



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

MAGISTRADA ROCÍO ARAÚJO OÑATE
ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada ponente: Marta Nubia Velásquez Rico
Radicación número: 11001-03-15-000-2023-00145-01
Solicitante: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR
Congresista: Yénica Sugein Acosta Infante, representante a la Cámara
Naturaleza: Pérdida de la investidura

Asunto: Sentencia de segunda instancia. Confirma negar la pérdida de investidura. Causal del artículo 183-4 de la CP, indebida destinación de dineros públicos

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a continuación, expongo los motivos por los que aclaro mi voto en el vocativo de la referencia, por medio del cual se confirmó la sentencia de sentencia de 5 de junio de 2023, proferida por la Sala 4 Especial de Decisión de esta Corporación, mediante la cual se negó la solicitud de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, causal prevista en el artículo 183-4 de la Constitución.

Dicho medio de control fue presentado en contra de la congresista Yénica Sugein Acosta Infante, representante a la cámara por la circunscripción electoral del departamento del Amazonas.

I. Objeto de la decisión

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió el recurso de apelación elevado por el solicitante de la desinvestidura, quien consideró indebida la valoración de las pruebas testimoniales efectuadas por el a quo y errada la conclusión a la que arribó con sustento en ellas, esta es, la ausencia de configuración del tercer elemento constitutivo de la causal constitucional, este es, la “indebida destinación”.

2. Para el apelante, la carencia de prueba documental que permitiera verificar las funciones asignadas y cumplidas en el departamento del Amazonas por la funcionaria de la Unidad de Trabajo Legislativo de la parlamentaria, declaradas por las dos testigos escuchadas en el proceso, es demostrativa de que la congresista incurrió en la indebida destinación de dineros públicos acusada.

II. Decisión de segunda instancia

3. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no accedió al argumento de la apelación. Consideró que: **1.** (...) “La alegada ausencia de prueba documental que respalde los dichos de las testigos no tiene la entidad para restarles credibilidad, en tanto no constituye una tarifa legal o una solemnidad prescrita por el ordenamiento para la eficacia del testimonio, y, por el contrario, la limitación del alcance de la prueba testimonial solo tiene previsión legal en los términos del artículo 225¹ del Código del Proceso, los cuales no tuvieron ocurrencia en

¹ Cfr. CGP. ARTÍCULO 225. LIMITACIÓN DE LA EFICACIA DEL TESTIMONIO. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se



este caso.” (...) **2.** (...) “el supuesto que alega el recurrente, por errada valoración probatoria, no está acreditado, pues de la lectura de las conclusiones probatorias de la sentencia apelada, sustentadas en los testimonios aquí analizados, no se deriva que la Sala Especial de Decisión No. 4 hubiera considerado probados hechos ajenos a los razonablemente resultantes del escrutinio de las declaraciones de las señoras Rodríguez Lozano y Duque Ocampo” (...).

4. El fundamento normativo de esa razón corresponde a la aplicación de los principios de libertad probatoria, libre apreciación de la prueba y carga de la prueba, dispuestos en los artículos 176², 165³ y 167⁴ del Código General del Proceso, aplicables al juicio de pérdida de la investidura por virtud de lo previsto en el artículo 21⁵ de la Ley 1881 de 2018, contentiva del régimen especial que lo regula.

5. El fundamento probatorio responde a la valoración que hizo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de los testimonios rendidos, de cuyos contenidos transcritos a completitud en la providencia, corroboró que las declaraciones fueron responsivas, coherentes y detalladas en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, no fueron objeto de tacha alguna y tampoco se hallaron circunstancias de sospecha en los declarantes.

6. Conforme con todo lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no encontró yerros de apreciación del *a quo*, ni las conclusiones a las que arribó no fueran plausibles y razonables en el marco de la sana crítica y la autonomía funcional.

III. Motivos de la aclaración de voto

7. Aunque comparto la motivación y el sentido de la decisión adoptada, debo aclarar mi voto en relación con el *obiter* consignado en la consideración final de la sentencia y relacionado con la taxatividad del tercer elemento que configura la causal, la “indebida destinación”.

