

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá DC, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente:	OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Expediente:	11001-03-15-000-2023-01705-01
Solicitante:	DIEGO VÁSQUEZ CONTRERAS
Demandado:	JAIRO ALBERTO CASTELLANOS SERRANO
Medio de control	PÉRDIDA DE INVESTIDURA

ACLARACIÓN DE VOTO

En consonancia con lo manifestado en la respectiva sesión de la Sala, aclaro el voto frente a la decisión adoptada en la providencia del 31 de octubre de 2023 proferida en el proceso de la referencia, por las siguientes razones:

1) La pérdida de investidura es un proceso jurisdiccional que hace parte de lo que genéricamente se denomina el “*derecho punitivo del Estado*”, es decir, de la potestad sancionatoria de la organización estatal respecto de conductas atribuibles o reprochables de un sujeto; desde mucho tiempo atrás, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia explicó con gran claridad y sindéresis el género antes mencionado, las especies que lo integran y sus características esenciales -cuyo contenido y directriz han sido prohijados por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado-, en los siguientes términos:

“Precísese además, a manera de corolario de los presupuestos ya enunciados, que el DERECHO PUNITIVO es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment), y que por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas estas modalidades específicas del derecho punible, y no solo respecto de una de ellas ni apenas de vez en cuando, las garantías señaladas en la Constitución y en la legislación penal sustantiva y procesal que las desarrolle, las cuales, en sustancia, son las que siguen:

1. El principio de la estricta y preexistente legalidad punitiva o de la certidumbre normativa previa (...) 2. ***El del debido juez competente (...)*** 3. ***El del debido proceso y del derecho de defensa, los cuales exigen el respeto a las formas normadas también preexistentes de procedimiento para cada juicio, la carga de la prueba para el Estado y no para el sindicado, la controversia probatoria plena y previa a la evaluación y decisión y la prohibición no solo de la penalidad sino también del juzgamiento ex-post-facto, (...)*** 4. ***La cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía juris, la analogía legis, o la interpretación extensiva, “in malam partem” o para desfavorecer y en cambio la permisión para hacerlo “in bonam partem” o para favorecer.*** 6. (sic) ***La garantía del “non bis in idem”...*** 7. ***Lo anterior deja entender entonces que siendo del mismo***

género punible el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario, no son de la misma especie, pero que, por lo mismo, por ser especies diferentes de un mismo género, tienen no sólo rasgos propios que los caracterizan y diferencian, sino además, elementos comunes que los aproximan.

Ciertamente, como ya lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia anterior, la Constitución no sigue ni impone escuela o doctrina alguna del derecho punible. Pero lo que sí es claro es que aquella no admite teoría alguna que desconozca los principios y garantía enunciados atrás¹ (se destaca).

Por lo tanto, como se trata de *conductas punibles*, vale decir, con calidad de ser penalizadas o sancionadas, deben manifestarse en un hecho constatable objetivamente (jurídicamente hablando no es posible castigar los pensamientos); pero, es preciso, además, de una parte, la preexistencia en el orden jurídico la tipificación del hecho, pues, el artículo 29 de la Carta ordena aplicar el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas y, de otra, debe estar presente y ser valorado, en cada evento, el elemento intencional o culposo, toda vez que, como bien lo explica el profesor Eduardo García de Enterría, los principios inspiradores del ordenamiento penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como lo refleja la propia Constitución².

2) La causal de desinvestidura alegada en este caso concreto consistió en la *indebida destinación de dineros públicos*, por lo cual el verbo rector implica acreditar que los bienes o recursos estatales tuvieron una finalidad distinta a la prestación efectiva del servicio estatal; en este caso concreto quedó plenamente demostrado que el poder que el Senador demandado confirió a la abogada María Camila Rivera López fue exclusivamente para solicitar copias y notificarse del auto de apertura de una investigación de carácter disciplinario que en contra de aquel dispuso en su momento la Procuraduría General de la Nación, por manera que la funcionaria de la UTL no desarrolló ninguna de las facultades que se confieren de modo específico a los apoderados y previstas en el artículo 77 de la Ley 1564 de 2012 – Código General del Proceso³.

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia de constitucionalidad del 7 de marzo de 1985, exp. 1259, MP Manuel Gaona Cruz. Extracto tomado de “Jurisprudencia y Doctrina”, Edit. Legis SA, Tomo XIV, no. 161, mayo de 1985, págs. 428 y 429. Mediante esta sentencia se juzgó la constitucionalidad de algunas de las normas del Decreto-ley 1835 de 1979, contenido del régimen disciplinario para la Policía Nacional. Consultar igualmente: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 12 Especial de Decisión, sentencia del 7 julio de 2023, expediente no. 11001-03-15-000-2023-001742-00, MP Fredy Ibarra Martínez.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, Editorial Cívitas SA, Madrid, 9ª Ed., 2004, págs. 168 y 169.

