados para asegurarse que el dinero público con el que se remuneran, corresponde al cumplimiento de las funciones que a cada empleo le corresponden>>.

79.- La consideración acerca de que el dinero con el que se remunera al funcionario que no ha cumplido es propiciada por el Congresista, en la medida en que si este no hubiese certificado el cumplimiento eficiente de las labores no se le habría pagado tal remuneración, parte de considerar que tal certificación es un requisito necesario para que se realice el pago. Pero, en realidad, el artículo 388 de la ley 5 de 1992 no establece tal condición; dicha norma sólo dispone que *<<la certificación de cumplimiento de labores de los empleados y/o contratistas de la Unidad de Trabajo Legislativo, será expedida por el respectivo Congresista>>*.

80.- La norma no dispone que el pago del salario esté sujeto a la expedición de la certificación de cumplimiento. Una norma con una disposición semejante atentaría contra el derecho *<<fundamental>>* a la remuneración de los funcionarios públicos, y contra su derecho al *<<debido proceso>>* que supone que el salario por incumplimiento de funciones o por abandono del cargo sólo puede dejar de pagarse luego del agotamiento de un procedimiento administrativo en el que el funcionario haya sido participado. La norma tampoco señala cómo se debe verificar el cumplimiento de labores de los miembros de las UTL: únicamente señala que su certificación es expedida por cada congresista. Y no puede perderse de vista que la normativa colombiana no le asigna a ningún funcionario público la función de *verificar* que cada uno de sus empleados cumpla estrictamente sus deberes.

81.- El derecho al pago oportuno del salario es, como lo ha afirmado la Corte, un derecho fundamental que, como tal, merece protección a través del mecanismo de la tutela. Al respecto en la sentencia SU-995 de 1999 esta Corporación sostuvo:

<<De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental. La cumplida cancelación del salario está íntimamente ligada a la protección de valores y principios básicos del ordenamiento jurídico, que velan por la igualdad de los ciudadanos, el ideal de un orden justo, el reconocimiento de la dignidad humana, el mínimo material sobre el cual puede concretarse el libre desarrollo de la personalidad, y se realiza el amparo de la familia como institución básica de la sociedad. [...] No puede olvidarse que la figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.). [...] Además, no puede perderse de vista que, como la mayoría de las garantías laborales, el pago oportuno de los salarios es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales ya comentados, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador. Alrededor del trabajo se desarrolla una compleja dinámica social que está ligada a la realización de proyectos de vida digna y desarrollo, tanto individuales como colectivos que, por estar garantizados por la Carta Política como fundamento del orden justo, deben ponderarse al momento de estudiar cada caso particular">>.



82.- Al congresista no le corresponde <<*firmar la nómina*>> y la consecuencia que acarrea certificar indebidamente las labores de un funcionario, cuando esta función la desempeñaba la Contraloría, consistía en restituir la suma indebidamente *pagada* al funcionario. En este punto el Decreto 1647 de 1967, reza:

<<**ARTÍCULO 1º.**- Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal. (Ver artículo 7 Decreto 1706 de 1989) **ARTÍCULO 2º.**- Los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo anterior, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal. Ver los Decretos Nacionales 1838 y 1844 de 2007 **ARTÍCULO 3º.**- Los funcionarios que certifiquen como rendidos servicios que no lo fueron; **además de las sanciones penales por falsedad en que puedan incurrir, estarán obligados al reintegro de los sueldos o remuneraciones indebidamente pagados.>>**

83.- Ahora bien, en lo relativo a la *firma de la nómina* por la autoridad competente en cada entidad, el Decreto 1083 de 2015 dispone:

<<**ARTÍCULO 2.2.5.5.56.** Pago de la remuneración de los servidores públicos. El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

El jefe inmediato deberá reportar al jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces, **la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002**, y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

La Unidad de Personal o quien haga sus veces requerirá al servidor público que no concurra a laborar sin previa autorización de la autoridad competente para que informe, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al hecho que genera la ausencia, los motivos que la ocasionaron. El jefe del organismo o en quien este delegue evaluará si hubo justa causa para no asistir.

Cuando los motivos dados por el servidor no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no justifiquen la inasistencia, el jefe del organismo o en quien este delegue, informara al servidor para que presente los recursos a que haya lugar.

Si el jefe del organismo o en quien este delegue decide que la ausencia no está justificada deberá proceder a descontar el día o los días no laborados.

El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normativa vigente.>>

84.- El mismo decreto, en relación con el abandono del cargo dispone:



<<**ARTÍCULO 2.2.11.1.9 Abandono del cargo.** El abandono del cargo se produce cuando un empleado público sin justa causa:

1. No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.
2. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.
3. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el presente decreto.
4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de remplazarlo.

ARTÍCULO 2.2.11.1.10 Procedimiento para la declaratoria del empleo por abandono del cargo. Con sujeción al procedimiento administrativo regulado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, el jefe del organismo deberá establecer la ocurrencia o no de cualquiera de las conductas señaladas en el artículo anterior y las decisiones consecuentes.

PARÁGRAFO. Si por el abandono del cargo se perjudicare el servicio, el empleado se hará acreedor a las sanciones disciplinarias, fiscales, civiles y penales que correspondan>>.