8. En la segunda parte del penúltimo párrafo de la parte motiva del fallo se señaló: “el tercer requisito del elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura invocada, alusivo a la “indebida destinación”, no se encuentra acreditado en el proceso, ya que la vinculación de la señora Otilia Rodríguez Lozano a la UTL de la denunciada tuvo como finalidad el cumplimiento de funciones concretas relacionadas con el desarrollo de su labor en representación de la comunidad del departamento del Amazonas, por el cual fue electa como congresista, funciones que fueron cumplidas por la funcionaria y supervisadas por la persona designada por la congresista.”.

9. Me aparto de esa afirmación porque la finalidad que tenga un parlamentario para que se vincule a un determinado funcionario en su UTL, no es ingrediente normativo

apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.

² CGP. Artículo 176 del CGP. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

³ CGP. Artículo 165 del CGP. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

⁴ Artículo 167 del CGP. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

⁵ Ley 1881 de 2018. Artículo 21. Para la impugnación de autos y en los demás aspectos no contemplados en esta ley se seguirá el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de forma subsidiaria el Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.



de la tipicidad de la conducta de “indebida destinación”, y, por tanto, no cabe su estudio y valoración en clave de la fase objetiva del juicio de pérdida de la investidura. Dicha finalidad, en caso de estar probada, constituye un elemento propio del estudio de la culpabilidad o fase subjetiva del juicio sancionatorio.

10. A esa conclusión se llega de la literalidad del artículo 183-4 de la Constitución Política sobre la cual, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional, tiene sentado que se trata de una norma de textura abierta⁶, pues para dotarla de contenido debe acudir a otras normas jurídicas diferentes a ella, ya que no establece, entre otros aspectos, qué destinaciones están jurídicamente permitidas o cuáles pueden ser consideradas indebidas para efectos de la aplicación de la sanción de pérdida de investidura, ni qué recursos públicos se encuentran sometidos a la destinación que les den los congresistas.

11. Precisamente, como la causal es una norma en blanco introducida en el régimen constitucional sancionatorio de los congresistas, esta Corporación la ha interpretado de forma restrictiva; para ello, ha delimitado con claridad que la indebida destinación de dineros públicos puede acontecer en dos modalidades, directa e indirecta, y a partir de los casos concretos, ha señalado los supuestos fácticos que las configuran, y uno de ellos es el referido a permitir o propiciar que se paguen salarios a integrantes de la UTL que no trabajan o que realizan funciones que no guardan relación alguna con las que corresponden legalmente a la unidades de trabajo legislativo.

12. De acuerdo con lo anterior, es claro que la jurisprudencia de la Corporación⁷ en clave de la indebida destinación de dineros públicos como causal de desinvestidura parlamentaria, corresponde a la interpretación restrictiva⁸ de la Constitución y la ley, pues ha implicado determinar un preciso espectro y un mínimo de situaciones que configuran objetivamente la causal, con lo cual se asegura el efecto útil de la norma constitucional, del cual queda absolutamente desprovisto bajo la lectura del *obiter* del que me aparto.

13. Bajo este contexto, considero incorrecto tener la finalidad o móvil de la vinculación como un ingrediente de la tipicidad de la indebida destinación de dineros públicos, pues dicho elemento sirve para hacer plausibles las razones del congresista para postular a esa persona y permitir la remuneración de su trabajo con dineros públicos, de manera que, en lo objetivo, permite el mejor entendimiento de los hechos ocurridos, y en lo subjetivo, nutre la valoración de la culpabilidad del congresista, a efectos de imponerle, o no, la desinvestidura.

⁶ La Corte Constitucional reconoce la validez de la inclusión de normas en blanco en diferentes regímenes de aplicación del ius puniendi, incluso en materia penal como es el caso de la sentencia C-091 de 2017, en la que la Corte, haciendo referencia a lo indicado en la sentencia C-539 de 2016, señaló, que los tipos penales abiertos son admisibles siempre que la remisión que hacen a otras normas permite determinar la conducta penalizada y si la norma objeto de remisión existe al momento de la necesaria integración del tipo, es determinada, de público conocimiento y respeta los derechos fundamentales, así como que la validez constitucional de los tipos abiertos está sujeta a que el margen de indeterminación sea moderado y a la disponibilidad de referentes para precisar su contenido y alcance.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22.11.2016. MP. Carlos Enrique Moreno Rubio. Expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00. Sentencia del 28.03.2017. MP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Expediente 11001-03-15-000-2015-00111-00. Sentencia del 24.02.2004. MP. Alier Hernández Enríquez. Expediente: 11001-03-15-000-2003-1149-01.

