

PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Reglas que rigen el proceso

La Ley 1881 de 2018, normativa bajo la cual se tramitó el presente proceso de pérdida de investidura, prevé en el artículo 14 las reglas que rigen el recurso de apelación; sin embargo, como el artículo 21 *ejusdem* remite en los aspectos que allí no estén regulados a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 y, de manera subsidiaria, a lo establecido por la Ley 1564 de 2012, se tendrá en cuenta que el artículo 320 de esta última codificación sostiene: “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión” (...)

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 14 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 320

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Carácter sancionatorio

La Ley 1881 del 15 de enero de 2018 fue clara en disponer el carácter sancionatorio que comporta el proceso de pérdida de investidura, advirtiendo que se trata de un juicio de responsabilidad subjetiva (...)

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018

CONFLICTO DE INTERÉS COMO CAUSAL DE DESINVESTIDURA – Presupuesto de configuración

En sentencia del 24 de febrero de 2015, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo concluyó que el conflicto de intereses solo se configura cuando existe vinculación formal del congresista al proceso penal, y en consecuencia, el interés directo y particular que le impide participar en los debates y votaciones de los proyectos de ley se materializa cuando éste ha sido vinculado de manera formal a través de indagatoria o la declaración de persona ausente (...) A su turno, en la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2016 igualmente por esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se reiteró dicha posición, advirtiendo que “(...) la simple denuncia penal o queja disciplinaria no es suficiente para deducir de allí un supuesto conflicto de intereses morales (...) En consecuencia, como en el presente caso, de las doce (12) actuaciones penales adelantadas en contra de la congresista por los delitos de injuria y calumnia, cinco (5) estaban archivadas, cinco (5) se encontraban en investigación previa en recaudo probatorio y en las dos (2) restantes solo se había abierto investigación previa, no era predicable la existencia de un conflicto de intereses que le impidiera participar en el debate del proyecto de ley puesto a consideración de la Comisión Primera del Senado de la República

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 11 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29

LIBERTAD DE EXPRESIÓN / PROTECCIÓN DE OPINIÓN DE CONGRESISTAS – Como representantes de la voluntad popular

(i) La libertad de expresión constituye un componente fundamental del ejercicio de la democracia y a la vez permite un control para quien ejerce el poder en sus distintas formas; de ahí el valor esencial que reviste la inviolabilidad de las opiniones de los miembros del Congreso de la República. (ii) La protección de las opiniones de los congresistas constituye una consecuencia directa de su condición de representantes de la voluntad popular y tiene como propósito que gocen de las

garantías necesarias para expresar de manera libre sus opiniones, las cuales deben consultar la justicia y el bien común; por ende, deben estar libres de cualquier presión frente a sus criterios, apreciaciones o valoraciones. (iii) El discurso político sobre asuntos de interés público goza de especial protección por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (iv) La Sala prohíja la posición de la Corte Constitucional en el sentido que los tipos penales de injuria y calumnia no son una respuesta desproporcionada a la libertad de expresión puesto que se trata de medidas de protección penal de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre así como la libertad de configuración que tiene el legislador frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 20

CONGRESISTA – Inviolabilidad de sus opiniones

Comoquiera que el proceso de pérdida de investidura es de naturaleza sancionatoria y *“constituye una sanción ética y política que por su contenido es un mecanismo disciplinario”*, debe estar revestido de las máximas garantías procesales. (ii) Mientras no exista un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, vinculando formalmente al congresista a un proceso penal por los delitos de calumnia e injuria, la inviolabilidad de sus opiniones debe ser respetada como garantía democrática de un Estado Social de Derecho; lo contrario haría que el temor de verse expuesto a la simple denuncia le impidiera el ejercicio de la libre expresión de pensamiento. Por eso, tal como lo ha establecido la jurisprudencia, este constituye uno de los pilares sobre los cuales está fundada toda democracia; en ese sentido, en casos de denuncia penal, la tensión debe ser definida, mediante el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que permita establecer si se debe vincular o no al congresista al respectivo proceso

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 20

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00320-01(PI)

Actor: HERNÁN DARÍO CADAVID MÁRQUEZ

Demandado: CLAUDIA NAYIBE LÓPEZ HERNÁNDEZ

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Tesis: No incurre en causal de pérdida de investidura por conflicto de intereses el congresista que participa en el debate y votación de un proyecto de ley que pretende despenalizar los delitos de injuria y calumnia, cuando al mismo tiempo se

han presentado en su contra unas denuncias por esta clase de delitos y no ha sido llamado a indagatoria ni declarado persona ausente.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Hernán Darío Cadavid Márquez contra la sentencia del cinco (5) de septiembre de 2018, proferida por la Sala Dieciséis (16) Especial de Decisión, mediante la cual se negó la solicitud de pérdida de investidura de la ex senadora Claudia Nayibe López Hernández, elegida para el periodo constitucional 2014-2018.

I.- SÍNTESIS DEL CASO

1.1.- La causal de pérdida de investidura invocada¹

El actor, obrando en nombre propio, solicitó se decretara la pérdida de la investidura de la demandada, con fundamento en lo establecido por el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, que textualmente dice: *“Los congresistas perderán su investidura: (...) 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. (...)”*

1.2.- Los hechos que dan sustento a la causal alegada

El solicitante informó que la ciudadana Claudia Nayibe López Hernández fue elegida senadora para el periodo constitucional 2014-2018 por el partido Alianza Verde, quien en desarrollo de sus funciones hacía parte de la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República.

Indicó que la senadora, como integrante de la citada Comisión, participó en la discusión del Proyecto de Ley nro. 14 de 2017, *“Por medio del cual se fortalece la política criminal y penitenciaria de Colombia y se dictan otras disposiciones”*, presentado por el Gobierno Nacional, que buscaba la eliminación de varios artículos de la Ley 599 de 2000, Código Penal, entre otros, los artículos 220 y 221, relativos a los tipos penales de injuria y calumnia.

¹ Folios 1 a 12 cuaderno 1.

Aseveró que, tal como lo indica la Ley 5 de 1992, Sección Cuarta, en el artículo 286, cuando exista interés directo en la decisión porque le cause afectación, el congresista deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Señaló que, como es ampliamente conocido, la senadora demandada afronta varias denuncias por la presunta comisión de los delitos de injuria y calumnia y que, al constatar en el portal web de la Rama Judicial, es posible verificar que tiene por lo menos veinte (20) procesos ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de los cuales varios obedecen a la presunta comisión dolosa de delitos de tal naturaleza; de tal suerte que, al ser sujeto pasivo de esta clase de delitos, debió declararse impedida por conflicto de intereses, lo que no hizo y, por el contrario, participó activamente en la deliberación y votó de manera favorable para que el proyecto de ley se convirtiera en ley de la República.

1.3.- Los fundamentos de derecho

El actor adujo que la conducta de la senadora desconoció lo previsto por el artículo 286 de la Ley 5 de 1992 que señala el deber que tiene todo congresista de declararse impedido para tomar parte en debates y votaciones cuando él o sus familiares tengan interés directo, según lo dispuesto por los artículos 291 y 292 de la citada ley.

Aportó como pruebas las siguientes

- Documentales: copias de las Gacetas del Congreso números 602 del 27 de julio de 2017 y 787 del 15 de septiembre del mismo año; órdenes del día de la Comisión Primera del Senado del 17, 18 y 24 de octubre de 2017; copias de los registros videográficos de la sesión de la Comisión Primera del Senado celebrada el 17 y el 24 de octubre de 2017; copia de la Resolución nro. 3006 de 2014 del Consejo Nacional Electoral para probar la calidad de Senadora de la demandada, y el hipervínculo del audio de entrevista en Blu Radio del 18 de octubre de 2017, “enfrentados por debates anticorrupción”.

- Solicitó se oficiara a la Secretaría de la Comisión Primera del Senado de la República para que enviara: copia íntegra del acta del 15 de septiembre de 2017 y

del registro videográfico de lo sucedido en la misma fecha; copia íntegra del acta del 17 de octubre de 2017 y del registro videográfico de lo ocurrido el mismo día; copia íntegra del acta del 18 de octubre de 2017 y del respectivo videográfico; copias de todas las actas, gacetas, constancias y demás documentos relacionados con el proyecto de ley 14 de 2017.

- También pidió se requiera al Consejo Nacional Electoral para que acreditara la calidad de Senadora de la demandada Claudia Nayibe López, a la Secretaría del Senado para que certificara su calidad de Senadora, y a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia enviar copia íntegra de los procesos seguidos contra la citada Senadora, así:

Expediente radicación número 11001020400020140227000;
Expediente radicación número 11001020400020140230900;
Expediente radicación número 11001020400020140233400;
Expediente radicación número 110010204000201402576 00;
Expediente radicación número 110010204000201500122 00;
Expediente radicación número 110010204000201500764 00;
Expediente radicación número 110010204000201501006 00;
Expediente radicación número 110010204000201501476 00;
Expediente radicación número 110010204000201501550 00;
Expediente radicación número 110010204000201501584 00;
Expediente radicación número 110010204000201501743 00;
Expediente radicación número 11001020400020150195400;
Expediente radicación número 11001020400020150195700;
Expediente radicación número 11001020400020150201200;
Expediente radicación número 11001020400020150206500;
Expediente radicación número 11001020400020160070300;
Expediente radicación número 11001020400020160086200;
Expediente radicación número 11001020400020160099100;
Expediente radicación número 11001020400020160127700 y,
Expediente radicación número 11001020400020160134000.

2.- Contestación de la demanda por parte de la ex senadora Claudia Nayibe López Hernández:²

² Folios 114 a 157 cuaderno 1.

En la oportunidad procesal correspondiente, por conducto de apoderado judicial, la ex senadora contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que no está incurso en la causal invocada, expuso como razones de defensa las siguientes:

Primero, abordó aspectos relacionados con el control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y citó la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 15 de noviembre de 2017³, indicando que allí se refirió de manera explícita a su condición de juez de convencionalidad, en los términos que ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴.

Destacó que el principio del *pacta sunt servanda* obliga a los Estados a incorporar y desarrollar las normas internacionales, tanto convencionales como consuetudinarias, por lo que, en aplicación del bloque de constitucionalidad, la conclusión reiterada por la Corte Constitucional es que los jueces y las autoridades tienen la obligación de examinar las normas internas que deben aplicar a un caso concreto con las disposiciones constitucionales, incluidas las contenidas en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia⁵.

Centrándose en el proceso de pérdida de investidura, resaltó que, por su naturaleza sancionatoria, deben garantizarse, entre otros, los principios de legalidad y de culpabilidad, en virtud de los cuales solo se podrá sancionar a quien cometa una falta previamente definida en la ley y ésta sea consecuencia de una actuación dolosa o culposa, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Consideró que en el caso concreto no se configura un conflicto de intereses y las denuncias presentadas en contra de la senadora no afectaron su imparcialidad para participar en la discusión del Proyecto de Ley nro. 14 de 2017, pues su intervención estuvo motivada en la corrección del proyecto, adecuándose a las

³ Caso Gustavo Francisco Petro Urrego contra la Procuraduría General de la Nación. M.P. César Palomino Cortés. Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, radicación 1100103250002014003600.

⁴ Para el efecto citó el caso Almonacid Arellano Vs Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006 y el Caso Radilla Pacheco Vs México, sentencia del 23 de noviembre de 2009, entre otras.

⁵ Para ello citó la Sentencia C-405 del 14 de abril de 2005. Referencia expediente D-5355. M.P. Manuel José Cepeda y el artículo 27 de la Constitución Política.

recomendaciones y directrices de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Explicó que, aunque para el momento en que el Proyecto de Ley nro. 14 de 2017 Senado fue debatido y votado, la senadora contaba con 12 investigaciones activas por la posible comisión de delitos de injuria y calumnia, se encontraban en etapa previa; además existía la posibilidad de conciliar o retractarse.

Aseguró que las denuncias se originaron por el ejercicio de su investidura parlamentaria debido a hechos de interés general; por lo tanto, las mismas no estructuraban un conflicto de interés dado que se requería un obrar doloso o culposo del congresista, para ello destacó la protección reforzada de la libertad de expresión en el contexto de la Carta Democrática Interamericana, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Corte Constitucional y en la Corte Suprema de Justicia.

Arguyó que, acorde con los lineamientos fijados por el Consejo de Estado, la vocación natural de un congresista es la de participar en los debates y decisiones propias del Congreso (sentencia del 23 de marzo de 2010, radicación 2010-00198).

Afirmó que la senadora actuó bajo la absoluta convicción de que no se proferiría auto de apertura de instrucción en los casos denunciados, por lo que su improbable ocurrencia no despertaba para ella un interés directo en el proyecto de ley estudiado. Además, el hecho de citarla a indagatoria no tenía incidencia alguna frente a sus derechos fundamentales, especialmente el de la libertad, al no ser procedente la medida de aseguramiento de detención preventiva para los delitos de injuria y calumnia, lo que restaba idoneidad para erigir un conflicto de intereses real y no eventual.

Aludió que no existió un interés particular de la senadora sino un interés general derivado de su investidura sin que ninguna de las querellas presentadas tuviera vocación de prosperidad.

Luego de hacer una relación de las denuncias instauradas en su contra por los delitos de injuria y calumnia, aseguró que éstas tuvieron origen en afirmaciones realizadas por la congresista frente a personajes públicos por hechos de interés

público, resaltando el relevante papel que juega la libertad de expresión en la democracia y afirmó que la senadora Claudia López contaba con una protección reforzada en el ejercicio de su libertad de pensamiento y expresión derivada de su función pública como componente fundamental del régimen democrático.

Para destacar la importancia de los derechos políticos, indicó que la Corte Interamericana ha puesto de presente su estrecha relación con el sistema democrático y el Estado de Derecho⁶ y, como lo ha expuesto la Corte Constitucional, en concordancia con la corriente doctrinaria y jurisprudencial imperante en nuestro continente, la irresponsabilidad parlamentaria por sus opiniones es la expresión de la soberanía popular⁷.

Anotó que en este caso se presenta una ausencia de culpabilidad y no es posible sancionar por responsabilidad objetiva, ya que en la conducta de la senadora Claudia López no se satisface el elemento volitivo del dolo ni se advierte la existencia de una conducta culposa.