³ “Salvo estipulación en contrario, el poder para litigar se entiende conferido para solicitar medidas cautelares extraprocesales, pruebas extraprocesales y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de este, solicitar medidas cautelares, interponer recursos ordinarios, de casación y de anulación y realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente las condenas impuestas en aquella. // El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante. // El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, prestar juramento estimatorio y confesar espontáneamente. Cualquier restricción sobre tales facultades se tendrá por no escrita. El poder también habilita al apoderado para reconvenir y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvencción y la intervención de otras partes o de terceros (...).”

3) En la demanda de pérdida de investidura, el solicitante adujo que *“el congresista en lugar de pagar los servicios profesionales a un abogado, otorgó poder especial a su asesora grado 1 de la unidad de trabajo legislativo- UTL, María Camila Rivera López, para que asumiera la defensa técnica en el mencionado proceso disciplinario”*; además, agregó que los funcionarios que integran las UTL de los congresistas cumplen funciones exclusivamente legislativas y *“no para hacer favores personales a los senadores y representantes, y menos para que ejerzan como abogados para la defensa de aquellos”*.

Como se indicó previamente, el proceso de pérdida de investidura hace parte del derecho punitivo del Estado y, por lo tanto, en este tipo de actuaciones el demandado solo está obligado a defenderse de la acusación que se le hace en la solicitud, esto es, de la causal invocada y de los hechos en que se fundamenta la misma, motivo por el cual no es posible ni es lógico que el sujeto pasivo de la acción corrija, aclare o complemente la acusación que se dirige en su contra ni tampoco que el juez interprete la demanda para cambiar o mutar su contenido y alcance, circunstancia conllevaría una grave e indebida trasgresión de los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso y de defensa.

4) Las causales de desinvestidura pueden ser *“de resultado”* o *“de mera conducta”*; la indebida destinación de dineros públicos requiere la acreditación de un resultado consistente en que se modificó, distorsionó, desvió o alteró el uso de los bienes y dineros estatales para dirigirlos a una finalidad distinta a la preestablecida por el legislador.

En este asunto particular, la parte actora no demostró que se hubieran destinado indebidamente los recursos públicos con el solo hecho de que el Senador demandado otorgara un poder a su subalterna para recibir la notificación de la providencia de apertura de la referida investigación de naturaleza disciplinaria y solicitar copias del proceso adelantado por la Procuraduría General de la Nación, pues, por el contrario, quedó probado que esa sola circunstancia no afectó ni alteró las labores propias del cargo que desempeñaba la abogada María Camila Rivera López, ni su horario de trabajo, ni su desempeño funcional, sin perjuicio de la eventual falta de orden disciplinario en que hubiera podido incurrir dicha empleada con su comportamiento en tales hechos, pero, en modo alguno configuran la causal de pérdida de investidura esgrimida en contra del Senador demandado.

5) Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que el bien jurídico protegido por la causal de indebida destinación de dineros públicos es el patrimonio público, de allí que para su configuración es imprescindible que se demuestre que, con el comportamiento del congresista demandado, se alteraron los bienes, dineros o recursos públicos, lo cual no fue acreditado en este caso concreto.

6) De igual manera, debe advertirse que la incompatibilidad contenida en el literal b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019⁴ solo es aplicable respecto de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de juntas administradoras locales, motivo por el cual no es posible hacer extensiva su aplicación, por vía de interpretación extensiva a los congresistas, pues, ello supondría contravenir el principio de interpretación restrictiva rector del *ius puniendi* del Estado.

7) Finalmente, debe también precisarse que el poder otorgado por el Senador demandado a su subalterna se enmarcó en la autorización prevista en el artículo 71 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que establece expresamente: *“Cualquier persona que deba notificarse de un acto administrativo podrá autorizar a otra para que se notifique en su nombre, mediante escrito. El autorizado solo estará facultado para recibir la notificación y, por tanto, cualquier manifestación que haga en relación con el acto administrativo se tendrá, de pleno derecho, por no realizada. // Lo anterior sin perjuicio del derecho de postulación. // En todo caso, será necesaria la presentación personal del poder cuando se trate de notificación del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, de naturaleza pública o de seguridad social”*.

Las anteriores razones, sumas a las consignadas en la sentencia de la referencia, me llevaron a acompañar la decisión de negar la solicitud de pérdida de investidura.

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia: la presente aclaración de voto fue firmada electrónicamente por el magistrado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.

⁴ “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 (...)”.