85.- El artículo 388 de la ley 5 de 1992 no se refiere a certificar la *asistencia a laborar de los miembros de la UTL*, sino al cumplimiento de sus labores, lo que con más razón implica que el funcionario no puede ser privado de su salario por la ausencia de tal certificación. Y aunque la Directora Administrativa de la Cámara de Representantes indicó que <<*esta es la prueba idónea de la que habla el artículo 388 para proceder al pago*>>⁶⁸, este presupuesto no puede inferirse de su testimonio, sino que debe fundarse en el análisis de la disposición legal que establece esta función.

86.- Por último, también se anota que el Consejo de Estado ha condenado en acción de repetición a funcionarios que han generado condenas contra el Estado por declarar indebidamente el abandono del cargo de un servidor público. En sentencia del 24 de marzo de 2017, expediente No 50.032, la Sección Tercera, Subsección C, señaló:

<<De manera que, la Subsección encuentra probado que durante el periodo en que los demandados se desempeñaron como Magistrados del Tribunal Administrativo del Magdalena suscribieron el Acuerdo No.011/01 que declaró el abandono del cargo de la señora Irene Patricia López, sin permitirle ejercer su derecho al debido proceso y a la defensa, pues como bien lo manifestó el Consejo de Estado en la sentencia que declaró la nulidad del referido acto, “antes de proferir el acto de retiro por abandono del cargo la autoridad nominadora debía adelantar una audiencia, en donde la afectada pudiera exponer los argumentos por los cuales se ausentó...”.

<<En conclusión, no cabe duda para la Subsección que la conducta de los demandados al proferir el acto administrativo que declaró el abandono del cargo de la señora Irene Patricia López Bovea, estuvo revestida de culpa grave, pues no se respetaron las garantías mínimas de la funcionaria que le permitiera ejercer su derecho al debido 69 Fls.1

⁶⁸Minuto 4:34:05 de la audiencia del 5 de junio de 2019 (fl. 475 del Cuaderno 3).



a 6 C.2 70 Fls.17 a 19 C.2 71 Fls.22 y C.2 72 Fls.26 y 27 C.2 73 Fls.28 a 32 C.2 45 Expediente 50.032 Actor: Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Acción de repetición proceso, contradicción y defensa establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y el Decreto 1660 de 1978 (...)

Por los argumentos antes expuestos, la Sala puntualiza que los demandados están llamados a responder patrimonialmente por la suma a la que fue condenada la Rama Judicial por su actuar gravemente culposo>>.

C.- La falta de demostración del elemento subjetivo de la imputación hecha en la sentencia de primera instancia

87.- Para decretar la pérdida de investidura era necesario, por mandato del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, demostrar el elemento subjetivo de la causal teniendo en cuenta la modificación introducida por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019, que dispone: *<<el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta **dolosa o gravemente culposa**, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución>>*.

88.- Lo primero que se advierte es que no podía darse por probado el elemento subjetivo exigiendo simplemente la configuración de la *<<culpa>>*, sino que era necesario determinar si el Congresista incurrió en *<<culpa grave>>*, así la conducta por la cual es juzgado hubiese ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 2003 de 2019, en la medida en que, tratándose de un proceso sancionatorio, aplica la ley favorable así sea posterior a los hechos.

89.- La Sección Primera del Consejo de Estado señaló sobre este particular:

*<<95. Se debe advertir que el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, modificado por el artículo 4° de la Ley 2003 de 2019, ..., **norma posterior a los hechos que se juzgan pero que resulta aplicable al presente caso en virtud del principio de favorabilidad en la medida en que, por un lado, la situación no se encuentra consolidada; y, por el otro, establece una situación más favorable al demandado relativa que el elemento subjetivo.** Por ello, en el presente asunto, se deberá acreditar que la conducta desplegada por el acusado lo fue **con dolo o culpa grave.***

96. En relación con el análisis de la culpabilidad en los procesos de pérdida de investidura esta Sección acogió los planteamientos esbozados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-424 de 2016 y esbozó en la sentencia de 25 de mayo de 2017, su posición en relación con este aspecto, la cual ha sido reiterada por esta Sala en las decisiones de 8 de junio de 2017, de 2 de agosto de 2017, 21 de septiembre de 2017, 12 de octubre de 2017, 20 de octubre de 2017, 27 de octubre de 2017, 10 de noviembre de 2017, 1 de febrero de 2018, 26 de abril de 2018, 10 de mayo de 2018, 24 de mayo de 2018, 8 de junio de 2018, 4 de octubre de 2018, 3 de mayo de 2019, 16 de mayo de 2019, 13 de junio de 2019 y 19 de septiembre de 2019.