Aportó como pruebas:

- Documentales: copias digitales de las Gacetas del Congreso números 544 de 2017, 787 de 2017, 1038 de 2017 y 1174 de 2017; copia digital de Concepto del Consejo Superior de Política Criminal con respecto al proyecto de ley 014 senado.
- Solicitó se oficiara a la Secretaría General del Senado de la República para que enviara el acta de subcomisión de impedimentos presentados frente al proyecto de ley nro. 008 de 2017, “Ley Estatutaria de Jurisdicción Especial para la Paz”, y a la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal para que certificara las denuncias formuladas en contra de la senadora demandada por la presunta comisión de delitos de injuria y calumnia.
- Anexó dictamen pericial rendido por la abogada Catalina Botero con el propósito de conceptuar, entre otros aspectos, cómo deben aplicarse los delitos de injuria y calumnia en expresiones de interés público formuladas contra candidatos,

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama Vs Nicaragua. Sentencia del 23 de junio de 2005. Excepciones Preliminares. Fondo de Reparaciones y Costas, párr. 191.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU- 047 de 1999. Expediente T-180.650.

funcionarios, ex funcionarios o personas de relevancia pública sobre hechos de interés nacional relacionados con dichas calidades, según los estándares internacionales, y solicitó fuera citada para ser interrogada en audiencia pública para sustentar el dictamen rendido.

- Pidió como prueba testimonial se citara al senador Luís Fernando Velasco Chaves quien, en su calidad de senador de la República y dadas sus múltiples intervenciones en trámites de impedimentos, podía declarar sobre la procedencia de los mismos cuando un congresista cuente con investigaciones previas en la Corte Suprema.

3.- Trámite procesal en primera instancia

3.1. El escrito de solicitud de pérdida de investidura fue radicado el 5 de diciembre de 2017 en la Secretaría General de esta Corporación y correspondió al Despacho del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, según acta de reparto del 6 del mismo mes y año⁸.

3.2. Por auto del 6 de diciembre de 2017 fue inadmitida, con el fin de que se acompañara la acreditación expedida por la Organización Nacional Electoral⁹, lo que se cumplió en debida forma¹⁰; por ello fue admitida mediante proveído del 15 de diciembre de 2017, disponiendo la notificación personal de la Congresista y del señor Agente del Ministerio Público¹¹.

3.3. Con la entrada en vigencia de la Ley 1881 del 15 de enero de 2018 y atendiendo lo establecido por el artículo 23 *ibídem*,¹² por auto del 22 de enero 2018, el proceso fue remitido a la Secretaría General de la Corporación¹³.

3.4. El 5 de febrero de 2018 fue asignado por reparto en primera instancia al mismo consejero que venía conociendo del asunto, según acta de dicha fecha¹⁴.

⁸ Folio 13 cuaderno 1.

⁹ Folios 15 y 16 cuaderno 1.

¹⁰ Folios 18 a 51 cuaderno 1.

¹¹ Folios 77 y 78 cuaderno 1.

¹² Que previó "(...) los procesos que se encuentren en curso al momento de la entrada en vigencia de esta ley, deberán ser enviados a la Secretaría General, en el estado en que se encuentren, siempre que no se haya practicado la audiencia pública, (...)."

¹³ Folios 88 a 91 cuaderno 1.

¹⁴ Folio 97 cuaderno 1.

3.5. Por auto del 7 de febrero de 2018 se dictó auto de saneamiento y se admitió la demanda en primera instancia, ordenando la notificación a la demandada y al señor Agente del Ministerio Público¹⁵.

3.6. El día 26 de febrero de 2018 se abrió el proceso a pruebas y se dispuso¹⁶:

“[...] PRIMERO: TENER por contestada en tiempo la demanda de desinvestidura de congresista.

SEGUNDO: DECRETAR los medios probatorios reseñados en el numeral 2.3. – de la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: FIJAR el jueves 21 de junio de 2018 a las 9:30 horas como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de recepción del testimonio de Luís Fernando Velasco Chaves.

CUARTO: TENER como medio probatorio el concepto referido en el numeral 2.4.- de la parte considerativa de la providencia y, en consecuencia, FIJAR el jueves 21 de junio de 2018 a las 10:30 horas como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de contradicción del informe suscrito por la abogada Catalina Botero Marino.

QUINTO: LIBRAR por Secretaría General de la Corporación los respectivos oficios y citaciones ante las personas/ autoridades respectivas para asegurar el recaudo de los documentos decretados, como la comparecencia de los llamados de las diligencias de testimonio y contradicción de informe. [...]”.

3.7. Por auto del 7 de marzo de 2018 se resolvió¹⁷:

“[...] PRIMERO: ADICIONAR y ACLARAR el auto de 26 de febrero de 2018 en los siguientes términos:

SEXTO: TENER como medios probatorios legalmente incorporados a la causa los arrimados por las partes en sus memoriales de demanda y contestación.

SÈPTIMO: RECONOCER personería adjetiva a los abogados Carlos Rodríguez Mejía y Víctor Javier Velásquez Gil, como apoderados principal y suplente, de la Senadora de la República Claudia Nayibe López Hernández.

OCTAVO: ACLARAR la petición probatoria elevada por el ciudadano demandante en los términos del numeral 3º de la parte considerativa de esta decisión. [...]”.

3.8. El 12 de abril de 2018, el Despacho conductor del proceso ordenó oficiar nuevamente a la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con el fin de dar cumplimiento al decreto de pruebas y, específicamente,

¹⁵ Folios 102 a 104 cuaderno 1.

¹⁶ Folios 185 a 195 cuaderno 1.

¹⁷ Folio 202 cuaderno 1.

obtener la copia íntegra de los procesos judiciales relacionados en el auto que abrió a pruebas el proceso, la expedición de certificación sobre la fase en la que se encontraba cada uno y sobre las denuncias formuladas en contra de la senadora Claudia Nayibe López Hernández. Por último, se corrió traslado a las partes de la respuesta recibida por la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁸.

3.9. Por auto del 29 de mayo de 2018 se fijó nueva fecha para recibir el testimonio del senador Luis Fernando Velasco Chaves así como la audiencia de contradicción del informe suscrito por la abogada Catalina Botero Marino; mediante proveído del 15 de junio de 2018 se comisionó a una magistrada auxiliar del Despacho del Consejero Ponente para practicar dichas diligencias¹⁹.

3.10. El testimonio del señor Luis Fernando Velasco Chaves se recibió el 20 de junio de 2018²⁰, así como la declaración de la abogada Catalina Botero Marino²¹.

3.11. En providencia del 5 de julio de 2018 se requirió a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que suministrara la información acerca del estado en que se encontraban cada uno de los procesos seguidos en contra de la senadora Claudia Nayibe López Hernández²².

3.12. Mediante proveído del 24 de julio de 2018 se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia pública y se indicó que el Despacho no insistiría en que la Corte Suprema de Justicia complementara la información enviada, en la medida que estaba recaudada parte de la documentación requerida para resolver el asunto²³, por lo que se tuvo por agotada la etapa probatoria.

3.13. La audiencia pública se llevó a cabo el 22 de agosto de 2018, con la presencia de los Señores Consejeros que integraron la Sala Dieciséis Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, doctores Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Presidente, Carlos Enrique Moreno Rubio, César Palomino Cortés, Jorge Octavio Ramírez Ramírez y Hernando Sánchez Sánchez; audiencia a la que también

¹⁸ Folio 240 cuaderno 2.

¹⁹ Folio 279 cuaderno 2.

²⁰ De folios 283 a 286 reposa el acta donde se dejó constancia que se recibió dicha declaración.

²¹ De folios 287 a 289 consta el acta donde se dejó constancia que se recibió la respectiva declaración. El Cd consta a folio 291.

²² Folios 293 a 294 cuaderno 2.

²³ Folio 303 cuaderno 2.

asistieron el actor, el señor Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado en calidad de agente del Ministerio Público, la señora congresista demandada y su apoderado²⁴.

En la respectiva acta se dejó constancia de las intervenciones en los siguientes términos:

El accionante, obrando por conducto de apoderado, según poder reconocido en la audiencia²⁵, afirmó “*que la demandada participó en la deliberación y votación de un proyecto de ley concerniente a disposiciones del Código Penal que tipificaban los delitos de injuria y calumnia, sin declararse impedida, no obstante conocer claramente que en su contra cursaban varias investigaciones en la Corte Suprema de Justicia por la presunta comisión de estos delitos*”; con base en las pruebas que reposan en el proceso, consideró que la senadora incurrió en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política por violación del régimen de conflicto de intereses, y solicitó se declarara su pérdida de investidura. Aportó copia de su intervención en 20 folios.

El señor Agente del Ministerio Público mencionó el problema jurídico planteado en la demanda, los elementos que configuran la causal y los supuestos fácticos probados en el expediente en relación con la conducta asumida por la senadora en la discusión del proyecto de ley, así como también se refirió a las investigaciones adelantadas por la Corte Suprema de Justicia, para concluir que la congresista no incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, puesto que, en su particular caso, no estaban reunidos los elementos exigidos por la jurisprudencia para su estructuración. Allegó copia de su intervención en 35 folios.

El apoderado de la Congresista acusada se refirió a los supuestos en que se sustenta la demanda, a la jurisprudencia del Consejo de Estado, al control de convencionalidad, a la inviolabilidad parlamentaria y al escenario y personas contra las que se ha dirigido la senadora, para concluir que su representada actuó correctamente y cumplió con sus deberes como congresista al votar el respectivo proyecto de ley de conformidad con la jurisprudencia nacional e internacional. Allegó resumen escrito de su intervención en 18 folios.

²⁴ Folios 330 a 333 cuaderno 2.

²⁵ Folio 330 cuaderno 2.

La Senadora acusada relató su trayectoria como congresista de la República e indicó que las pruebas que obraban en el proceso no demostraban que hubiese incurrido en la causal alegada en la demanda ni en los elementos objetivos y subjetivos que la configuran; señaló que las expresiones manifestadas en los debates eran propias del órgano al cual perteneció.

4. La sentencia de primera instancia

La Sala 16 Especial de Decisión de Pérdida de investidura, en sentencia del 5 de septiembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente²⁶:

Luego de referirse a la Pérdida de Investidura de Congresistas y al conflicto de intereses como causal de desinvestidura, indicó que la misma presupone el deber del congresista de suministrar información relevante, veraz, auténtica y completa, lo que le impone: i) revelar cualquier información que lo inhiba de participar en asuntos sometidos a su consideración, ii) registrar cuestiones relacionadas con su actividad privada en el libro que para el efecto establece cada Cámara y iii) declararse impedido cuando observe un conflicto de intereses en un asunto en el que deba participar.

Explicó que se estructura una situación de conflicto de intereses solo cuando en un congresista, dotado de poder deliberativo y decisorio, sujeto al cumplimiento de obligaciones públicas dispuestas por el derecho, concurre un interés privado, que objetivamente considerado puede ejercer influencia preponderante en la formación de su juicio racional a la hora de intervenir en la deliberación y toma de una decisión opuesta al deber de obrar consultando la justicia, el bien común y el interés general. Por lo tanto, no cualquier interés configura la causal de desinvestidura sino el directo, particular, actual o inmediato.

De otro lado, precisó que, conforme lo ha dicho esta Corporación²⁷, la existencia de diligencias previas o preliminares en procesos penales no tiene vocación suficiente para estructurar un conflicto actual y directo en cabeza del congresista cuando éste participa, delibera o vota un proyecto de ley que puede versar sobre

²⁶ Folios 399 a 413 cuaderno 2.

²⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencias del 24 de febrero de 2015. Expedientes acumulados 2012-01139/2012-01443 y 9 de noviembre de 2016. Expediente 1100-03-15-000-2014-03117-00 (PI).

asuntos de carácter penal, sino que se requiere la vinculación formal al proceso penal²⁸.

Adicionalmente, apuntó al control oficioso de convencionalidad como una manifestación de lo que se ha denominado la constitucionalización del derecho internacional²⁹, lo que implica que el juez nacional no solo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “*interpretación convencional*” para determinar si las respectivas normas son compatibles con los mínimos previstos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Recordó que esta Corporación ha hecho eco a la aplicación oficiosa e imperativa del control de convencionalidad por parte de los jueces así como de las normas de la Convención y a los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aspectos tales como: los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad y los derechos a la libertad de expresión, entre otros asuntos³⁰.

Refiriéndose a la libertad de expresión en el marco convencional y constitucional, subrayó que se trata de un derecho protegido por el ordenamiento jurídico nacional³¹, regional³² y universal³³ de Derechos Humanos, por lo que tiene su ámbito propio y natural de existencia en los regímenes políticos de carácter democrático³⁴.

²⁸ Inciso 6 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilar de construcción dogmática”, en BREWER CARIAS, Allan R., Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Págs. 175-181

³⁰ Citó entre muchas providencias las siguientes: sentencia del 25 de mayo de 2011 (expediente 15838), sentencia del 1 de febrero de 2012 (expediente 21274), sentencia de 24 de octubre de 2013 (expediente 25981), sentencia de 3 de marzo de 2014 (expediente 47868), sentencia del 9 de julio de 2014 (expediente 28318), auto de Sala Plena de la Sección Tercera del 17 de octubre de 2013 (expediente 45679).

³¹ Constitución Política artículo 20.

³² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 13. Libertad de Pensamiento y Expresión.

³³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Expediente 53057.

Destacó que el discurso político, enfocado a asuntos de interés público y/o respecto de funcionarios públicos, tiene una conexión más intensa con el principio democrático, y que otro componente de la libertad de expresión lo integra el derecho a la libertad de información en tanto derecho de doble vía, que permite describir la existencia de dos posiciones jurídicas en su interior.

Consideró que la diferencia fundamental entre el derecho a la libertad de opinión y el de información estriba en que en el primero se protege la libre emisión de juicios de valor y opiniones, mientras que en el segundo se trata de la protección de informar sobre sucesos o hechos ocurridos o por ocurrir en un momento determinado; constituyendo una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de opinión el que se exija la demostración de la veracidad de un juicio de valor.

