



Radicado: 11001-03-15-000-2019-00771-01
Acusado: Hernán Gustavo Estupiñan Calvache

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Referencia: Pérdida de investidura (segunda instancia)
Radicación: 11001-03-15-000-2019-00771-01
Solicitantes: Jose Manuel Abuchaibe Escolar
Acusado: Hernán Gustavo Estupiñan Calvache

Fecha, ut supra

Con el debido respeto, me permito expresar las razones por las cuales decidí no acompañar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante la cual se revocó la decisión de primera instancia proferida el 3 de diciembre de 2019 por la Sala Especial de Decisión núm. 27 de esta misma colegiatura, que decretó la pérdida de investidura de Hernán Gustavo Estupiñan Calvache, quien fue elegido como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño, para el período constitucional 2018-2022, para en su lugar, denegar la solicitud de desinvestidura.

Esta corporación, en reiterados pronunciamientos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de las demás salas de decisión que de ella forman parte, ha sido enfática en señalar, en estrecha consonancia con lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, que el campo de decisión del *ad quem* al resolver un recurso de alzada promovido por un apelante único, se encuentra rigurosamente circunscrito y delimitado por los reparos concretos expuestos por el recurrente en procura de obtener la revocatoria o reforma de la decisión que cuestiona, sin que le sea dable al fallador hacer pronunciamiento alguno sobre otros aspectos que no hayan sido objeto de cuestionamiento.

Según mi punto de vista, la sentencia de segunda instancia dictada en este proceso de pérdida de investidura, formula algunas consideraciones y se ocupa de ciertos asuntos que no fueron planteados por el apelante, tal como se pone de relieve en los párrafos subsiguientes, siendo esa una de las razones de mi disenso.

Si se analiza con detenimiento el escrito de alzada presentado por el apoderado del Representante cuestionado, se puede observar que su inconformidad se fundamentó básicamente en la indebida estructuración de la causal de pérdida de investidura en su elemento objetivo, al considerar que el señor Jahir Alexander Mena Quiñones,



Asistente I adscrito a la Unidad de Trabajo Legislativo del representante Estupiñán Calvache, a diferencia de lo expresado por el *a quo*, sí le fueron asignadas funciones inherentes al cargo, destacando en particular, la tarea que cumplió al servir de enlace entre el Representante y las comunidades de Tumaco y demás municipios costeros del Departamento de Nariño.

Aduce igualmente el apelante que el fallo del *a quo* encontró estructurada la causal a partir de un elemento que no forma parte de la descripción típica y objetiva de la causal, pues el ordenamiento jurídico en ningún momento establece que la "*materialización de resultados*" sea un requisito indispensable para la configuración de la causal, no siendo de recibo entender entonces que la actividad de los servidores vinculados a una UTL deba concretarse necesariamente en la elaboración de un producto legislativo, lo cual comportaría, a su juicio, un desconocimiento de la interdicción de hacer interpretaciones restrictivas, extensivas y analógicas que no son de recibo en los procesos sancionatorios.

Amén de lo anterior, estima el recurrente que la decisión de retirar la investidura de su representado se soportó en la indebida valoración de unas pruebas que no fueron decretadas, practicadas, ni controvertidas en el proceso, configurándose con ello la violación indirecta de una ley sustancial, por un error de derecho derivado de la inobservancia de una norma probatoria, lo cual comporta el desconocimiento del debido proceso, que es una garantía de raigambre constitucional y convencional.

Señala asimismo el impugnante que la causal de pérdida de investidura se estructuró indebidamente en el fallo apelado, dada la ausencia en el plenario de los medios de prueba que demuestren los cargos endilgados y permitan adoptar la decisión que fue objeto de cuestionamiento en esta instancia y, por contera, no le era permitido a la Sala Especial de Decisión núm. 27 invertir la carga de la prueba en cabeza del accionado ni soslayar la aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Siendo esos los linderos temáticos de la apelación, considero que la decisión adoptada no ha debido ocuparse de muchos tópicos, empezando por la reformulación que pretende hacer de la línea jurisprudencial que desde hace más de veinte años ha venido reiterando la Sala Plena del Consejo de Estado con respecto al sentido y alcances del artículo 183 numeral 4º de nuestro estatuto fundamental, más aún cuando ello no se desprende de lo planteado por el recurrente.