97. La Corte Constitucional, en la precitada sentencia destacó que la gravedad de la sanción que comporta el medio de control de pérdida de investidura, esto es, no solo la desvinculación del cargo de elección popular, sino la imposibilidad futura de volver a ocupar un cargo de la misma naturaleza, impone que el proceso se adelante con observancia del debido proceso y, particularmente, de los principios pro homine, in dubio



pro reo, legalidad, objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad>>⁶⁹

90.- Y la Corte Constitucional sobre el punto dijo:

<<8.11. Entonces, (i) por ser el proceso de pérdida de investidura de naturaleza sancionatoria, durante su trámite los jueces competentes deben observar cuidadosamente la totalidad de las garantías del debido proceso y, en especial, de aquel que materializa el *ius puniendi* del Estado, entre ellas, **el principio de favorabilidad, que supone la aplicación de la norma más favorable al procesado, aun cuando sea posterior (art. 29 C.P.)**. (...)

8.12. En el anterior orden de ideas, la Sección Primera del Consejo de Estado al emitir las sentencias cuestionadas por los accionantes Daniel Silva Orrego y Jaime Echeverry Marín, en las que se declaró de oficio la caducidad sobreviniente del medio de control de pérdida de investidura por ellos ejercido, no incurrió en una aplicación indebida del artículo 6 de la Ley 1881 de 2018, pues, en efecto, esa era la norma que regulaba los casos concretos y, por ello, no puede predicarse la configuración de un defecto material o sustantivo.

(...)

La Sala considera que, contrario a lo expresado por el accionante, la sentencia del Consejo de Estado que se cuestiona tiene pleno sustento en la normativa constitucional, especialmente en el artículo 29 de la Carta, que señala que en materia sancionatoria “*la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*” (...)

Al analizar la decisión proferida por el Consejo de Estado, la Sala encuentra que la misma se corresponde con los fines de la institución de la pérdida de la investidura, pues, debido a su *carácter sancionatorio especial*, el juzgamiento de las conductas de los congresistas y los otros miembros de las corporaciones públicas de elección popular debe acatar los principios que integran el debido proceso, entre ellos, el principio de favorabilidad.>>⁷⁰.

91.- Ahora bien, en relación con la forma como debe hacerse el juicio de culpabilidad en el marco de la pérdida de investidura, la Corte Constitucional ha señalado:

<<38. Además de lo anterior, interpretando la Constitución y los instrumentos internacionales, la Corte en la sentencia SU- 424 de 2016 insistió en la naturaleza sancionatoria de los procesos de pérdida de investidura y la necesidad de realizar un juicio de culpabilidad previo a determinar la imposición de la sanción. Al respecto, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

“Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso **sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva**, y las sanciones que se adopten en ejercicio del *ius puniendi* deberán verificar la ocurrencia de **una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad)**, **contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad)** y culpable.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 4 de febrero de 2021, rad. 68001-23-33-000-2020-00089-01(PI). C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁷⁰Corte Constitucional, SU-516 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.



Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, **esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.**

En ese sentido, el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.”

En dicha sentencia, se reiteró que si el parlamentario demandado incurrió objetivamente en alguna de las causales establecidas en la Constitución y la Ley, debe analizarse además si esta fue cometida con culpabilidad -dolo o culpa- es decir, si el congresista “conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión, aspecto que implica verificar si se está ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa”⁷¹. Se trata pues, de una exigencia acumulativa, esto es, que se precisa la presencia de ambas para decretarla, de lo contrario, la pretensión de retirar la investidura, no se abrirá paso>>⁷².

92.- Y la doctrina, en relación con la necesidad de la culpabilidad y del principio de la personalidad de las sanciones, agrega:

<<la erradicación de la responsabilidad objetiva y la correlativa exigencia del elemento subjetivo del dolo o la culpa en la configuración de la infracción administrativa, conlleva el acogimiento del principio de personalidad de las sanciones pues este es corolario de la responsabilidad subjetiva... Queda claro, pues, que el derecho a la presunción de inocencia exige tanto la certeza de los hechos imputados como la de la culpabilidad de su autor, esto es, de que el hecho es atribuible a su autor a título de dolo o culpa.... Si la exigencia de dolo o culpa es el núcleo de sustancia del principio de culpabilidad, el **principio de personalidad de las sanciones es la corteza que lo recubre..., Si la responsabilidad cayera sobre persona ajena a los hechos, además de vulnerarse el principio de personalidad de las sanciones se lesionaría el principio de dolo o culpa pues supondría la asunción de un régimen de responsabilidad objetiva.** Al hacerse recaer el gravamen que la sanción representa sobre quién no ha participado en los hechos es evidente que se que se prescinde del elemento subjetivo de la infracción esto es del dolo o la culpa (...)>>⁷³.

93.- Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que el requisito legal de la culpabilidad debe demostrarse en relación con la conducta prevista como causal de pérdida de investidura, se concluye que las pruebas obrantes en el expediente no acreditan que el Congresista hubiese desplegado de manera consciente y voluntaria una conducta dirigida a *destinar indebidamente dineros públicos*.

94.- Como quedó dicho antes, para acreditar la primera imputación de la demanda era necesario acreditar el Congresista postuló al funcionario de la UTL solo con el fin de pagar un favor político y exigiéndole compartir el salario. Esa imputación no se dio por

⁷¹Cfr. Sentencias SU-632 de 2017 y SU-424 de 2016.