Descendiendo al caso concreto, analizó la pretensión del actor relativa a que fuera declarada la pérdida de investidura de la entonces congresista Claudia Nayibe López Hernández al presuntamente incurrir en la causal de conflicto de intereses, debido a que intervino en el debate y votación del proyecto de ley “*por medio del cual se fortalece la política criminal y penitenciaria de Colombia y se dictan otras disposiciones*”, sin declararse impedida pese a estar investigada por la Corte Suprema de Justicia por los delitos de injuria y calumnia.

En lo que respecta al trámite que surtió el Proyecto de Ley nro. 14 en la Comisión Primera del Senado de la República, la conformación del quórum y votación de la Senadora destacó:

Sesión	Gaceta	Desarrollo	Asistencia Senadora López Hernández
20 de septiembre 2017. Acta No. 14	No. 902 de 2017	El proyecto fue enlistado en el número 11 del orden del día para la consideración y votación de proyectos en primer debate. No se discutió en la sesión.	Asistió. No manifestó impedimento
25 de septiembre 2017. Acta No. 15	No. 903 de 2017	Se discutió el proyecto de ley. Se decidió aplazar el estudio.	Asistió e intervino. No manifestó impedimento
10 de octubre 2017. Acta No. 16	No. 991 de 2017	No se discutió en la sesión.	Se hizo presente en el transcurso de la sesión. No manifestó impedimento
17 de octubre de	No. 1011 de 2017	Se discutió en la	Se hizo presente en el

2017 Acta No. 17		sesión.	transcurso de la sesión. No manifestó impedimento
24 de octubre de 2017 Acta No. 18	No. 1038 de 2017	Se votó la totalidad del proyecto.	Asistió y votó favorablemente el proyecto. No manifestó impedimento

La sentencia explicó que estaba probado que, para el momento en que se surtió el debate del proyecto de ley en la Comisión Primera del Senado, entre el 20 de septiembre y el 24 de octubre de 2017, estaban en trámite ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra la senadora Claudia Nayibe López Hernández, doce (12) actuaciones penales relacionadas con los delitos de injuria y calumnia, de las 20 enlistadas por el actor en la demanda.

La providencia analizó lo siguiente: “(...) *la eventual supresión de los delitos de injuria y calumnia, contenidos en los artículos 220 y 221 del Código Penal, no le reportarían un beneficio subjetivo, puesto que para el momento en que ella conformó el quórum, deliberó y votó el Proyecto de Ley No. 14 Senado en la Comisión Primera del Senado de la República no tenía en su contra procesos penales abiertos, donde estuviera formalmente vinculada por la presunta comisión de tales tipos penales. En ese orden, no se advierte una situación objetiva que permita inferir que la entonces Congresista vio turbada su intervención, obrando en contravía de la justicia, el bien común y el interés general.*” Lo expuesto, por lo demás, guarda coherencia con lo afirmado por el Senador Luis Fernando Velasco, en la declaración que rindió ante esta Corporación, donde sostuvo los congresistas en mi concepto y es lo que siempre ha acogido el Congreso, deberían declararse impedidos cuando han sido vinculados formalmente a una investigación penal (...).”

Conforme con lo anterior, consideró que no se estructuró un conflicto de intereses en los términos establecidos por el artículo 183 de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, en razón a que, en este caso, no es cierto el presunto interés endilgado a la entonces senadora de la República, habida cuenta que, para la fecha en que surtió el respectivo debate y votación de la iniciativa legislativa, ninguna de las actuaciones penales en su contra estaba en etapa de investigación, de manera que el ente investigador, es decir, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no había evaluado el mérito para vincularla formalmente al proceso penal, vía indagatoria o declaratoria de persona ausente, y

el hecho de la vinculación al proceso penal resultaba relevante para determinar la existencia de un conflicto de interés o de formular un impedimento.

Por lo señalado, negó las pretensiones de la demanda.

5. El recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, aduciendo como razones de inconformidad lo siguiente³⁵:

Manifestó que celebra que la Sala de Decisión considere que el Consejo de Estado deba ser garante de los Derechos Humanos y de las Convenciones de Derechos Humanos vigentes en Colombia; sin embargo, estimó que cayó en la confusión generada por la defensa de la demandada y el Ministerio Público, puesto que a la senadora nada se le reprocha por sus opiniones personales sino por la votación en la que participó en la Comisión Primera del Senado de la República.

Aseveró que “(...) *la Sala de Decisión acoge una línea de argumentación propia de los intentos de declarar inexecutable los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, que no han sido acogidas por la mayoría del órgano competente, esto es, la Sala Plena de la Corte Constitucional, pues en tal decisión plasmada en la Sentencia C-442 de 2011, esta Corporación por votación mayoritaria, consideró que el retiro de estas normas debía ser realizada por el Legislador Colombiano (sic), derogatoria que no ha ocurrido, a pesar del voto favorable de la otrora Senadora encartada en tal sentido*”.

Para ello, hizo un cuadro comparativo entre la decisión del 5 de septiembre recurrida y lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-442 de 2011, destacando que la primera señaló que la acción penal frente a quien opina o informa sobre asuntos de relevancia o interés público, constituye una respuesta judicial desproporcionada en relación con el derecho a la libertad de expresión e inidónea para la protección del derecho al buen nombre y a la honra. Mientras que la Corte Constitucional, en la mencionada sentencia, dijo que el supuesto abuso que hacen ciertas personas de la denuncia como instrumento para restringir tal libertad, no es una razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los

³⁵ Folios 420 a 429 cuaderno 2.

tipos de injuria y calumnia; además, la eventual investigación y juzgamiento no constituye una carga desproporcionada y su despenalización está reservada, en principio, al legislador.

Consideró desafortunado que la Sala de Decisión haya acogido la posición de la defensa de la otrora senadora y del Ministerio Público, quienes estimaron que los tipos penales por los cuales estaba siendo investigada la demandada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, eran contrarios a la libertad de expresión y al deber de informar, indicando que partieron del supuesto del ejercicio total y sin límites de ese derecho.

Alegó que la mayor preocupación que debe generar el fallo de primera instancia consiste en que los congresistas, con base en tal precedente, quedan completamente libres para atacar la dignidad de las personas bajo el pretexto de la libertad de expresión, por lo que solicitó a la Sala Plena no acoger dicha posición y revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, decretar la pérdida de investidura de la ex senadora de la República Claudia Nayibe López.

Afirmó que todos coinciden en este proceso, incluyendo la otrora senadora, en que, acorde con los hechos de la demanda, ésta hizo parte de la Comisión Primera del Senado de la República, no se declaró impedida, debatió y votó el Proyecto de Ley 14 de 2017 (Senado), en el cual se derogaban los tipos penales de injuria y calumnia, vertidos en los artículos 220 y 221 del Código Penal, por los cuales estaba investigada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; en tales términos, para el demandante ésta tenía un interés directo, particular y actual de carácter moral y personal pues quería la derogatoria de dichos tipos penales al limitar su libertad de expresión.

Cuestionó también que en la declaración del senador Luis Fernando Velasco, éste se haya reconocido como experto de la forma para administrar los conflictos de interés en el Senado de la República dada su experiencia como congresista, advirtiendo que en Colombia no son posibles los testimonios de expertos en temas jurídicos y que el único que tiene la capacidad “de decir en derecho” son los jueces de la República. Indicó que “el peso probatorio del dicho del senador Luis Fernando Velasco debió ser nulo”, pues su declaración no versó sobre hechos sino sobre sus opiniones acerca de la correcta interpretación del artículo 183 de la

Constitución Política, por ende, no se trata de conocimientos técnicos, científicos o artísticos.

Por último, sostuvo que la Sala de Decisión con su fallo está modificando la línea de precedentes sobre conflictos de interés de los congresistas, puesto que abandonó la posición del Consejo de Estado³⁶, consistente en que, para que se configure el conflicto no es necesario el llamado a indagatoria o de persona ausente, sino el conocimiento pleno del congresista de que la situación particular pugne con el interés general, por lo que limitarlo únicamente a los casos donde ha ocurrido el llamado a indagatoria o la declaratoria de persona ausente conlleva a restar toda eficacia al artículo 183 Superior.

Por dichas razones pidió se revocara la decisión de primera instancia o, en caso de confirmarse, se explicara en detalle el cambio jurisprudencial, ya que en su criterio, no es necesaria la indagatoria o la declaratoria de persona ausente para aseverar que la demandada estaba ante un conflicto de intereses y bastaba con que la congresista conociera de la investigación penal.

Solicitó como pruebas el testimonio del Representante Samuel Hoyos, con el propósito de deponer “sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar y las maniobras realizadas” por la congresista para retrasar la marcha del proceso de injuria y calumnia por él denunciado³⁷.

6. Trámite en segunda instancia

6.1. Una vez concedido el recurso de apelación, por haber sido interpuesto y sustentado en término³⁸, fue asignado por reparto mediante acta del 11 de octubre de 2018³⁹; por auto del 17 del mismo mes y año⁴⁰ se admitió y se corrió traslado por tres (3) días a la parte demandada y al Ministerio Público para que se pronunciaran.

³⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 7 de mayo de 2002. C.P. Joaquín Barreto Ruíz. Expediente número 11001-03-15-000-2001-00211- 01.

³⁷ Declaración que fue denegada por auto del 19 de noviembre de 2018, que resolvió sobre las pruebas solicitadas en segunda instancia, bajo la consideración de que no se trataba de un hecho nuevo ni afectaba el derecho sustancial sobre el cual versa el litigio, el cual no fue objeto de recurso alguno.

³⁸ Auto del 1 de octubre de 2018. Folio 431 cuaderno 2.

³⁹ Folio 437 cuaderno 2.

⁴⁰ Folio 439 cuaderno 2.

6.2. Los apoderados de la ciudadana Claudia López Hernández recorrieron el traslado del recurso, donde solicitaron fuera confirmada la decisión de primera instancia; para ello expusieron lo siguiente⁴¹:

Reiteraron la existencia del control de convencionalidad para proteger el derecho a la libertad de pensamiento y expresión; así mismo, repasaron lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmando que, a diferencia de lo que plantea el apelante, la libertad de expresión, en tanto se trata de un aspecto central y sustancial de la actividad de los Congresistas, es mucho más amplia que para cualquier ciudadano, pues tienen dentro de sus funciones el ejercicio del control político.

Agregaron que el recurrente desconoce, porque no lo menciona, la inviolabilidad de las opiniones y votos de los Congresistas prevista en el artículo 185 de la Constitución y desarrollada por la Corte Constitucional⁴², por lo que el primer motivo de inconformidad carece de pertinencia, dado que no se han invadido competencias de otros órganos.

Razonaron que la senadora López Hernández, como integrante de la Comisión Primera del Senado, propugnó conjuntamente con otros congresistas para que el Estado Colombiano, en desarrollo de sus compromisos convencionales y en especial, la obligación prevista por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, frente a los delitos de injuria y calumnia, adecuara la legislación penal a los requerimientos hechos por la Corte Interamericana, que se concretan en que en los asuntos de interés público no se coarte el debate democrático bajo la amenaza de la sanción penal.

Recalaron que en el caso concreto no se presentó el pretendido conflicto de intereses; adicionalmente, entre el momento en que se profirió la sentencia 2001-002011 a la fecha se ha producido diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que variaron las características frente a los elementos de interés directo, actual o inmediato y que la práctica legislativa consolidó su criterio, según el cual no existe impedimento cuando no se ha vinculado formalmente al proceso el congresista.

Indicaron que es improcedente la *“solicitud de nulidad de la prueba testimonial del Senador Luis Fernando Velasco, por cuanto el recurrente no cumplió con la carga*

⁴¹ Folios 444 a 452 cuaderno 2.

⁴² Sentencia SU-047 de 1999.

argumentativa esperada frente a este tipo de solicitudes” y pidieron se denegara la prueba pedida por el actor con el recurso de apelación.

6.3. A su turno el señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, manifestó⁴³:

Frente al primer aspecto de disenso de la decisión de primera instancia, consistente en que se desconoció la cosa juzgada establecida en la Sentencia C-442 de 2011 de la Corte Constitucional, argumentó que el cargo no está llamado a prosperar, puesto que dicha sentencia estudió la solicitud de inexecuibilidad de los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”, indicando que estos tipos penales son medidas de protección de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, teniendo en cuenta la potestad de configuración del legislador en materia penal.

Concluyó en este punto: *“Por tanto, la jurisprudencia constitucional lo que hizo fue declarar exequibles los delitos de injuria y calumnia, mientras que lo realizado por el Consejo de Estado fue estudiar la viabilidad de decretar la pérdida de investidura de una congresista por la causal de tráfico de influencias, para lo cual se basó en el estado procesal de las investigaciones penales por dichos punibles (...)”.*

En lo relativo al interés directo, particular y actual de carácter moral y personal, consideró pertinente reiterar lo conceptuado frente a este asunto en el proceso de primera instancia, argumentando que, acorde con el artículo 286 de la Ley 5 de 1992, el conflicto de intereses se configura cuando el aspecto en discusión implica una decisión que favorezca de manera directa al propio congresista o a su cónyuge o compañera permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de hecho o de derecho.

Manifestó que, dado que el interés personal que se le endilga a la ex senadora deviene de la posibilidad de una sanción penal por los delitos de injuria y calumnia, era importante tener en cuenta que los procesos penales aún vigentes están en trámite de agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, lo que implica que la sola decisión de conciliarlos impondría al

⁴³ Folios 453 a 464 cuaderno 2.

juzgador el deber de archivar el proceso y por ello la sola existencia de esa posibilidad crea una tranquilidad judicial que impide que se estructure un conflicto de intereses por la demandada haber participado en la discusión sobre la supresión de esos delitos; por consiguiente, debía confirmarse el fallo recurrido.

Por último, advirtió que la decisión no modificó la línea del precedente, puesto que en la sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente radicado número 11001-03-15-000-2001-00211-01, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el régimen penal era diferente al actual, ya que ahora rige la Ley 599 de 2000 y existe una diferencia sustancial en los supuestos fácticos; en suma, no cualquier sentencia genera un precedente vinculante.