⁸ La Corte Constitucional en sentencia T-555 de 2008, sentó su jurisprudencia en el sentido de que esa interpretación, si bien puede ser discutida jurídicamente desde diversas ópticas, resulta razonable y no arbitraria, razón por la cual no es factible señalar que, con ella, la máxima autoridad judicial a quien corresponde su interpretación (Consejo de Estado), quebrante el artículo 29 superior, o que haya realizado una interpretación extensiva o analógica de la indebida destinación. A su turno, en la sentencia SU-073 de 2020 reiteró la Corte que “En cuanto a la jurisprudencia constitucional, la causal referida a la indebida destinación de dineros públicos fue analizada en la Sentencia T-555 de 2008^[128] en la que se asume el concepto de la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado”.



14. Además, también me resulta inoportuno ese dicho de paso, porque el objeto de la apelación fue la indebida valoración probatoria de los testimonios, dada la ausencia de prueba documental que corroborara que esas funciones le fueron asignadas a la funcionaria de la UTL y que las cumplió. En consecuencia, descartada la ocurrencia de ese yerro, ninguna necesidad había de hacer la indicación a la que he venido aludiendo, máxime cuando tampoco hizo parte de la ratio de la sentencia de primera instancia, pues lo concluido por la sala especial de decisión de primera instancia es que no se halló configurada la indebida destinación de dineros públicos, porque se probó que la Asesora II, señora Rodríguez Lozano:

i) Sí tenía funciones asignadas, dirigidas a la coordinación con las municipalidades, áreas no municipalizadas y comunidades indígenas de la región de la Amazonía; se precisó que, por instrucciones de la congresista, no era necesaria su presencia en la ciudad de Bogotá;

ii) Sus actividades se llevaban a cabo por vía telefónica y por la aplicación WhatsApp, las que incluso cumplió cuando estuvo fuera del país, y eran reportadas a la señora Yeimy Duque Ocampo, a quien la congresista le había encomendado su verificación, por lo que no era dable señalar que la denunciada incumplió su deber de ejercer control del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la señora Otilia Rodríguez;

iii) Las salidas del país que realizó la asesora de la UTL no fueron informadas a la congresista, a la coordinadora de la UTL o al Congreso de la República, tampoco fueron autorizadas por este último.

15. Finalmente, estimo esa afirmación sumamente peligrosa, pues da a entender que sólo se configura la indebida destinación si el nombramiento del funcionario de la UTL fue concebido y logrado por el congresista para defraudar la función legislativa que le confió el mandato popular, con lo cual, queda descartada la posible desinvestidura por cualquier acción u omisión del congresista, que permita, o propicie, la remuneración de un integrante de su UTL a pesar de que con ello su destinación sea indebida.

16. Lo anterior se traduce en el vaciamiento del contenido de la causal por indebida destinación de dineros públicos, pues no sólo la prueba del móvil de una designación es de difícil consecución, sino que, en aquellos casos en que la designación no cumple con esa finalidad, por naturaleza ilegal, pero se prueba que el congresista, con conocimiento de causa, permitió o propició la remuneración de un integrante de su UTL que no cumple las funciones asignadas o que cumple otras no relacionados con su labor congresual, no se entenderá configurada objetivamente la causal.



Radicado: 11001-03-15-000-2023-00145-01
Demandante: José Manuel Abuchaibe Escolar
Aclaración de voto

17. En conclusión, se trata de un ingrediente que no hace parte de la causal, que es irrazonable tal interpretación y al no hacer parte de ninguno de los cargos se trata de un obiter dictum.

En estos términos dejo sentados los motivos de mi aclaración de voto.

Fecha *et supra*,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada
(firmada electrónicamente)