⁷²Corte Constitucional, SU-474 de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁷³Ángeles de Palma del Teso, el principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Tecnos, Madrid 1996, p. 60 a 65.



demostrada en el fallo de primera instancia, y en la medida en que el demandante no apeló, el análisis de las pruebas relativas a esta imputación no se hace en este fallo. Sin embargo, se anota que tal afirmación solo la hizo el señor Jahir Alexander Mena (funcionario designado), ante los medios de comunicación. El mismo señor Mena, al rendir declaración en este proceso, desmintió lo dicho y en la sentencia se advierte que en el proceso se hizo referencia al parentesco del señor Mena con el diputado Gustavo Quiñones Casanova y que de tal relación se deduce un <<trato especial>> dispensado al funcionario; pero no se da como demostrado que el Congresista lo hubiese designado solo para pagar un favor político y menos que le hubiese exigido compartir el salario.

95.- Al estudiar la culpabilidad, se afirma en la sentencia de primera instancia:

<<264.- Como el Representante a la Cámara se abstrajo del cumplimiento diligente de su deber respecto del señor Mena Quiñones, **pues conscientemente dejó en sus subalternos realizar dicho deber, conociendo que de ello dependía la debida destinación de los dineros públicos** por razón de la remuneración de las funciones ejecutadas por del Asistente I en Tumaco, y **no se acreditó en este proceso que el enlace territorial desarrollara tarea distinta a la de organizar la reunión del 3 de marzo de 2018, su conducta se tornó imprudente y carente de la diligencia exigible de cualquier servidor público** que tiene la condición de superior jerárquico y funcional, referida a controlar el cumplimiento de las funciones de sus subalternos.

265.- Sumado a lo anterior, el hecho de que el señor Mena Quiñones fue nombrado en la UTL encontrándose el Congreso de la República en receso y a 10 días de llevarse a efectos los comicios electorales del 11 de marzo de 2018, contienda en la que se encontraba inmerso el Representante a la Cámara, **constituyen indicios adicionales de que el trabajo de enlace territorial que se le asignó al señor Jahir Alexander Mena Quiñones no contó con el debido control y vigilancia por parte del Representante a la Cámara, pues como el mismo parlamentario lo manifestó en su testimonio, a finales de marzo los coordinadores le informaron que existía algunos trabajos pendientes por parte del Asistente I, sin embargo no desplegó conducta alguna encaminada a que cesara el incumplimiento de funciones por parte del señor Mena Quiñones.**

266.- Como lo anterior quedó corroborado por el testimonio de Garzón Almeida, quien afirmó que el Representante a la Cámara siempre estuvo informado de las dificultades que rodeaban el trabajo del enlace territorial de Tumaco, lo que se constata con estos indicios es que el señor congresista Hernán Gustavo Estupiñán Calvache se abstrajo de verificar el cumplimiento de las funciones del **señor Mena Quiñones, a pesar de conocer las dificultades y obstáculos que se presentaban en su desempeño, con lo cual privilegió el interés particular del Asistente I en detrimento del patrimonio público** (...)

268.- Dicho comportamiento resulta ser evidencia clara del favorecimiento que tuvo el Representante a la Cámara respecto del trabajo de enlace territorial con las comunidades de Tumaco, que como Asistente I de la UTL le asignó a Jahir Alexander Mena Quiñones, pues certificó el cumplimiento de sus labores a sabiendas de que no realizó dicho trabajo y no cumplió con sus instrucciones, al punto, inclusive, **de que a pesar de que solicitó la declaratoria de insubsistencia a partir del 16 de mayo de 2018⁷⁴, permitió que se extendiera el efecto fiscal de la misma hasta el 21 de mayo de 2018**

269.- Lo anterior, porque al certificar el cumplimiento correspondiente al mes de mayo, el Representante sustentó la certificación en la Resolución 1033 del 16 de mayo de 2018

⁷⁴ Expediente. Cuaderno 3. Folio 440.



expedida por la Directora Administrativa de la Cámara de Representantes, en la que está funcionaria dispuso la declaratoria de insubsistencia a partir del 21 de mayo de 2018 y no desde el 16 de mayo como él mismo lo solicitó.

270.-Es decir, la vinculación del señor Mena Quiñones estuvo vigente hasta el 20 de mayo inclusive, sin ninguna justificación; **y a pesar de conocer esta situación, el parlamentario se abstuvo de solicitar los correctivos requeridos a efectos de que no se le pagaran días respecto de los cuales, en orden a su solicitud, no habían sido laborados pues ya no estaba vinculado como empleado de la UTL.(...)**

283.- Así pues, el comportamiento del congresista es reprochable no sólo porque denota **ausencia total de cuidado y diligencia** al momento de expedir la certificación correspondiente al mes de marzo de 2018, porque omitió injustificadamente verificar en forma previa el efectivo cumplimiento de las funciones del Asistente I, **sino también porque de manera intencional autorizó el pago de los salarios y emolumentos correspondientes a los meses de abril y mayo, contando en este momento con certeza acerca del desconocimiento de los deberes funcionales por parte del señor Mena Quiñones.**