En efecto, las decisiones consignadas en la sentencia apelada, tienen como *pilastra estructural* una nueva lectura del precepto



constitucional antes mencionado, que viene a reevaluar la construcción hermenéutica que de manera juiciosa, razonable y ponderada ha venido haciendo la Sala Plena y que, en no pocos casos ha permitido privar de la investidura a varios congresistas que con sus acciones, omisiones y extralimitaciones han ocasionado o propiciado en forma directa o indirecta la indebida destinación de los dineros públicos, traicionando con su proceder el espíritu del constituyente de 1991.

Es del caso mencionar además, que el apelante único jamás se refirió en su impugnación a que la indebida destinación de dineros públicos se configure solamente cuando el parlamentario incurra en el delito de peculado por aplicación indebida, por lo cual resultan inoportunas e improcedentes las consideraciones alusivas a ese delito contenidas en los párrafos 16, 17 y 18 de la sentencia, más aún cuando la conducta sancionable puede ser de naturaleza disciplinaria, fiscal, administrativa y no necesariamente de índole penal.

Otro tema que tampoco fue invocado en la apelación, es el relativo a la ordenación del gasto, pues en ninguno de los apartes de la sentencia de primera instancia ni del recurso interpuesto contra ella, se discutió si el Representante a la Cámara tenía o no a su cargo el ejercicio de dicha función, razón por la cual, los párrafos 19, 20, 21, y 23 del fallo de segunda instancia desbordan el campo temático delimitado por el recurso de alzada, debiendo quedar sentado que de admitirse esa interpretación, la causal sólo podría aplicarse a los presidentes de ambas cámaras, cuando lo cierto es que el encabezado del artículo 183 superior señala con claridad que las causales de pérdida de investidura aplican a todos "*Los congresistas...*" sin hacer ninguna distinción y sin que podamos perder de vista que en la actualidad esa tarea es ejercida por los directores administrativos del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, con lo cual la norma constitucional se tornaría inaplicable y caería en desuetud.

Por otra parte, considero innecesario e impertinente que la decisión se haya ocupado de resolver "*si el nombramiento del señor Mena se hizo para pagar un favor político, estableciendo que no debería cumplir ninguna función y exigiéndole compartir su salario con el Representante o con otra persona*", pues esa censura no fue planteada en el escrito de alzada, más aún cuando en la primera instancia no se allegaron al acervo probatorio los medios de convicción que corroboraran tales asertos. En ese orden de ideas, resultan inconducentes los párrafos 28 y 29 de la sentencia en los que se afirma que el hecho de "*propiciar que los dineros públicos con los que se le pagó su salario fueran mal utilizados, no estructura la causal de destinación de dineros públicos prevista como causal de pérdida de investidura.*"



Aparte de lo dicho hasta aquí, debo poner de relieve que, tanto en la primera instancia como en el recurso de apelación, no se discutió el alcance de la indebida destinación de dineros públicos en "*forma indirecta*", desarrollada desde antaño por la jurisprudencia de la Corporación, por lo que resultaba totalmente inoficioso hacer referencia a esa temática en los párrafos 30 y 32 de la sentencia.

No huelga señalar además que el recurrente no planteó ninguna inconformidad relacionada con los temas aludidos en los párrafos 69 y 77 a 85 de las consideraciones, motivo por el cual estimo que los temas allí mencionados tampoco debieron ser abordados en la sentencia.

En mi sentir, esta ocasión es propicia para poner de relieve que las causales de pérdida de investidura de los congresistas se encuentran establecidas en normas de linaje constitucional, cuya interpretación, por tratarse de normas de rango superior, debe efectuarse teniendo en cuenta unos parámetros bastante distintos de los que suelen orientar la interpretación de las normas sancionatorias de rango legal.