6.4. Ante la actuación simultánea de dos apoderados a nombre de la demandada, mediante auto del 31 de octubre de 2018 y atendiendo los términos del artículo 75 del Código General del Proceso, se solicitó subsanar dicho yerro⁴⁴ y luego que, por memorial radicado el 2 de noviembre de 2018, la parte demandada precisó quién actuaba como apoderado principal⁴⁵, por auto del 19 del mismo mes y año, el Magistrado Ponente tuvo por presentado en debida forma el respectivo poder y el Despacho se pronunció frente a las pruebas pedidas por las partes, decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno.

Por consiguiente, surtido el trámite procesal correspondiente, se procederá a proferir sentencia de segunda instancia.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- COMPETENCIA

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de la presente solicitud de pérdida de investidura, atendiendo lo previsto por los artículos 184 y 237-5 de la Constitución Política, así como lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, el artículo 2° de la Ley 1881 de 2018 y el artículo 34 del Acuerdo nro. 080 del 12 de marzo de 2019 proferido por la Sala Plena de esta Corporación.

⁴⁴ Folio 466 cuaderno 3.

⁴⁵ Folios 471 a 472 cuaderno 3.

2.- HECHOS RELEVANTES:

Acorde con lo establecido en el proceso y que no es motivo de controversia en esta instancia, se verifica lo siguiente:

2.1. Se acreditó con la copia del formulario E-26 SE⁴⁶ del 9 de marzo de 2014, que la señora Claudia Nayibe López Hernández fue elegida senadora por el partido Alianza Verde, para el periodo constitucional 2014-2018 e igualmente se aportó copia de la Resolución nro. 3006 del 17 de julio de 2014, proferida por el Consejo Nacional Electoral, *“Por medio de la cual se declara la elección de Senado de la República para el periodo 2014-2018 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales”*^{47, 48}.

2.2. La acusada, en su condición de senadora e integrante de la Comisión Primera del Senado de la República, participó en la deliberación y votación del Proyecto de Ley número 14 de 2017, *“Por medio del cual se fortalece la política criminal y penitenciaria de Colombia y se dictan otras disposiciones,”* presentado por el Gobierno Nacional, que buscaba la eliminación de varios artículos de la Ley 599 de 2000, Código Penal, entre otros, los artículos 220 y 221, relativos a los tipos penales de injuria y calumnia, sin que manifestara impedimento alguno.

2.3. Para el momento en que se surtió el debate del proyecto de ley en la Comisión Primera del Senado, esto es, entre el 20 de septiembre y el 24 de octubre de 2017, estaban en trámite ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra la senadora Claudia Nayibe López Hernández, doce (12) actuaciones penales por los delitos de injuria y calumnia, de las 20 enlistadas por el actor en la demanda.

2.4. Los respectivos procesos penales se encontraban en el siguiente estado⁴⁹:

Nro.	Radicado	Fecha denuncia	Magistrado Ponente	Denunciante	Estado del proceso	Última actuación
1	11001020 40002014 0230900	30/10/2014	Dr. José Luis Barceló Camacho	Elber Velasco Garavito	Archivado con Resolución Inhibitoria	Archivado

⁴⁶ Folios 19 a 39 cuaderno 1.
⁴⁷ Folios 40 a 51 cuaderno 1.
⁴⁸ Quien tomó en debida forma posesión de su cargo.
⁴⁹ Según la relación y estado procesal transcrito en la sentencia de primera instancia.

					del 17/ene/2018	
2	11001020 40002015 0012200	26/01/2015	Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa	Marco Alirio Cortes Torres	Al despacho con auto de conciliación fallida 29/ago/2016	Investigación previa recaudo probatorio auto 13 de febrero de 2018
3	11001020 40002015 0076400	21/04/2015	Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa	Juan Samy Merheg Marún	Al despacho con auto de conciliación fallida 29/ago/2016	Investigación previa recaudo probatorio auto 12 de febrero de 2018
4	11001020 40002015 0155000	30/07/2015	Dra. Patricia Salazar Cuellar	Juan Francisco Gómez Cerchar	Archivado con auto de Inadmisión del 6 de abril de 2018	Archivado
5	11001020 40002015 0174300	31/08/2015	Dr. Eugenio Fernández Carlier	Orlando Mosquera Forero	Archivado con Resolución Inhibitoria 05/feb/2018	Archivado.
6	11001020 40002015 095400	30/09/2015	Dr. Luis Guillermo Salazar Otero	Sandra Paola Hurtado Palacio	Al despacho en etapa previa 19/dic/2017	Inhibitorio 16 de junio de 2018 -proceso archivado
7	11001020 40002015 0195700	01/10/2015	Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa	Luis Pérez Gutiérrez	Al despacho pendiente conciliación (6/sep/2018) , de acuerdo a lo expresado por el oficio de fecha 17/04/2018	Investigación previa - recaudo probatorio auto del 07 de diciembre de 2017
8	11001020 40002015 0201200	09/10/2015	Dra. Patricia Salazar Cuellar	Cesar Augusto Pareja Giraldo	Audiencia de Conciliación 12/jun/2017	Investigación previa - recaudo probatorio - auto del 12 de junio del año en curso
9	11001020 40002016 0070300	12/04/2016	Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa	José Félix Lafaurie Presidente Fede. Nacional de Ganaderos	Al despacho pendiente fijar fecha conciliación, de acuerdo a lo expresado por el oficio de fecha 17/04/2018	Investigación previa -auto del 07 de diciembre de 2017
10	11001020 40002016 0086200	05/05/2016	Dr., José Francisco Acuña Vizcaya	Rodolfo Palomino López	Al despacho con auto de conciliación fallida del	Investigación previa -auto del 18 de julio de 2016

					12/feb/2018	
11	11001020 40002016 0099100	25/05/201 6	Dr., José Francisco Acuña Vizcaya	Samuel Alejandro Hoyos Mejía	Al despacho sin realizarse conciliación Fijada para 5/feb/2018, de acuerdo a lo expresado por el oficio de fecha 30/04/2018	Investigación previa - recaudo probatorio auto del 13 de febrero de 2018
12	11001020 40002016 0127700	07/07/201 7	Dr. José Luis Barceló Camacho	Alfredo Ramos Maya	Surtida etapa probatoria, de acuerdo con lo expresado por el oficio de fecha 20/04/2018.	Inhibitorio 05 de julio de 2018 -proceso archivado

3.-. ANÁLISIS DE LA SALA

La Ley 1881 de 2018, normativa bajo la cual se tramitó el presente proceso de pérdida de investidura, prevé en el artículo 14 las reglas que rigen el recurso de apelación⁵⁰; sin embargo, como el artículo 21 *ejusdem*⁵¹ remite en los aspectos que

⁵⁰ “**ARTÍCULO 14.** El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia se sujetará a las siguientes reglas:

1. Deberá interponerse y sustentarse ante la Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación. El recurso de apelación será la oportunidad para solicitar pruebas en segunda instancia.

2. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al Secretario General del Consejo de Estado, quien lo repartirá entre los Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que decidirá de plano sobre su admisión si no se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si el apelante pidió pruebas, el magistrado ponente decidirá si se decretan, de conformidad con lo previsto en el artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre pruebas en segunda instancia.

3. Del auto admisorio del recurso de apelación se dará traslado, por tres (3) días hábiles, a la otra parte y al Ministerio Público para que ejerza su derecho de contradicción, solicite la práctica de pruebas, en los términos del artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y presente concepto, respectivamente.

4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio, si a él hubiere lugar, el Magistrado ponente deberá registrar el proyecto de sentencia, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes y citará a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para estudiar, discutir y decidir la ponencia presentada.”

⁵¹ *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*

allí no estén regulados a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011⁵² y, de manera subsidiaria, a lo establecido por la Ley 1564 de 2012⁵³, se tendrá en cuenta que el artículo 320 de esta última codificación sostiene: *“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*. (se destaca).

En este caso, las partes no cuestionan los hechos probados sino que difieren del alcance que corresponde a la causal de conflicto de intereses endilgada a la acusada, por no declararse impedida para participar en la discusión y votación del proyecto de ley que pretendía la despenalización de los delitos de injuria y calumnia, pese a que se adelantaban ante la Corte Suprema de Justicia unas investigaciones preliminares en su contra por los mismos delitos.

Acorde con lo señalado, el problema que deberá resolverse en sede de apelación es el siguiente:

¿Incorre en causal de pérdida de investidura por conflicto de intereses la congresista que participa en el debate y votación de un proyecto de ley en el que se pretende despenalizar los delitos de injuria y calumnia, cuando al mismo tiempo se han presentado en su contra unas denuncias por esta clase de delitos y no ha sido llamada a indagatoria ni se le ha declarado persona ausente?

Para responder lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se pronunciará sobre: **i)** el carácter sancionatorio de la pérdida de investidura; **ii)** lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-442 de 2011; **iii)** el precedente citado como desconocido proferido por el Consejo de Estado; **iv)** el marco de la libertad de expresión, y **v)** el caso concreto.

compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

⁵² “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁵³ “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

3.1. El carácter sancionatorio de la pérdida de investidura: La Ley 1881 del 15 de enero de 2018⁵⁴ fue clara en disponer el carácter sancionatorio que comporta el proceso de pérdida de investidura, advirtiendo que se trata de un juicio de responsabilidad subjetiva⁵⁵.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha destacado su naturaleza y finalidad al afirmar que es “(...) *una acción pública de carácter sancionatorio prevista en la Constitución y la ley, que 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.* (...)”⁵⁶.

La Sala también ha puesto de presente que acorde con el artículo 183 de la Carta Política, la acción de pérdida de investidura es de índole judicial pero al mismo tiempo tiene una naturaleza ético política, puesto que permite la desvinculación de un congresista de su cargo de elección popular e implica a futuro la inhabilidad perpetua para ejercer cargos de la misma naturaleza (artículo 179 *ejusdem*); de estar demostrado que incurrió en alguna de las causales de procedencia señaladas de forma taxativa en la Carta Política; entre ellas, el conflicto de intereses, así⁵⁷:

“(...) *De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la pérdida de investidura se surte a través de un proceso jurisdiccional, de carácter ético político y que constituye una sanción equiparable, por sus efectos y gravedad, a la destitución de los altos funcionarios públicos*⁵⁸, *que corresponde a un régimen de especial rigor exigido a los miembros del Congreso*⁵⁹, (...)” por lo tanto, “(...) *el proceso debe surtirse con el pleno respeto del debido proceso y del*

⁵⁴ “POR LA CUAL SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS, SE CONSAGRA LA DOBLE INSTANCIA, EL TÉRMINO DE CADUCIDAD, ENTRE OTRAS DISPOSICIONES”.

⁵⁵ “**ARTÍCULO 1.** *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 culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.*”

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-424 del 11 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de agosto de 2012. C.P. Hernán Andrade Rincón. Expediente radicación nro. 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI).

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-319/94 M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-247/95 M.P. José Gregorio Hernández; C-280/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-162/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

derecho de defensa de las personas sujetas a investigación⁶⁰. La severidad de la sanción y la seriedad de las implicaciones sobre los derechos fundamentales en juego -como son el derecho a ser elegido y la participación ciudadana desde esa misma óptica, la de ser elegido- exigen un acatamiento celoso de las garantías procesales del funcionario acusado⁶¹”⁶².

Haciendo referencia al carácter sancionatorio del juicio de pérdida de investidura, la Sala ha dicho⁶³:

“[...] La pérdida de investidura, según se advierte de las memorias de la Asamblea Nacional Constituyente⁶⁴, fue concebida con un fin sancionatorio, pero sobretudo moralizador que permitiera la depuración de una de las instituciones más importantes del Estado, el Congreso de la República.

(...)

Esta sanción⁶⁵ de la pérdida de investidura fue contemplada para los congresistas en los siguientes términos: “... que violen el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y conflictos de interés, igualmente la inasistencia en un mismo periodo de sesiones a seis reuniones plenarias en que se voten proyectos de actos legislativos, o de ley, o mociones de censura a los ministros, igualmente se establece que se pierde la investidura si el elegido no se posesiona a los ocho días siguientes a la instalación de la Cámara correspondiente, o si el llamado a posesionarse, porque es quien estando en un renglón siguiente de alguien que perdió la investidura o que no hubo falta absoluta, frente a quien no hubo falta absoluta es llamado a posesionarse, y no se posesiona durante los ocho días siguientes, en este caso pierde la investidura (sic) y naturalmente habría que proceder a llamar al que corresponda en la lista⁶⁶”.

Así mismo, debido a la necesidad de recuperar el prestigio y la buena moral que había perdido el Congreso⁶⁷ se estableció en la misma Asamblea, que al ser decretada la pérdida de investidura se convertía a su vez en una causal de inelegibilidad para volver a ser Congresista (lo que en términos coloquiales pero ya integrado al lenguaje electoral y político se ha llamado la “muerte política”).

(...)

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-544 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶¹ Este criterio fue reiterado en la sentencia T-086 de 2007. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶² Ibídem. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de agosto de 2012. C.P. Hernán Andrade Rincón. Expediente radicación nro. 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI).

⁶³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de abril de 2018. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Expediente radicación número: 11001-03-13-000-2017-00328-00(PI).

⁶⁴ Ver folio 40 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 184 – Sesión Comisión Tercera de 25 de abril.

⁶⁵ Ver folio 37 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 183 – Sesión Comisión Tercera de 25 de abril.

⁶⁶ Ver folio 40 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 184 – Sesión Comisión Tercera de 25 de abril.

⁶⁷ ver folio 18 ibídem.

4. TIPOS SANCIONATORIOS EN EL CONTEXTO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

(...)

En lo que concierne a sus particularidades, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado, a la manera de un “leitmotiv”, su carácter sancionador⁶⁸, que reprime las afrentas que al principio de representación democrática genera el actuar de éstos.

Se trata así de una acción pública que tiende a depurar –para lo que interesa al sub judice– el órgano legislativo del Estado de conductas insanas –por lo que se sustenta en un ideario moralizador⁶⁹– que propende por la probidad de quienes ostentan o han ostentado la calidad de parlamentarios.

“La Corte Constitucional ha establecido que debido al carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, esta figura “está sujeta, de manera general a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las modulaciones especiales que son necesarias para la realización de sus fines constitucionales.”