284.- Así pues, **como quiera que sus certificaciones de cumplimiento de funciones son la base legal para que se pague la remuneración mensual** a los empleados de su UTL, era su deber supervisar, controlar y vigilar que las personas que hacen parte de su equipo de colaboradores cumplan sus funciones conforme a la ley, así como abstenerse de destinar indebidamente los dineros públicos, remunerando trabajos no realizados.>>

96.- Este planteamiento implica deducir la culpabilidad, que es un presupuesto subjetivo que impone estudiar la conducta particular del congresista, a partir de un razonamiento *objetivo* propio del concepto de culpa civil, contemplado como presupuesto de la obligación de reparar perjuicios. Implica comparar <<en abstracto>> la conducta del Congresista con la de un funcionario que diligentemente cumple las labores de controlar el cumplimiento del trabajo por parte de sus subalternos y lo que se requiere para sancionar es acreditar la conciencia y voluntad para desarrollar la conducta constitutiva de pérdida de investidura.

97.- La determinación de la culpa en abstracto supone que el juzgador establezca un estándar de conducta que estime adecuado (el del buen padre de familia en el Código Civil) para compararlo con la conducta desarrollada por el demandado, atendiendo solo las circunstancias externas: no se determina cómo o por qué el congresista obró concretamente y de determinada manera. Esto, a diferencia de la culpabilidad para sancionar: esta supone analizar la conducta concreta del demandado para poder hacer un juicio de reproche sobre la misma y poder determinar si obró con conciencia o voluntad personal de desarrollarla.

98.- Si la ley expresamente dispone que nos encontramos ante un juicio de responsabilidad *subjetiva*, la exigencia de este presupuesto (culpa grave) no puede darse por satisfecha con una consideración *objetiva* sobre el mismo.

99.- La *culpa grave* en el contexto del derecho sancionatorio no consiste en <<*no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios*>> (art. 63 del C.C.), porque ese análisis es *objetivo* compara la conducta del deudor con la de un deudor diligente en sus mismas



circunstancias <<externas>> para determinar si cumplió o no el contrato y si debe indemnizar el perjuicio causado. La *culpa grave*, como presupuesto de *culpabilidad*, se configura cuando —analizada en concreto la conducta del demandado— se evidencia una negligencia de tal magnitud que permite inferir que, aunque el demandado está consciente y conoce el resultado de su acción, desarrolla su conducta. Es por esta razón que ella también permite hacer un reproche subjetivo como presupuesto para imponer una sanción:

<<La culpa grave entra en la categoría de las culpas, de lo que denominamos hoy los cuasidelitos; por consiguiente, de las culpas no intencionales: el autor del daño no ha deseado la realización del mismo. Entonces ¿por qué asimilarlo al delito, al *dolus*? La razón tradicional de esta distinción está en que la negligencia o la imprudencia cometida es tan grosera, que apenas si es creíble que su autor no haya deseado, al obrar, causar el daño que se ha producido (...)

(...) Si, en esta hipótesis, no se considerara que ha habido delito, se estaría desarmado ante los que negaran su mala intención y se atrincheraran detrás de su torpeza o de su inexperiencia. La maldad misma, como se ha dicho, adoptaría la máscara de la tontería. Para cortar por lo sano esa defensa, era necesario crear una presunción: la ley supone probada, en el autor de una culpa muy grave, la intención de dañar>>⁷⁵.

100.- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado sobre este particular:

<<Frente a estos conceptos el Consejo de Estado ha dicho que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que **debe tener en cuenta las características particulares del caso** que debe armonizarse con lo previsto en los artículos 6 y 90 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos>>⁷⁶.

101.- A partir de la afirmación según la cual los congresistas <<*tienen la obligación de velar porque sus subalternos cumplan de manera eficiente y eficaz sus obligaciones*>> y deben <<*buscar los mecanismos para determinar el cumplimiento de las funciones de sus subalternos*>> se infiere que <<*si dichos controles no son idóneos debido a su propia conducta, su responsabilidad puede verse comprometida*>> o que se incurre en tal responsabilidad cuando se delega la labor de control a otros funcionarios porque <<*su conducta se tornó imprudente y carente de la diligencia exigible de cualquier servidor público que tiene la condición de superior jerárquico y funcional, referida a controlar el cumplimiento de las funciones de sus subalternos*>>, se deduce una culpa objetiva que no es el presupuesto exigido por la ley para sancionar.

102.- Ahora bien, así se considerara que certificar indebidamente el cumplimiento de las labores estructura la *indebida destinación de dineros públicos*, lo cierto es que la culpabilidad en relación con dicha conducta tampoco se acreditó en el proceso, en la medida en que no se demostró que el Congresista de manera consciente y voluntaria

⁷⁵ H y L. Mazeaud, Tomo primero, volumen II, página 62.

⁷⁶ Sentencia de 31 de agosto de 1999, exp. 10865, M.P. Ricardo Hoyos Duque. Posición reiterada en sentencias de 25 de agosto de 2011, exp. 20117, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 25 de marzo de 2015, exp. 35061, M.P. Hernán Andrade Rincón (e).



hubiese certificado que el funcionario cumplió las labores de su cargo para que pudiera obtener el pago de su salarios sin haber prestado el servicio, propiciando de esta manera una utilización indebida de un dinero público.

103.- En el presente caso está probado que el Representante estableció un esquema para verificar el cumplimiento de las funciones de los miembros de la UTL, y las consideraciones que puedan hacerse sobre la idoneidad de dicho sistema no pueden fundamentar la culpabilidad del Congresista porque no prueban que haya desarrollado consciente o voluntariamente una conducta dirigida a <<propiciar>> que se <<utilicen>> indebidamente los recursos públicos por un tercero. Deducir la culpabilidad de la falta de idoneidad del control adoptado por el Congresista desconocería la naturaleza subjetiva asignada por la ley al juicio de responsabilidad para decretar la pérdida de investidura.

104.- De las declaraciones rendidas en el curso del proceso se deduce con claridad que el Representante estableció que dos miembros de su UTL fungirían como coordinadores del trabajo de los demás, y que estos dos miembros reportaban directamente al Demandado si los demás funcionarios cumplían sus labores. Las siguientes pruebas permiten indicar llegar a esa conclusión:

104.1.- Jahir Mena quien, ante la pregunta de si existieron informes, indicó que <<siempre hubo desde el primer momento (...) Yo siempre con mentiras. Ellos siempre eran muy rigurosos, especialmente Camila Ortega. Ella especialmente que se encargaba de esos trámites>>⁷⁷. Y aunque esta declaración está afectada en su credibilidad porque el declarante desmintió en ella lo afirmado ante los medios de comunicación, lo cierto es que coincide con el dicho de los demás testigos, por lo que tiene valor probatorio.

104.2.- María Camila Sánchez Ortega, miembro de la UTL del Representante, indicó que <<el reporte de Jahir fue a través de Javier Garzón y mío. Yo, respecto a todo el tema laboral que hicimos en marzo, yo le reporté lo que habíamos hecho con Jahir, y lo que habíamos avanzado, al representante. Y Javier se lo reportó porque Javier también se reúne con él>>⁷⁸. Esto es concordante con la declaración realizada ante la Procuraduría General de la Nación en la que indicó que era la <<coordinadora>> de los <<temas legislativo y administrativo>> y que en ese rol proyectaba el certificado <<para la firma del representante y él lo suscribe, después de escuchar el informe sobre lo que hemos hecho como grupo y lo que ha hecho cada uno>>⁷⁹.

104.3.- En el mismo sentido, obra en el expediente la declaración juramentada rendida en el proceso disciplinario por Francisco Javier Garzón Almeida⁸⁰, quien indicó además que realizó la reunión del <<3 de marzo de 2018>>. En ese sentido, <<[e]fectivamente, esas reuniones se llevaron a cabo, se habló con varias personas, más de 10 con las que el representante se entrevistó y que él había confirmado previamente>>⁸¹.

⁷⁷Minuto 1:51:00 de la audiencia del 5 de junio de 2019 (fl. 475 del Cuaderno 3).

⁷⁸Minuto 3:08:00 de la audiencia del 5 de junio de 2019 (fl. 475 del Cuaderno 3).

⁷⁹Fl. 283 (anverso) del Anexo 2.

⁸⁰Su testimonio fue solicitado pero rechazado (fl. 250 (anverso) del Cuaderno 2).

⁸¹Fl. 282 del Anexo 2.



104.4.- El mismo Congresista rindió una declaración en la que explicó el esquema de trabajo que estableció para verificar el cumplimiento de las labores:

<<Nosotros en la organización interna de nuestra UTL tenemos unas reuniones periódicas. En Bogotá con Camila, con Juan David. Y en Nariño lo propio con todos los que están integrados. Hacemos una evaluación. Y obviamente si no existe novedad, ni existen situaciones particulares a lo que es la responsabilidad o el cumplimiento de sus funciones, yo certifico y cumplo con lo que la ley me exige. Certificar el cumplimiento de labores. Lo hago de buena fe. Basado en la realidad y en la experiencia que día a día vivimos con cada uno de ellos⁸²>>.

105.- De acuerdo con lo anterior, es claro que existía un esquema de seguimiento de las labores realizadas por los miembros de la UTL, entre los cuales se encontraba el señor Mena y que ese esquema fue aplicado en el presente caso, pues existen declaraciones al respecto. Del hecho de que los coordinadores le informaran al representante que existían dificultades en la comunicación con el señor Mena o trabajos pendientes y que supiera que no había acatado las instrucciones de presentar informes escritos y trasladarse a Bogotá, no puede deducirse que firmó la certificación de labores (proyectada por los mismos coordinadores) con la finalidad expresa de que se le pagara el salario a sabiendas de que no estaba prestando el servicio. Conforme con lo dicho por el Congresista, estas circunstancias determinaron que se solicitara su insubsistencia, lo que descarta inferir que haber permitido el pago de los salarios con posterioridad a la petición de tal medida hubiese tenido el propósito de propiciar que el funcionario recibiera dichos salarios sin prestar el servicio.