En todo caso, y a pesar de su maleabilidad, lo cierto es que los principios que orientan el derecho sancionador y, por consiguiente, el ejercicio del “ius puniendi”⁷⁰ en el Estado Social y Democrático de Derecho estatuido por la Carta Política de 1991, irradian el juicio político al que se hace mención. [...]”

En ese escenario, dado el carácter sancionatorio y las consecuencias que conlleva esta acción pública, la Sala destaca la necesidad de que la causal invocada, para el caso, la de conflicto de intereses, abarque en su entendimiento y sin dubitación alguna, su configuración, de tal manera que se estructure a través de las conductas que se le endilgan a la ex congresista y por lo tanto implique el desconocimiento de los postulados previstos en la Constitución Política.

3.2. La línea argumentativa de la Sentencia C-442 de 2011 proferida por la Corte Constitucional:

⁶⁸ Ver, entre otras: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2016-01700-00(PI). C.P. Milton Chaves García. Sentencia de 29 de agosto de 2017.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-424 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz. “La pérdida de investidura es una acción pública, que comporta un juicio de naturaleza ética que tiene como propósito proteger la dignidad del cargo que ocupan los miembros de cuerpos colegiados...”

⁷⁰ En este punto, preciso resulta indicar que la facultad sancionadora en cabeza del Estado no encuentra manifestación exclusiva en los postulados que estructuran el derecho penal. En efecto, el derecho de sanción, más conocido como “ius puniendi”, encuentra expresión en otros subsistemas normativos que trascienden los contornos de la materia penal. En ese sentido, se tiene el derecho disciplinario, el derecho sancionatorio fiscal y aduanero, y en lo que respecta al asunto de autos, el juicio de la pérdida de investidura que sin lugar a dudas materializan la potestad sancionatoria del Estado.

En dicha providencia, la Corte estudió la exequibilidad, entre otros, de los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000, “*por la cual se expide el Código Penal*”; en su examen estableció que definir el alcance de la libertad de expresión era relevante con el propósito de explorar la legitimidad constitucional de la tipificación penal de los delitos de injuria y calumnia; para ello, analizó: (i) la libertad de expresión a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y del ordenamiento constitucional colombiano; (ii) que los tipos penales de injuria y calumnia son medidas de protección de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre; (iii) la potestad de configuración del legislador en materia penal y el principio de estricta legalidad.

La Corte explicó que, el cuerpo normativo que regula este derecho está conformado por el artículo 20 constitucional, el artículo 13 de la CADH y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mencionando que todos estos preceptos son plurinormativos y no regulan exclusivamente la libertad de expresión.

Luego de definir en qué consiste la libertad de expresión, en el sentido que su titularidad es universal y a la vez compleja, indicó que: en materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales, y a su vez, un mecanismo de protección de los mismos, así como de otros bienes constitucionales y por ello los tipos penales de injuria y calumnia pueden ser considerados, eventualmente, como una limitación a la libertad de expresión.

Se resalta de lo afirmado, lo siguiente:

“[...] No obstante, la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones, esa posibilidad se desprende claramente del artículo 13 de la CADH cuando señala que su ejercicio puede ser objeto de responsabilidades ulteriores fijadas por la ley y necesarias para garantizar los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública. En el mismo sentido el artículo 19 del PIDCP expresamente señala que este derecho puede ser objeto de restricciones siempre y cuando estén expresamente fijadas por la ley y sean necesarias asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

“En todo caso las limitaciones a la libertad de expresión están sujetas a un control constitucional estricto, como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación. Ahora bien, como se anotó previamente se ha entendido que los tipos penales de injuria y calumnia se erigen como restricciones a la libertad de expresión, razón por la cual resulta necesario explorar esta perspectiva. [...]” (Subrayas de la Sala)

El órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en la misma providencia recordó que los delitos de injuria y calumnia pretenden tutelar los derechos a la honra y al buen nombre sin distinguir el sujeto activo de la conducta tipificada, por lo que no fueron diseñados para proteger la honra y el buen nombre de los servidores públicos, sino que van dirigidos a preservar los derechos fundamentales de cualquier persona residente en Colombia, para concluir que el supuesto abuso que hacen ciertas personas de la denuncia penal como instrumento para restringir la libertad de expresión no es una razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los tipos de injuria y de calumnia.

3.3. El precedente del Consejo de Estado citado como desconocido por el recurrente:

La parte solicitante estima que la sentencia impugnada desconoció la providencia del 7 de mayo de 2002 proferida en el proceso con radicación número 11001-03-15-000-**2001-00211**-01(PI-031)⁷¹, que decretó la pérdida de investidura del representante a la cámara Francisco Canossa Guerrero, puesto que, según él, no existe el requisito de la llamada a indagatoria o la declaratoria de persona ausente para que pueda reputarse que un congresista está inmerso en un conflicto de intereses, según las voces del artículo 183 de la Constitución Política.

La mencionada parte cuestiona que la libertad de expresión de los congresistas pueda convertirse en una justificación para que la demandada, so pretexto del deber de participar en el proceso de formación de las leyes, no se haya declarado impedida para debatir y votar el Proyecto de Ley nro. 14 de 2017, que buscaba la eliminación de los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000⁷², afirmando que la decisión de primera instancia desconoció lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-442 de 2011, así como la línea de precedentes sobre conflictos de interés de los congresistas establecida por el Consejo de Estado en la referida sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 7 de mayo de 2002, expediente número 11001-03-15-000-2001-00211- 01.

⁷¹ C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁷² “por medio de la cual se fortalece la política criminal y penitenciaria en Colombia y se dictan otras disposiciones”.

Para establecer si la sentencia invocada como desconocida constituye precedente, la Sala observa lo siguiente:

En dicho proceso la parte actora afirmó que el señor Francisco Canossa Guerrero fue elegido representante a la cámara por la circunscripción electoral de Bogotá para el período 1998 – 2002 y designado miembro de la Comisión Primera de Asuntos Constitucionales; el 5 de abril de 1998 se formuló denuncia en su contra, ante la Corte Suprema de Justicia, por los delitos de injuria y calumnia; el representante rindió versión libre y espontánea por estos hechos y el Fiscal General de la Nación presentó en el mismo año (1998) proyectos de reforma al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, y pese a que estaba enterado de las indagaciones que se adelantaban en su contra, aquel no se declaró impedido para deliberar ni votar tales proyectos, por lo que votó a favor de las modificaciones a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Frente a estos cargos la Sala en aquella oportunidad decidió lo siguiente:

(i) Desestimó el referido a que el demandado no se hubiese declarado impedido cuando votó en bloque y afirmativamente el articulado del proyecto de Código de Procedimiento Penal, por considerar que el artículo 4º letra c) de la Ley 144 de 1994, que regulaba el procedimiento de pérdida de investidura, exigía que en el escrito de solicitud de esta medida se invocara la correspondiente causal con su debida explicación, y *“(…) Afirmar que el demandado se podía beneficiar porque simplemente existían en el proyecto de Código de Procedimiento Penal normas como aquellas a las que aludió el actor, es incurrir, al formularse el cargo, en ostensible imprecisión y vaguedad, dado que tal ordenamiento está integrado en parte muy importante por normas procesales relativas a la libertad y a medidas de aseguramiento, por lo cual debe concluirse que de ese modo sería imposible efectuar la correspondiente verificación”*.

(ii) En lo atinente a que el demandado fue denunciado ante la Corte Suprema de Justicia, entre otros, por los delitos de injuria y calumnia, analizó que el artículo 218 del proyecto de Código Penal que votó lo favorecía, al establecer que no había lugar a responsabilidad si el autor o partícipe se retractaba voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, sin la exigencia del artículo 318 del Código Penal anterior, que requería el consentimiento del

ofendido; en razón de ello advirtió que el demandado debió declararse impedido para participar en los debates o votar, lo que no hizo.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia certificó que adelantaba diligencias previas contra el señor Francisco Canossa Guerrero (No. 15714) por los presuntos delitos de *injuria y calumnia*, y que el 14 de febrero de 1999 había ordenado la apertura de investigación preliminar así como la práctica de diligencia de versión libre, la cual se llevó a cabo el 9 de agosto del mismo año, por lo que no existía vinculación mediante indagatoria, y revisado el expediente tampoco había constancia de retractación del doctor Canossa Guerrero.

De igual manera, la Sala Penal de la Corte hizo saber que, bajo el número 15716, cursaban diligencias previas contra el señor Canossa Guerrero por los presuntos delitos de *injuria y calumnia*, por denuncia formulada en esa Corporación el 15 de abril de 1999 y luego de ordenada la apertura de investigación preliminar y la práctica de diligencia de versión libre, en providencia del 18 de septiembre de 2001, se declaró abierta la instrucción, se ordenó citar a audiencia de conciliación a las partes y se dijo que de no llegarse a un acuerdo, se vincularía mediante indagatoria al encartado.

(iii) En el proceso se tuvo por demostrado que, con posterioridad a las versiones libres rendidas por el acusado, se presentaron por el Fiscal General de la Nación los proyectos de Códigos Penal y de Procedimiento Penal ante el Congreso. En el primero, en relación con los referidos delitos, el artículo 318 establecía que no había lugar a punibilidad si el autor o partícipe se retractaba con el consentimiento del ofendido. El proyecto, en cambio, previó en el artículo 218, que no habría responsabilidad si el autor o partícipe se retractaba voluntariamente, sin exigir el consentimiento de aquél.

De ahí se dedujo que al demandado sí lo afectaba el proyecto del artículo 218, pues de convertirse en ley, surgía para él la posibilidad, mediante su retractación voluntaria y sin requerir del consentimiento del ofendido, de librarse de responsabilidad respecto de los ilícitos de injuria y calumnia que se le habían imputado; razón por la cual, a la luz de los artículos 182 de la C.P. y 286 de la Ley 5 de 1992, el congresista Canossa Guerrero estaba en la obligación de poner en conocimiento de la Cámara la situación que lo inhibía para participar en el trámite del asunto sometido a su consideración, lo que no había hecho; por consiguiente,

la Sala concluyó que la denuncia de la accionante en relación con este punto estaba comprobada.

La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha definido como precedente judicial *“la sentencia o conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia o semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*⁷³. Al respecto, estableció como criterios para concluir cuando se está ante un precedente, los siguientes: *“i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente”*⁷⁴.

Bajo los parámetros indicados, un precedente se configura cuando la sentencia pretende resolver un idéntico problema, desde la perspectiva jurídica y fáctica, lo que supone un mismo aspecto jurídico a considerar, unos mismos hechos relevantes, probados y debidamente connotados e iguales fundamentos en derecho.

Visto así, el desconocimiento del precedente supone que la sentencia cuestionada se identifica con aquél en su objeto y causa, entendiéndose por el primero la pretensión jurídica analizada, y por la causa los hechos en que se funda dicha pretensión y los fundamentos normativos de la misma. No habrá entonces desconocimiento del precedente si la sentencia analizada difiere en cualquiera de los aspectos aludidos.

En ese contexto, aunque se presenta identidad jurídica, también se observa que no se configura el desconocimiento del precedente, debido a que el interés directo y personal del demandado se vio comprometido en la medida que, con ocasión de la modificación introducida al Código Penal en los delitos de injuria y calumnia, específicamente en lo relativo a la posibilidad de la retractación sin el consentimiento del ofendido, éste obtuvo un beneficio, puesto que se suprimió la necesidad de obtener su aquiescencia, de donde se dedujo que quebrantó el

⁷³. Corte Constitucional. Sentencias T-088 de 2018, T-499 de 2017, T-292 de 2006 y Auto 397 de 2014.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-088 de 2018 y SU-053 de 2015.

Régimen de Conflicto de Intereses previsto por el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política como causal de pérdida de investidura.

Lo dicho, por cuanto, en el régimen anterior a la modificación quedaba expuesto a que se le impusiera una sentencia condenatoria que no podía evitar unilateralmente, con las implicaciones que ello tendría para su curul, de conformidad con lo establecido en los numerales 1 del artículo 179 del a Constitución Política⁷⁵ y del artículo 280 de la Ley 5 de 1992⁷⁶.

En efecto, en el Decreto – Ley 100 del 23 de enero de 1980, “Por el cual se expide el nuevo Código Penal”, la figura de la retractación para los delitos de injuria y calumnia estaba prevista de la siguiente manera:

“[...] Artículo 318. RETRACTACIÓN. No habrá lugar a punibilidad si el autor o partícipe de cualquiera de los delitos previstos en este Título, se retractare antes de proferirse sentencia de primera o única instancia con el consentimiento del ofendido, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa de responsable, se cumpla con el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el juez, en los demás casos.

No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o la rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia. [...]”

Mientras que en la Ley 599 del 24 de julio de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, la figura de la retractación para los mentados tipos penales fue regulada de la siguiente manera:

“[...] Artículo 225. RETRACTACIÓN. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa de responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia. [...]”

⁷⁵ “Artículo 179. No podrán ser congresistas: // 1. Quienes haya sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. (...)”.

⁷⁶ “Artículo 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos congresistas: // 1. Quienes hayan sido condenados, en cualquier época, por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. (...)”.

En este orden, lo que la Sala concluye es que, comoquiera que en el caso aquí analizado el denunciado tiene la potestad de terminar unilateralmente las diligencias penales, dado que la legislación vigente permite retractarse sin contar con el consentimiento del ofendido, se colige que no puede predicarse en este evento el mismo interés directo que se le atribuyó al señor Canossa como presupuesto necesario para estructurar un conflicto de interés, supuesto de hecho relevante que no permite configurar el precedente, pues, de conformidad con la legislación vigente, la senadora aquí enjuiciada podría evitar la condena, si es del caso, retractándose de forma unilateral, atendiendo lo señalado por el artículo 225 del Código Penal.

Pese a lo anotado, la Sala entiende que el simple hecho que el caso referenciado del año 2002 no constituya precedente, no es motivo suficiente para descartar de plano la causal de pérdida de investidura invocada, y para ello es indispensable continuar con el análisis de las demás argumentaciones formuladas por el solicitante.