D.- La valoración de pruebas no decretadas previamente y la asignación al Congresista de la carga de desvirtuar la imputación

106.- En el curso del proceso se recibieron los testimonios de los coordinadores de la UTL delegados para supervisar las funciones del señor Mena en su condición de miembro de la misma unidad, la del Congresista y la del citado Jahir Alexander Mena. Y, aunque se estimó que existía concordancia en el sentido de la utilidad de las labores del señor Mena para el cumplimiento de la función legislativa del Demandado, sus dichos se descartaron a partir de la valoración de pruebas documentales que no fueron incorporadas debidamente al proceso. A partir de lo anterior se concluyó que no se había demostrado la relevancia de las funciones del señor Mena, con lo cual se desconoció que la carga de acreditar la imputación le incumbía al Demandante y no podía trasladarse al Demandado sin desconocer que está amparado constitucionalmente por la *presunción de inocencia*.

107.- En la sentencia se señala sobre este particular:

<<159.-Como quiera que los tres testimonios apuntaron de manera unívoca, consistente y coherente a que hubo resultados concretos que se lograron por cuenta de las funciones desarrolladas por Jahir Alexander Mena Quiñones como enlace territorial del Congresista

⁸²Minuto 5:22:40 de la audiencia del 5 de junio de 2019 (fl. 475 del Cuaderno 3). Esto es concordante con lo manifestado en la versión libre rendida ante la Procuraduría General de la Nación, la cual sin embargo no fue realizada bajo la gravedad de juramento.



y su UTL en Tumaco y en la región costera de Nariño, en especial derivadas de la reunión que coordinó el Asistente I y que se llevó a cabo el 3 de marzo de 2018, la sana crítica indica que, en la valoración de las exposiciones de los hechos por los testigos, además de tener en cuenta que ellas sean lógicas, consistentes y coherentes, deben estar corroboradas con las demás evidencias acopiadas en el debate probatorio.

160.- Como en este caso no hay evidencia alguna que acredite la materialización de los resultados que le asignan los testigos a la reunión que logró convocar el señor Mena Quiñones el 3 de marzo de 2018 con líderes del territorio tumaqueño y de la costa pacífica, **y teniendo en cuenta que la función del juez y la finalidad del proceso es develar la realidad de los acontecimientos, más aun tratándose de una sanción tan drástica como lo es la desinvestidura de los congresistas, la Sala corroboró con la información pública que reposa en las fuentes oficiales del Congreso de la República, cuál ha sido el curso de las iniciativas a las que hicieron referencia los testigos en materia de la declaratoria de Tumaco como Distrito Especial; saneamiento ambiental –agua potable para Tumaco-, régimen de beneficios tributarios para Tumaco y la zona costera del departamento;>>.**

108.- A partir de lo anterior, luego de hacer referencia a los documentos que adelante se señalan, se afirma en la sentencia que el Congresista no acreditó la relación de los resultados de las reuniones con su función legislativa y que del estudio de tales documentos se infiere todo lo contrario:

<<**183.- En conclusión**, a pesar de que los testimonios de los señores Francisco Javier Almeida Garzón, María Camila Sánchez Ortega y del Representante a la Cámara señalan que la labor de enlace con la comunidad, desarrollada por el señor Mena Quiñones al organizar la reunión del 3 de marzo de 2018, se vinculó directamente con el trabajo posterior de la UTL y del Representante a la Cámara en torno a los proyectos señalados, la corroboración efectuada por la Sala permitió establecer la ausencia de dicha relación y de los frutos atribuidos al desempeño del señor Mena Quiñones como Asistente I de la UTL.

(...)

190.- Si bien es verosímil que el señor Mena Quiñones pudo organizar la reunión sin encontrarse en Tumaco, a dos días de fungir como Asistente I de la UTL y en cumplimiento de su rol de enlace territorial de la misma, **lo cierto es que en el expediente no se acreditó que dicha reunión se relacionó directamente con el ejercicio de las funciones legislativas que corresponden al Representante a la Cámara y para las cuales el legislador creó las UTL como apoyo, en la medida en que ninguno de los testigos, con inclusión del propio Mena Quiñones, pudo ofrecer información concreta y precisa sobre las tareas, actividades y labores que el Asistente I realizó como puente entre las comunidades, la UTL y el Representante a la Cámara>>.**

109.- La afirmación según la cual las labores realizadas por el señor Mena en su condición de funcionario de la UTL no tenían relación la labor legislativa del Congresista no fue hecha por el Demandante en su demanda, razón por la cual el Demandado no tuvo ocasión de pronunciarse sobre ella; y las pruebas en las que se sustentó tal imputación no fueron debidamente recaudadas en el curso del proceso, razón por la cual no tuvo el derecho a contradecirlas.

110.- En la sentencia de primera instancia se valoraron las siguientes pruebas que no fueron decretadas, ni practicadas en el proceso:



- Las <<Gacetas Legislativas 689, 768, 771, 867, 935, 992, 113, 1123, y 1193 de 2017, así como en la 74, 103, 115, 122, 150, 180, 240, 369 y 450 de 2018>>. Igualmente, se consultó la <<gaceta del Congreso número 1056/18>>.
- La información publicada en la página web de la Cámara de Representantes referente a la radicación de un proyecto de ley⁸³, su informe de primer debate⁸⁴ y de segundo debate⁸⁵.
- El Informe de Rendición de Cuentas presentado por el señor Representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache para los periodos 2017-2018 y 2018-2019.
- El Anexo B del Plan Plurianual de Inversiones que obra en la página web del Departamento Nacional de Planeación

111.- Estas pruebas no fueron decretadas en el proceso, razón por la cual no pueden ser valoradas. En efecto, el artículo 21 de la Ley 1881 de 2018 remite al CPACA y al CGP en lo que <<sea compatible con la naturaleza de los procesos>>. El artículo 211 del CPACA indica lo siguiente:

<<ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código>>.

112.- Lo anterior, además, es *concordante* con el artículo 29 de la Constitución que señala que <<[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso>>, lo que indica claramente que una prueba que no haya sido decretada no puede ser valorada por el juez.

113.- El Ministerio Público planteó que, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 177 del CGP, la Sala Especial podía valorar esas pruebas documentales por estar publicadas en la página web de las entidades públicas, consideración que no resulta admisible por las siguientes razones:

113.1.- El inciso final del artículo 177 dispone lo siguiente frente <<resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas>>, así:

<< ARTÍCULO 177. PRUEBA DE LAS NORMAS JURÍDICAS. El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte.

(...)

Estas reglas [sobre las pruebas de las normas] se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente>>.

⁸³ <http://camara.gov.co/index.php/zonas-francas-en-fronteras>

⁸⁴ <http://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2019-05/PONENCIA%20POSITIVA%20%20PRIMER%20DEBATE.pdf>

⁸⁵ <http://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2019-06/TEXTO%20APROBADO%20PL%20271-18-C.docx>



113.2.- La disposición citada es clara en indicar que se aplica a las <<resoluciones, circulares y conceptos>>. Ello no es extensible a cualquier documento que esté en la página web de las entidades. Lo contrario conllevaría desconocer que las pruebas deben allegarse al proceso agotando un trámite que comprende necesariamente su decreto. Y esto implica que las partes carezcan de la oportunidad de ejercer la contradicción de dichos medios probatorios.

113.3.- Lo que dispone el 177 del CGP es que las <<normas jurídicas>> de las entidades y los actos precisos indicados en la disposición, cuando estén publicadas en la página web, no requieren de prueba en el proceso, en la medida en que el *derecho* aplicable para adoptar una decisión no requiere ser acreditado en un proceso, y en la medida en que el medio de publicación general válido de esta normativa particular de tales entidades es su inclusión en su página web. Una cosa es que el juez pueda *aplicar* una norma publicada en la página web de una entidad para adoptar determinada decisión, o tener por probada una <<resolución, circular o concepto, de una autoridad administrativa>> cuando sobre ella verse la decisión que deba adoptar, y otra cosa es considerar que el juez puede valorar como prueba cualquier información que consiga en la página web de una entidad por considerarla *información pública*.

113.4.- En relación con los documentos que se incorporan como medio de prueba en el expediente, las partes no solo pueden controvertir su autenticidad, sino su veracidad y el alcance de su contenido: y eso solo pueden hacerlo cuando la prueba ha sido solicitada y decretada legalmente en el proceso. Solo en esta medida tienen la oportunidad de solicitar otros medios de prueba con el objeto de *contraprobar* lo que se pretende demostrar con los medios solicitados por la contraparte, y tienen la posibilidad de pronunciarse en sus alegaciones sobre el resultado de la prueba practicada y sobre la valoración que, en su concepto, debe dársele al material probatorio recaudado en el proceso.

114.- Incluso admitiendo la posibilidad de que en un proceso de pérdida de investidura se decreten pruebas de oficio⁸⁶, resulta necesario aplicar el artículo 213 del CPACA conforme con el cual <<dentro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio>>.

115.- Todos estos derechos forman parte de la garantía constitucional a <<presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra>> (art. 29 de la C.P.).

III. DECISIÓN

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

⁸⁶ En el salvamento de voto al auto del 19 de mayo de 2021, expediente 11001-03-15-000-2020-04001-0, el ponente expuso las razones por las cuales estima que en la acción de pérdida de investidura no es procedente decretar pruebas de oficio.



RESUELVE:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019 por la Sala de Decisión Especial No. 27 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

SEGUNDO: En su lugar, **NIÉGASE** la solicitud de pérdida de investidura del Representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, elegido para el periodo 2018-2022 por el departamento de Nariño, presentada por el ciudadano José Manuel Abuchaibe Calvache, por las razones expuestas.

TERCERO: Por Secretaría General, **COMUNÍQUESE** esta decisión a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior para lo de su cargo.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones que fueren menester.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

Con aclaración de voto

Con firma electrónica

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

Con salvamento de voto

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica

MILTON CHAVES GARCÍA
Magistrado

Con firma electrónica

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Magistrada

Con salvamento de voto

Con firma electrónica

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado

Con aclaración de voto

Con firma electrónica

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

Con aclaración de voto

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Con salvamento de voto

Con firma electrónica

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Magistrado



Con firma electrónica
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
CARMELO PERDOMO CUÉTER
Magistrado
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Magistrado
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrado
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrado
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Magistrado

Con firma electrónica
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Magistrado
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Magistrado
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL
Conjuez