Sin perjuicio de lo afirmado, también debe tenerse en cuenta que tal línea jurisprudencial fue modificada y la línea vigente exige que el congresista esté formalmente vinculado al proceso penal para que pueda predicarse la existencia de un conflicto de intereses; ello se colige de las siguientes decisiones:

En sentencia del 24 de febrero de 2015⁷⁷, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo concluyó que el conflicto de intereses solo se configura cuando existe vinculación formal del congresista al proceso penal, y en consecuencia, el interés directo y particular que le impide participar en los debates y votaciones de los proyectos de ley se materializa cuando éste ha sido vinculado de manera formal a través de indagatoria o la declaración de persona ausente; aunque la situación fáctica que allí se estudió difiere del caso bajo análisis, es posible deducir la regla según la cual: “[...] *La existencia de diligencias previas o preliminares a la investigación penal, o de investigación previa (...), no tiene el alcance suficiente para configurar el interés directo y actual que permita decretar su pérdida de investidura*”⁷⁸ [...]”.

De la citada providencia se extrae lo siguiente:

⁷⁷ Expediente radicación número: 11001-03-15-000-2012-01139-00 (PI-2012-01139 y 2012-01443) acumulados. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁷⁸ Páginas 131 y 132 de la providencia.

“[...] En efecto, en casos anteriores la Sala Plena, en el contexto del denominado “proceso 8.000”, con ocasión de las solicitudes de pérdida de la investidura promovidas en contra de los Senadores Armando Holguín Sarria, Jorge Ramón Elías Nader, José Guerra de la Espriella y Francisco José Jattin Safa, tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la ocurrencia de conflicto de interés por haber participado en la votación de un proyecto de ley contentivo de una norma de la cual derivaba una ventaja o beneficio en materia penal, concretamente, el del denominado “narcomico”, existiendo investigaciones penales o diligencias preliminares en su contra en las cuales dicho contenido normativo habría tenido una incidencia benéfica.

En dichas ocasiones la tendencia mayoritaria de la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado fue la de considerar que uno de los aspectos determinantes para la configuración de la causal en estudio era el referente al “conocimiento anticipado” que hubiera tenido el Congresista demandado acerca de la existencia de un proceso penal en su contra, la incidencia favorable en su situación penal del proyecto de norma cuestionado y su intervención en la discusión y votación del mismo en busca de ese resultado favorable.

Así, el conflicto de interés no se configuraba si el Senador desconocía al momento de votar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia adelantaba en su contra investigación preliminar, pero sí se configuraba si éste tenía conocimiento de una investigación en su contra, en la que era evidente el delito por el cual se le estaba investigando.

En cuanto a la valoración probatoria, en ese momento el Consejo de Estado analizó en cada caso si el acusado tenía conocimiento o no de la investigación. Para ello consideró si había (i) rendido o no versión libre y (ii) si se había indicado, de alguna manera, el delito por el cual se investigaba. Si no había rendido versión, consideró que no existía conocimiento. Si había rendido versión, pero las autoridades indicaban que era por un delito distinto, tampoco podría entenderse que conocía de la investigación en la cual el contenido normativo en proyecto hubiese tenido una incidencia benéfica.

Siguiendo en el caso sub-examine la regla que frente a los supuestos fácticos examinados se fijó en el antecitado lineamiento jurisprudencial, se tiene que en el caso de los Congresistas demandados no obra prueba de que se les hubiera recibido versión libre en las investigaciones penales o averiguaciones preliminares que para la fecha en que suscribieron el Informe de Conciliación, adelantaba en su contra la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; y tampoco obra otra prueba que acredite inequívocamente que en razón a otras circunstancias o fuentes conocían de la existencia de tales investigaciones penales o averiguaciones preliminares.

[...]”

A su turno, en la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2016 igualmente por esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁷⁹, se reiteró dicha posición, advirtiendo que “(...) la simple denuncia penal o queja disciplinaria no es suficiente para deducir de allí un supuesto conflicto de intereses morales. (...)”.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de noviembre de 2016. C.P. William Hernández Gómez. Expediente radicación número: 11001-03-15-000-2014-03117-00(PI).

De esta providencia es pertinente destacar lo siguiente:

“[...] Es oportuno recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que la causal de impedimento por la formulación de denuncia penal o disciplinaria, sólo se configura si el recusado o quien deba declararse impedido, se encuentra vinculado jurídicamente a la investigación penal o disciplinaria, cuyo objeto o tema ha de ser diferente al que por competencia corresponda decidir al servidor público cuestionado⁸⁰.

La anterior regla quedó claramente consignada en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley 1437, cuyo texto es el siguiente:

“[...] 6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal. [...] (subrayado fuera de texto).

(...)

Las investigaciones penales o disciplinarias de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política y demás normas concordantes, están sometidas al debido proceso, el cual garantiza que el aporte de las pruebas y argumentos de la defensa se realicen en las oportunidades legalmente previstas para efectos de juzgar el supuesto ilícito penal o disciplinario.

[...]”.

En consecuencia, como en el presente caso, de las doce (12) actuaciones penales adelantadas en contra de la congresista por los delitos de injuria y calumnia, cinco (5) estaban archivadas, cinco (5) se encontraban en investigación previa en recaudo probatorio y en las dos (2) restantes solo se había abierto investigación previa, no era predicable la existencia de un conflicto de intereses que le impidiera participar en el debate del proyecto de ley puesto a consideración de la Comisión Primera del Senado de la República.

Ahora bien, dado que el recurrente afirma que so pretexto de la libertad de expresión y de su ejercicio total y sin límites, la decisión de primera instancia crea un precedente que permite a los congresistas atacar la dignidad de las personas bajo el marco de protección de este derecho y solicitó en su recurso que no sea acogida dicha posición, la Sala se detendrá en analizar el marco general del mismo desde la perspectiva doctrinal, legal y jurisprudencial.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 7 de mayo de 2015. Radicación 11001-03-28-000-2014-00042-00(IMP). Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

3.4. El marco general de la libertad de expresión:

Este derecho en los últimos años, ha sido objeto de importantes pronunciamientos tanto a nivel interamericano como a nivel nacional, que han permitido ampliar su espectro de protección, en la medida que constituye uno de los pilares fundamentales de toda democracia.

En este escenario, la Sala destaca que, en especial tratándose de la gestión pública, los derechos a la honra y al buen nombre tienen un ámbito de mayor restricción que frente a los particulares, y, en lo que hace relación con los congresistas, la esfera constitucional salvaguarda la inviolabilidad de sus opiniones por configurar la expresión de los principios esenciales de la separación de los poderes, así como de la soberanía popular.

3.4.1. En la doctrina:

Desde el punto de vista doctrinal, *“la libertad de expresión aparece como una garantía para que el Estado respete la diversidad de opiniones, creencias e ideas. Frente a tal diversidad, el Estado ha de permanecer neutral. Ante los terceros, no obstante, el Estado debe proteger la libertad de expresión y garantizar que no existan constreñimientos para expresar las ideas. En otras palabras, en este caso la libertad de expresión aparece como una garantía de libertad negativa⁸¹”;* su propósito no es la autorrealización individual sino la preservación de la democracia y de los derechos de un pueblo, en tanto puede decidir qué tipo de vida quiere vivir⁸².

Por ello, se ha dicho que *“No hay democracia sin debate público y no hay debate público sin libertad de expresión, libertad de los medios de comunicación y libertad de información. Además, para que la libertad de comunicación sea completa debe comprender un aspecto activo – la libertad de expresar las propias opiniones – y*

⁸¹ Henrik López Sterup. Grimm. Libertad de Expresión: ¿protección de la sociedad misma? En “Libertad de Expresión Entre Tradición y Renovación. Ensayos en homenaje a Owen Fiss”. Esteban Restrepo Saldarriaga. Compilador. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Primera edición. Ediciones Uniandes. Año 2013. Página 120.

⁸² Owen Fiss. Libertad de Expresión y Estructura Social. Traducción: Jorge F. Malem Seña. Primera Edición 1997. Distribuciones Fontamara S.A. México. D. F. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Página 23.

uno pasivo – la libertad de recibir las opiniones de otros⁸³ (...). Con el fin de conseguir un equilibrio justo entre la libertad de expresión, por un lado, y otros valores, derechos e intereses protegidos, por el otro, la mayoría de los países utilizan el principio de proporcionalidad, desarrollado originalmente en el derecho administrativo alemán en el siglo XIX y transformado en un principio constitucional por el Tribunal Constitucional alemán en la década de los cincuenta, desde donde se extendió a otras jurisdicciones del mundo⁸⁴.”

3.4.2. En la legislación:

3.4.2.1. En la legislación internacional:

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, se instituyó la necesidad de proteger los derechos del hombre, garantizando desde el preámbulo la libertad de palabra y creencias; además, se estableció en el artículo 19 lo siguiente⁸⁵:

“Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁶ preceptuó en el artículo 19⁸⁷:

“[...] 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁸³ Dieter Grimm. Libertad de Expresión en un Mundo de Globalización. En “Libertad de Expresión Entre Tradición y Renovación. Ensayos en homenaje a Owen Fiss”. Esteban Restrepo Saldarriaga. Compilador. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Primera edición. Ediciones Uniandes. Año 2013. Página 65.

⁸⁴ Refiriéndose al derecho a la libertad de expresión. Ibídem. Página 67.

⁸⁵ <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

⁸⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

⁸⁷ <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marco-normativo/legal/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Policos.pdf>

3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...]”

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos⁸⁸, el artículo 13 dispuso:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...]”

Por último, en la Carta Democrática Interamericana⁸⁹, aprobada en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones el 11 de septiembre de 2001 en Lima Perú, se previó:

“Artículo 4

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

3.4.2.2. La legislación en Colombia:

El artículo 20 de la Constitución Política estableció:

⁸⁸ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Fuente: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_america_na_derechos_humanos.html

⁸⁹ www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

“ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”⁹⁰

De manera específica en relación con los congresistas, el artículo 185 de la Carta señaló:

“ARTICULO 185. Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.”

Por su parte, la Ley 5 del 17 de junio de 1992, “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”, dispuso en el artículo 265:

“ARTÍCULO 265. PRERROGATIVA DE INVOLABILIDAD. Los Congresistas son inviolables por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo, pero responsables de conformidad con las disposiciones de este Reglamento.

Gozarán, aún después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en actos congresionales y por los votos emitidos en el ejercicio de su cargo.”

3.4.2.3. En la jurisprudencia:

3.4.2.3.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que la importancia de la libertad de expresión se deriva, entre otras razones, de su triple función en el sistema democrático y garantiza el respeto al Estado de Derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad⁹¹.

⁹⁰ La Ley 586 del 28 de junio de 2000 instituyó el día 13 de agosto de cada año como “Día de la Libertad de Expresión”.

⁹¹ Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de diciembre de 2009. Libro impreso gracias al apoyo financiero de la Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional- ASDI/SIDA. Textos elaborados con el apoyo de la Comisión Europea – Convenio IEDDH Cris No. 2009/167/432. Página 5 libro impreso. También puede consultarse:

La citada Corte ha dicho en su jurisprudencia que la trascendencia en el catálogo de los derechos humanos se fundamenta en su relación estructural con la democracia⁹² y tiene una doble dimensión; *“una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada”*^{93, 94}.

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>. Página 2.

⁹² Ibídem. Página 3. Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 112; Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82; Corte I.D.H., Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 105; Corte I.D.H., Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116.

⁹³ Corte I.D.H., Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 53; Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 75; Corte I.D.H., Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Transcritos en: Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.1 a); Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 108; Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 146; Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 77; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64; Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. Víctor Manuel Oropeza. México. 19 de noviembre de 1999, párr. 51; CIDH. Informe No. 11/96, Caso No. 11.230. Francisco Martorell. Chile. 3 de mayo de 1996. Párr. 53.

⁹⁴ Op. Cit. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de diciembre de 2009. Libro impreso gracias al apoyo financiero de la Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional- ASDI/SIDA. Textos elaborados con el apoyo de la Comisión Europea – Convenio IEDDH Cris No. 2009/167/432. Página 5 libro impreso. También puede consultarse: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>.

Luego de hacer un análisis sistematizado de los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión, ha desarrollado un test tripartito que se utiliza para determinar si las restricciones a este derecho son aceptables bajo los parámetros de la Convención, derivadas del artículo 13 *ibídem*, el cual exige (i) estar definida en forma precisa y clara a través de una ley formal, (ii) estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan^{95, 96}.

En cuanto a los tipos de discurso protegidos por la libertad de expresión, refiere lo siguiente⁹⁷:

[...] 2. Tipos de discurso protegidos según su contenido

a. Presunción de cobertura ab initio para todo tipo de expresiones, incluidos los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores

(...)

31. De particular importancia es la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁹⁸. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática⁹⁹. En este sentido, se ha señalado la especial importancia que tiene proteger la libertad de expresión “en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquéllas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría”¹⁰⁰; (...).’

Frente a estos discursos la Corte Interamericana ha explicado que si bien todas las formas de expresión están protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13

⁹⁵ *Ibídem*. Prólogo

⁹⁶ *Ibídem*. Página 24.

⁹⁷ *Ibídem*. Páginas 10 a 15.

⁹⁸ Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Corte I.D.H., Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Corte I.D.H., Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁹⁹ Corte I.D.H., mismos casos de la cita 99.

Serie C No. 195, párr. 116; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

¹⁰⁰ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

de la Convención Americana, algunos son importantes para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia, tratándose de: (a) el discurso político y sobre asuntos de interés público, (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos, y (c) el que configura un elemento de identidad o la dignidad personales de quien se expresa. Se destaca de lo señalado:

“[...] En términos de la CIDH, “[e]l tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública”¹⁰¹. Ello no implica que los funcionarios públicos no puedan ser judicialmente protegidos en cuanto a su honor cuando éste sea objeto de ataques injustificados, pero han de serlo de forma acorde con los principios del pluralismo democrático¹⁰², y a través de mecanismos que no tengan la potencialidad de generar inhibición ni autocensura.

42. Por otra parte, la jurisprudencia interamericana ha señalado que la libertad de expresión comprende el derecho a hacer denuncias sobre violaciones a los derechos humanos por parte de funcionarios públicos; que la obstrucción de este tipo de denuncias o su silenciamiento conlleva una violación de la libertad de expresión en sus dimensiones individual y colectiva¹⁰³; y que, en una sociedad democrática, la prensa tiene derecho a informar libremente y criticar al gobierno, y el pueblo tiene derecho a ser informado sobre distintas visiones de lo que ocurre en la comunidad. En particular, se encuentran especialmente protegidas las denuncias por las violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado¹⁰⁴.

[...]”

3.4.2.3.2. La jurisprudencia en Colombia

A nivel general:

Sobre el alcance de la libertad de expresión, la Corte Constitucional ha hecho grandes aportes luego de su inclusión expresa en la Carta Política de 1991; para ello es pertinente destacar:

¹⁰¹ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III Apartado B. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

¹⁰² Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 128.

¹⁰³ CIDH. Informe No. 20/99. Caso No. 11.317. Rodolfo Robles Espinoza e Hijos. Perú. 23 de febrero de 1999.

¹⁰⁴ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Transcritos en: Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 143. g) y h

En la sentencia T- 512 del 9 de septiembre de 1992¹⁰⁵, advirtió que la libertad de expresión tiene relevancia especial, no solo en cuanto se la rodea de garantías y formas de protección específicas, sino por la innovación que representa el hecho mismo de estar plasmada de manera explícita en la Constitución.

En el año 1994, en la sentencia T- 293 del 27 de junio¹⁰⁶, indicó que la libertad de expresión, garantizada por el artículo 20 de la Carta Política, encuentra una de sus más importantes manifestaciones en la capacidad que tiene toda persona de hacer conocer sus criterios, pensamientos, sentimientos, ideales y concepciones intelectuales y en la posibilidad de ejercer esta libertad sin la injerencia indebida y arbitraria del Estado ni de los particulares en un clima de espontánea y autónoma circulación de las ideas, constituyendo una de las conquistas fundamentales del Estado de Derecho; pero no puede sostenerse que quien hace uso de ella esté autorizado para transgredir mediante sus publicaciones la normatividad constitucional o para atropellar a otros miembros de la comunidad.

En el año 2000, en la sentencia de unificación 1721 del 12 de diciembre¹⁰⁷, reiteró la protección y prevalencia de la libertad de expresión en la modalidad de opinión periodística, subrayando que, cuando la libertad de información entra en conflicto con los derechos a la honra y al buen nombre, estos últimos deben ceder ante aquel, dada la función primigenia de control social que cumple la prensa para la subsistencia y profundización de las sociedades democráticas ya sea en su faceta de información (relación de hechos), o en su faceta de opinión (interpretación de hechos).

En el año 2007, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-391 del 22 de mayo¹⁰⁸, de gran relevancia por su extenso y detallado contenido, donde hizo un estudio sobre el alcance de la libertad de expresión y de información, así como su función dentro de los regímenes democráticos, determinando que existe una presunción a favor de la libertad de expresión cuyos principales efectos jurídicos son (i) la presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección, (ii)

¹⁰⁵ Sala Tercera de Revisión. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Acción de tutela de Iván Urdinola contra medios de comunicación.

¹⁰⁶ Sala Quinta de Revisión. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Acción de tutela interpuesta por menor de edad.

¹⁰⁷ M.P. Álvaro Tafur Galvis. Acción de tutela contra medios de comunicación.

¹⁰⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Acción de tutela instaurada por Radio Cadena Nacional S.A. - RCN en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Programa El Mañanero de la Mega.

la presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en caso de conflicto, (iii) la sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y la aplicación de un control de constitucionalidad estricto, y (iv) la prohibición de la censura.

En la misma providencia indicó que las cargas impuestas por esta presunción sobre las autoridades que pretendan limitarla son tres: la definitoria, que consiste en la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; la argumentativa, que debe contener los elementos necesarios para demostrar que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y la carga probatoria, a través de la cual las autoridades deben asegurarse que los elementos fácticos cuenten con una base sólida de evidencias y arrojen certeza sobre su veracidad. Por último, los requisitos para su limitación son los siguientes:

*“[...] (1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley,
(2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas,
(3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades,
(4) ser posteriores y no previas a la expresión,
(5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita, y
(6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental.
[...]”*

En el año 2011, en la sentencia C-442 del 25 de mayo¹⁰⁹, que es precisamente la que invoca el impugnante como desconocida, la Corte reiteró que la libertad de expresión en sentido estricto debe entenderse como el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Desde esa perspectiva puede ser entendida como una libertad negativa, implica el derecho de su titular a no ser molestado por manifestar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva, pero también como una libertad positiva, pues implica una capacidad de actuar por parte del titular del derecho y un ejercicio de autodeterminación.

En el año 2015, en la Sentencia de Unificación 626 del 1 de octubre del mismo año¹¹⁰, al estudiar la libertad de expresión a la luz de los tratados internacionales

¹⁰⁹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 1 de la Ley 599 de 2000.

¹¹⁰ M.P. Mauricio González Cuervo.

de derechos humanos y del ordenamiento constitucional colombiano, precisó que la libertad de todas las personas de difundir su pensamiento y opinión, se adscribe a: (i) el derecho a divulgar o poner en conocimiento del público cualquier idea, opinión o pensamiento, (ii) a oponerse a cualquier restricción, directa o indirecta, respecto de la forma o medio empleado para la difusión de las ideas, opiniones o pensamientos, y (iii) a oponerse a cualquier censura o control previo de la expresión, salvo cuando se trate de espectáculos públicos y el control se justifique en la protección moral de la infancia o la adolescencia; de lo señalado se cita:

“[...] Tal punto de partida es reconocido ampliamente por la jurisprudencia internacional. Así por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de expresión no es únicamente aplicable a las ideas favorables o inofensivas sino también a las que pueden resultar molestas (Caso Otto-Preminger-Institut vs. Austria). En esa misma dirección ha procedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al fijar el alcance del artículo 13 de la Convención.

(...)

“Pese al amplio alcance del derecho a divulgar y a la prohibición de controlar el contenido, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la libertad de difundir el pensamiento y las ideas no es absoluta y, en esa dirección, en algunos casos de colisión con el buen nombre, la honra o la intimidad, puede limitarse su ejercicio. En particular, al referirse al ejercicio de la libertad de opinión indicó que cuando se formulan críticas que supongan “niveles del insulto o, tratándose de expresiones dirigidas a personas específicas, resulten absolutamente desproporcionadas frente a los hechos, comportamientos o actuaciones, que soportan la opinión, de tal manera que, más que una generación del debate, demuestre la intención clara de ofender sin razón alguna o un ánimo de persecución desprovisto de toda razonabilidad, se activa un control intenso sobre las opiniones emitidas” [T-231 de 2005]. Igualmente, ha señalado que la libertad de difusión no protege aquellas expresiones que se refieran a datos íntimos de las personas, dado que la prevalencia de la libertad de expresión “no puede ser reconocida en relación con el derecho a la intimidad, por la sencilla razón que la intromisión en la esfera íntima o privada de un sujeto, sin su consentimiento o autorización legal, es siempre violatoria de su contenido esencial” [T-787 de 2004].

[...]”

En la sentencia T-546 del 11 de octubre de 2016¹¹¹, refiriéndose a la libertad de información y al derecho de opinión, recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido que todas las formas de expresión están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, y que algunas de ellas están especialmente garantizadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *“Así ocurre por ejemplo con el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos”*; el discurso político, ***“que versa sobre asuntos de interés público, y el discurso que***

¹¹¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa^{112, 113} (negrillas en la providencia).

Por último, en el año 2018, la Corte Constitucional, en la sentencia T-239 del 26 de junio¹¹⁴, resaltó que la libertad de expresión es uno de los elementos determinantes de toda democracia, ya que promueve la participación y el intercambio de posiciones diferentes que, a su vez, pueden constituir un control del ejercicio del poder mediante la oposición a arbitrariedades o la denuncia y contribuye a la construcción de lo público de forma colectiva.

Mientras que en la sentencia T-244 del 26 de junio de 2018¹¹⁵, concluyó que la libertad de expresión comprende la garantía de manifestar o recibir pensamientos, opiniones, así como de informar y ser informado veraz e imparcialmente, tratándose de derechos fundamentales y pilares de la sociedad democrática que goza de una amplia protección jurídica; sin embargo, supone responsabilidades y obligaciones para su titular, los cuales varían en función del tipo de discurso, el ámbito en que se desenvuelve y los medios utilizados para hacerlo. En ese orden, no es un derecho irrestricto o ilimitado, por lo que no puede ser entendido como herramienta para vulnerar los derechos de otros miembros de la comunidad, especialmente cuando se trata de los derechos a la honra y al buen nombre¹¹⁶.

En materia de los miembros pertenecientes al Congreso de la República:

La Corte Constitucional, en la sentencia C-245 del 3 de junio de 1996¹¹⁷, al referirse al artículo 20 de la Carta Política, resaltó el valor trascendental que reviste la inviolabilidad de los congresistas, explicando que consiste en “*que un*

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán Donoso contra Panamá, Sentencia del 27 de Enero de 2009.

¹¹³ Sentencia T-015 de 2015.

¹¹⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Al referirse a la autonomía universitaria, el derecho a la libertad de expresión, los discursos que defienden los derechos fundamentales de las mujeres, el derecho a la no discriminación, límites al despido sin justa causa de docentes universitarios cuando la desvinculación tiene un fundamento discriminatorio.

¹¹⁵ José Fernando Reyes Cuartas.

¹¹⁶ A propósito, la Corte Constitucional por Auto del 6 de febrero de 2019 citó a una audiencia pública el día 28 de febrero de 2019, en el marco de sendas acciones de tutela que allí conoce para estudiar aspectos tales como el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el uso de las plataformas digitales. Expediente T-6.630.724 y acumulados. <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Auto%20T-6630724.pdf>. Consulta realizada el 12 de febrero de 2019.

¹¹⁷ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 131 y 337 de la Ley 5a. de 1992 "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes".

congresista no puede ser perseguido en razón a las opiniones expresadas durante el curso de su actividad parlamentaria ni por los votos que emita”, y busca garantizar la independencia de éste frente a los otros poderes, especialmente frente al poder Ejecutivo.

Acerca del alcance de la inviolabilidad parlamentaria, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999¹¹⁸, expresó:

“[...] La totalidad de los ordenamientos de las democracias constitucionales prevén, con un alcance similar, esta figura. Y es razonable que sea así, ya que la inviolabilidad de los parlamentarios y de los congresistas juega un papel esencial en la dinámica de los Estados democráticos de derecho.

En efecto, el fin de la irresponsabilidad de los congresistas es que los representantes del pueblo puedan emitir de la manera más libre sus votos y opiniones, sin temor a que éstos puedan ocasionar persecuciones judiciales o de otra índole, con lo cual se garantiza una plena libertad e independencia en la formación de la voluntad colectiva del parlamento o congreso. Así, sólo por medio de la figura de la inviolabilidad, es posible que se cumpla el mandato constitucional según el cual los senadores y representantes deben actuar “consultando la justicia y el bien común” (CP art. 133), y no movidos por el temor a eventuales represalias jurídicas.

La irresponsabilidad de los congresistas es entonces consustancial a la democracia constitucional ya que es la expresión necesaria de dos de sus principios esenciales: la separación de los poderes y la soberanía popular.

Así, la inviolabilidad asegura la independencia del Congreso, puesto que evita las injerencias de las otras ramas del poder cuando los senadores y representantes ejercen sus funciones. Esto explica que históricamente la irresponsabilidad de los representantes del pueblo por sus votos y opiniones se encuentre ligada a la lucha de los parlamentos por conquistar su independencia frente al Rey y a los otros órganos de poder. Así, en la larga lucha entre la Cámara de los Comunes y los Tudor y los Estuardo, estos monarcas utilizaron frecuentemente las persecuciones judiciales, civiles y penales, para intimidar a los parlamentarios críticos. Por ello, una de las conquistas esenciales de la “Revolución Gloriosa” en Inglaterra fue precisamente la cláusula de la inviolabilidad, recogida en el artículo 9º de la “Bill of Rights” o Declaración de Derechos de 1689, y según la cual la “libertad de expresión, los debates y las actuaciones en el Parlamento no pueden ser juzgados ni investigados por otro Tribunal distinto del parlamento”. Esta garantía fue un paso decisivo en la independencia del Parlamento, por lo cual fue retomada, casi en idénticos términos, por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la Constitución francesa de 1791[5]. Por ello esta Corte ha señalado que la inviolabilidad “es una institución que nace con el parlamento moderno y que busca garantizar la independencia de éste frente a los otros poderes, especialmente frente al poder Ejecutivo”.

De otro lado, esta figura estimula un debate democrático, vigoroso y libre de temores, en el foro por excelencia de la democracia, que son los parlamentos y los congresos, tanto en los regímenes presidenciales como parlamentarios.

La inviolabilidad de los congresistas es pues una consecuencia natural de la

¹¹⁸ M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

soberanía popular, ya que si el pueblo es la fuente de donde emana todo el poder público del Estado colombiano (CP Preámbulo y art. 3), es natural que sus representantes, que son los congresistas (CP art. 133), gocen de las garantías necesarias para expresar libremente sus pareceres y sus votos. Al fin y al cabo, es para eso que los ciudadanos los eligen.

[...]” (se destaca)

3.4.2.3.3. A manera de conclusiones:

(i) La libertad de expresión constituye un componente fundamental del ejercicio de la democracia y a la vez permite un control para quien ejerce el poder en sus distintas formas; de ahí el valor esencial que reviste la inviolabilidad de las opiniones de los miembros del Congreso de la República.

(ii) La protección de las opiniones de los congresistas constituye una consecuencia directa de su condición de representantes de la voluntad popular y tiene como propósito que gocen de las garantías necesarias para expresar de manera libre sus opiniones, las cuales deben consultar la justicia y el bien común; por ende, deben estar libres de cualquier presión frente a sus criterios, apreciaciones o valoraciones.

(iii) El discurso político sobre asuntos de interés público goza de especial protección por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(iv) La Sala prohíja la posición de la Corte Constitucional en el sentido que los tipos penales de injuria y calumnia no son una respuesta desproporcionada a la libertad de expresión puesto que se trata de medidas de protección penal de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre así como la libertad de configuración que tiene el legislador frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

3.5. El caso concreto:

El actor le atribuyó a la congresista acusada la causal prevista en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política, que dispone:

“[...] **ARTICULO 183.** Los congresistas perderán su investidura:

(...)

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

[...]” (se destaca)

Sin embargo, para la Sala dicha causal no se configura por las siguientes razones:

3.5.1. El conflicto de intereses se ha entendido como: (i) aquella conducta en la que incurre un servidor público, (ii) que es contraria a la función pública, (iii) en la que, movido por un interés particular prevalente o ausente del interés general, y (iv) sin declararse impedido, adopta una decisión o hace una gestión propia de sus funciones o cargo, en provecho suyo, de un familiar o un tercero y en perjuicio de la función pública. *“(...) Por ello, la norma exige que, ante la pugna entre los intereses propios de la función y los particulares del funcionario, éste deba declararse impedido, pues es la manera honesta de reconocer la existencia de esa motivación y el deseo de cumplir con las funciones del cargo de manera transparente e imparcial”*^{119, 120}.

Desde tiempo atrás la Corporación ha dicho que para que se estructure la causal de conflicto de interés deben estar reunidos los siguientes elementos: (i) que se demuestre la calidad de congresista del demandado; (ii) la existencia de un interés directo, particular y actual en cabeza del congresista o de las personas que señala la ley¹²¹, y (iii) la no manifestación de impedimento frente al asunto que es motivo de decisión.

De esta manera no cualquier interés puede dar lugar a la causal, sino el que comprometa la imparcialidad y objetividad que debe caracterizar a todo servidor público en el ejercicio de su cargo, máxime tratándose de quien representa la voluntad popular.

Al respecto el Consejo de Estado ha destacado¹²²:

¹¹⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de noviembre de 2017. C.P. César Palomino Cortés. Expediente radicación: 11001-03-25-000-2005-00068-00(IJ).

¹²⁰ En el mismo sentido la Sala Especial de Decisión 24, en sentencia del 19 de noviembre de 2018. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Expediente radicación nro. 11001-03-14-000-2018-02245-00, señaló que: *“(...) la configuración de la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de conflictos de intereses no solo se presenta cuando el congresista asiste o interviene en las distintas votaciones a través de las cuales se aprueba el proyecto para convertirlo en ley, sino que, conforme se establece claramente en los artículos 286 de la Ley 5ª de 1992 y 18 de la Ley 1881 de 2018, basta al efecto la sola participación en los debates(...).”*

¹²¹ cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho.

¹²² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 26 de febrero de 2001. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente radicación 11001-03-15-000-2001-12262-01(PI).

“[...] Sobre el interés y el conflicto de orden moral, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 14 de mayo de 1996 encontró probada la causal de interés moral directo cuando el congresista participó activamente en la adopción de un texto legal que podía beneficiarlo al modificarse el entendimiento de un tipo penal respecto de las diligencias que cursaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia.

(...)

En la sentencia del 4 de junio de 1996, se negó la sanción pretendida contra un congresista de quien se predicaba el conflicto moral o económico de intereses por participar activamente en la adopción de un proyecto de ley sometido a su consideración y que tenía que ver con el alcance de las sentencias de la Corte Constitucional como criterio auxiliar de interpretación y se fijaban las excepciones. La Sala no encontró acreditado el conflicto porque no halló interés directo en el congresista y advirtió que “para que el interés sea directo debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de la ley, sin intermediación alguna”. También se ha insistido en que el conflicto de intereses apunta a situaciones de carácter particular, estrictamente personales en las que tenga Interés el congresista y significa aprovechamiento personal de su investidura (sentencia de agosto 4 de 1994, expediente AC-1433).

Así mismo se ha dicho que “en el proceso de formación de la normatividad jurídica a través de las leyes que expide el congreso habrá conflicto de intereses cuando la actuación del congresista esté influida por su propio interés de manera que éste se enfrenta a las obligaciones propias de su investidura, que le imponen proceder consultando la justicia y el bien común, lo que excluye cualquier influencia o prevalencia de su interés particular sobre los intereses generales de la comunidad” (sentencia de agosto 26 de 1994, expediente AC-1499). [...]”

3.5.2. La Ley 600 del 24 de julio de 2000 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, establece que la vinculación formal a un proceso penal se entiende en los siguientes casos:

*“[...] **ARTICULO 332. VINCULACION.** <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> El imputado quedará vinculado al proceso una vez sea escuchado en indagatoria o declarado persona ausente. [...]” (se resalta)*

A su turno, el artículo 126 *ejusdem* establece cuándo se adquiere la calidad de sujeto procesal así:

*“[...] **Artículo 126. Calidad de sujeto procesal.** Se denomina imputado a quien se atribuya autoría o participación en la conducta punible. Este adquiere la calidad de sindicado y será sujeto procesal desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente. [...]” (se destaca)*

Por consiguiente, tal como lo explicó la Sala 16 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, mientras la Senadora no estuviera formalmente vinculada a los

procesos penales que se adelantaban en su contra no tenía el deber de declararse impedida para participar en el debate y votación del respectivo proyecto de ley que pretendía despenalizar los delitos de injuria y calumnia. Y ello es así porque, en la tensión que existe entre la libertad de expresión del Congresista, como garante del sistema democrático, y el buen nombre de un ciudadano, muchas veces funcionario público o candidato, no puede quedar en manos de este último la posibilidad de amordazar, con una simple denuncia judicial, las opiniones de quienes han sido elegidos democráticamente para representar el interés de sus electores y ejercer control político.

Corolario de lo señalado, la Sala resuelve el caso sometido a su examen así:

(i) Comoquiera que el proceso de pérdida de investidura es de naturaleza sancionatoria¹²³ y “*constituye una sanción ética y política que por su contenido es un mecanismo disciplinario*”¹²⁴, debe estar revestido de las máximas garantías procesales.

(ii) Mientras no exista un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, vinculando formalmente al congresista a un proceso penal por los delitos de calumnia e injuria, la inviolabilidad de sus opiniones debe ser respetada como garantía democrática de un Estado Social de Derecho; lo contrario haría que el temor de verse expuesto a la simple denuncia le impidiera el ejercicio de la libre expresión de pensamiento.

Por eso, tal como lo ha establecido la jurisprudencia, este constituye uno de los pilares sobre los cuales está fundada toda democracia; en ese sentido, en casos de denuncia penal, la tensión debe ser definida, mediante el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que permita establecer si se debe vincular o no al congresista al respectivo proceso.

(iii) En el caso concreto, está probado que para el momento en que la congresista acusada conformó el *quórum*, deliberó y votó el Proyecto de Ley nro. 14 Senado en la Comisión Primera del Senado de la República, que buscaba suprimir los delitos de injuria y calumnia¹²⁵, no tenía en su contra procesos penales abiertos donde estuviera formalmente vinculada por la presunta comisión de esos tipos

¹²³ Corte Constitucional. Sentencia SU- 424 del 11 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-632 del 12 de octubre de 2017. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹²⁵ Contenidos en los artículos 220 y 221 del Código Penal.

penales, de donde se colige que no se estructuró el conflicto de intereses en los términos establecidos por el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política, dado que el interés que podría endilgársele no sería directo sino eventual e incierto.

(iv) El recurrente pretende que bajo el amparo de la sentencia C- 442 de 2011 proferida por la Corte Constitucional, cuando se trate de los miembros del Congreso de la República, su derecho de participar en el proceso de formación de las leyes pueda verse afectado solo por encontrarse inmersos en un proceso penal sin importar que estén o no formalmente vinculados, por considerar que lo contrario equivale a que so pretexto de la libertad de expresión los congresistas queden en libertad de atacar la dignidad de las personas.

Para la Sala, el anterior argumento no es de recibo, puesto que un aspecto medular es la inviolabilidad de las opiniones de los congresistas y otro, el deber que tienen de declararse impedidos para participar en el debate y votación de aquellos asuntos en los que pueda verse comprometida su objetividad e imparcialidad.

(v) En ese sentido, mientras el interés no sea directo, particular y actual, esto es, que el aspecto en discusión implique una decisión que favorezca de manera directa al propio congresista o a su cónyuge o compañera permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de hecho o de derecho, no puede predicarse la configuración de la causal de conflicto de intereses invocada por el recurrente.

Por último, en cuanto al cuestionamiento de la declaración rendida por el senador Luis Fernando Velasco:

En el auto proferido por el Consejero ponente el 19 de noviembre de 2018, mediante el cual se pronunció sobre las pruebas solicitadas en segunda instancia, se dijo¹²⁶:

“[...] El Despacho observa que lo planteado por el actor en el escrito de impugnación fue lo siguiente:

“(...) Tercera. En relación con la declaración del senador Luis Fernando Velasco, llama la atención de este apoderado que el mismo haya versado, y reconocido como experto en la forma de reconocer y administrar los conflictos de interés en el Senado de la República, dada su experiencia como congresista. Lo llamativo

¹²⁶ Folios 474 a 476 cuaderno 3 de apelación.

del tópico consiste en Colombia no es posible los testimonios de expertos en temas jurídicos pues el único que tiene jurisdicción, es decir, la capacidad de decir en derecho son los jueces de la República (...).

En ese orden, el peso probatorio del dicho del senador Luis Fernando Velasco debió ser nulo, pues su declaración no versó sobre hechos sino sobre sus opiniones acerca de la correcta interpretación jurídica del Reglamento del Congreso y del Artículo 183 de la Constitución Política, que por lo demás no se trata de conocimientos técnicos, científicos o artísticos, a voces del segundo inciso del artículo 220 del Código General del Proceso. [...]”.

De lo anterior se desprende que el actor no propuso un incidente de nulidad si no que se trata de un cuestionamiento al peso probatorio que se dio a la declaración del señor Luis Fernando Velasco; por lo tanto, se valorará (...) al momento de la decisión, atendiendo los lineamientos de la sana crítica que le corresponde al juez en la valoración de la prueba. [...]” (se destaca)

Al respecto, la Sala observa que, en primera instancia, la congresista acusada pidió como prueba testimonial se citara al señor Luis Fernando Velasco Chaves, para que, en calidad de senador de la República, declarara sobre la procedencia de los impedimentos cuando un congresista cuenta con investigaciones previas en la Corte Suprema de Justicia, la cual se ordenó por auto del 26 de febrero de 2018, que abrió el proceso a pruebas y fue practicada el 20 de junio del mismo año.

Frente a dicha declaración, en la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2018, por la Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura número Dieciséis, se analizó lo siguiente¹²⁷:

“[...] 7.11. Para el sub judice esto se traduce en la inexistencia de un conflicto de intereses en cabeza de la demandada Claudia Nayibe López Hernández, por cuanto la eventual supresión de los delitos de injuria y calumnia, contenidos en los artículos 220 y 221 del Código Penal, no le reportarían un beneficio subjetivo, puesto que para el momento en que ella conformó el quórum, deliberó y votó el Proyecto de Ley No. 14 Senado en la Comisión Primera del Senado de la República no tenía en su contra procesos penales abiertos, donde estuviera formalmente vinculada por la presunta comisión de tales tipos penales. (...).

7.12. Lo expuesto, por lo demás, guarda coherencia con lo afirmado por el Senador Luis Fernando Velasco, en la declaración que rindió ante esta Corporación, donde estuvo “(...) los congresistas en mi concepto y es lo que siempre ha acogido el Congreso, deberían declararse impedidos cuando han sido vinculados formalmente a una investigación penal. [...]”.

Así las cosas, lo que claramente se deduce de la citada transcripción es que, mientras la senadora acusada no estuviera formalmente vinculada a los procesos penales seguidos en su contra, no podía predicarse la existencia de un conflicto de intereses, dado que la eventual supresión de los delitos de injuria y calumnia

¹²⁷ Folio 412 vuelto cuaderno 2.

contenidos en los artículos 220 y 221 del Código Penal no le reportarían un beneficio subjetivo. Lo que queda simplemente confirmado con el testimonio que se cuestiona y que, por lo expuesto, no constituye el fundamento de la decisión que se adopta en la presente providencia. Ello, más aún cuando tal posición concuerda con lo señalado por la Corporación al pronunciarse sobre la causal de impedimento respectiva: *“(i) que la denuncia se formule antes de iniciarse el proceso, o (ii) que sea con posterioridad pero por hechos ajenos al mismo, y (iii) que en todo caso el denunciado haya sido formalmente vinculado a la investigación penal”*¹²⁸ (negritas fuera de texto).

Por lo explicado, como en el caso bajo examen la congresista acusada no había sido formalmente vinculada a las investigaciones penales seguidas en su contra, cuando se debatió el Proyecto de Ley nro. 14 de 2017 en la Comisión Primera del Senado, no se estructuraba la causal de conflicto de intereses que el solicitante reclama, y por ello, será confirmada la decisión de primera instancia.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2018 por la Sala Dieciséis Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, que **negó la pérdida de investidura de la Senadora CLAUDIA NAYIBE LÓPEZ HERNÁNDEZ**, elegida para el periodo constitucional 2014-2018 por el Partido Verde, según las razones explicadas en la parte motiva de esta decisión judicial.

SEGUNDO: Remitir copia de la presente providencia al Presidente del Senado de la República para su conocimiento. Por Secretaria de la Corporación procédase de conformidad.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

¹²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto del 11 de febrero de 2010. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Expediente radicación número 11001032800020090045-00. Reiterado en auto proferido por la misma Sección el 7 de mayo de 2015. C.P. (E) Alberto Yepes Barreiro. Expediente radicación número: 11001-03-28-000-2014-00042-00.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha¹²⁹.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Consejero

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

MILTON CHAVES GARCÍA
Consejero

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Consejero

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera

MARÍA ADRIANA MARÍN
Consejera

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Consejero

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Consejero

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Consejero

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Consejero

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Consejero

¹²⁹ “**ARTÍCULO 2.** Las Salas Especiales de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado conocerán en primera instancia de la pérdida de investidura de los congresistas a solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo será competente para decidir el recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, sin la participación de los magistrados que decidieron el fallo recurrido.” (se destaca).

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Consejero

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Consejero

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Consejero