Ciertamente, la tarea de interpretar los preceptos de la Constitución no es igual a la de interpretar los artículos de las leyes ordinarias, pues mientras aquellos sientan las bases normativas generales destinadas a gobernar la vida de las generaciones futuras con cierta vocación de permanencia y un alto grado de abstracción, un código, una ley o un reglamento, por el contrario, tienen la pretensión de prever en forma amplia y detallada todas las contingencias posibles relacionadas con los asuntos que en ellos se regulan, ajustándose a las orientaciones vinculantes previstas en la Carta Política.

En ese sentido, es claro que al estar descritas las causales de pérdida de investidura en unas normas de naturaleza superior, no puede esperarse de ellas el mismo nivel de precisión y minuciosidad que es propio de otros regímenes sancionatorios, en razón a que no es usual que los preceptos constitucionales tengan un desarrollo reglamentario tan preciso, y detallado lo cual explica que el principio de taxatividad y la interdicción de hacer interpretaciones extensivas o analógicas, no pueda tener en esta materia el mismo significado, la misma aplicabilidad ni la misma limitación que tienen en otros ámbitos del derecho sancionatorio, por lo cual no resulta posible esperar que esas normas describan en forma pormenorizada todo el abanico de conductas sancionables y las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cada una de ellas y las penas a que haya lugar, tal como ocurre en otros regímenes de naturaleza infraconstitucional.

En todo caso, es importante tener en cuenta que el artículo 4º de la Constitución señala en términos generales el patrón de conducta que se exige de todos los servidores públicos, incluyendo a los



congresistas, quienes por razón de la delicada misión que están llamados a cumplir, se encuentran sometidos a un régimen de sujeción especial, en donde los deberes, obligaciones y prohibiciones que les es aplicable, es particularmente exigente y riguroso y se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de dicha relación, de tal suerte que el ejercicio de la actividad sancionadora, los principios de reserva de ley, tipicidad y culpabilidad que la rigen, se aplicarán de forma matizada. En últimas, en el supuesto de las relaciones de sujeción especial, las sanciones se imponen para salvaguardar el interés general y propenden el correcto funcionamiento del Congreso, en tanto que, en tratándose de los demás ámbitos del derecho administrativo sancionatorio, se pretende preservar el orden general y las sanciones constituyen una manifestación del *ius puniendi* genérico del Estado.

Siguiendo el hilo de estas ideas, no puede perderse de vista que distintas causales de pérdida de investidura previstas en los artículos 110¹ y 183² de la Constitución, pueden ser catalogadas como **tipos cerrados, abiertos o en blanco**, ya sea por el grado de precisión, claridad y detalle empleado en la definición de las conductas sancionables o en función de la necesidad que se tenga de acudir o no a algunas remisiones normativas o a criterios de orden técnico, lógico, empírico o de otro orden, a fin de establecer en forma inequívoca cuáles son las acciones, omisiones o prohibiciones que pueden dar lugar a la pérdida de investidura.

Las causales previstas en el artículo 110 y en los numerales 2º y 3º del artículo 183 de la Carta, corresponden en mi opinión a **tipos cerrados o autónomos**, por cuanto describen en forma precisa las conductas reprochables, sin que sea necesario acudir al examen de otras disposiciones o a complejos ejercicios hermenéuticos para poder desentrañar su verdadero sentido y alcance y conocer a ciencia cierta cuáles son las conductas que proscriben y sancionan el ordenamiento

¹ **Artículo 110.** Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura.

² **Artículo 183.** Los congresistas perderán su investidura:

- 1.- Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
- 2.- Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
- 3.- Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
- 4.- Por indebida destinación de dineros públicos.
- 5.- Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

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



jurídico. La simple lectura de dichas disposiciones permite identificar sin ningún asomo de duda, cuáles son los comportamientos que pueden dar lugar a la pérdida de investidura, así como las circunstancias que deben concurrir para su configuración.

La causal consignada en el numeral 1º del artículo 83 de la Constitución, por su parte, tiene la estructura de un **tipo en blanco o de remisión**, pues para su completo entendimiento y cabal adecuación, se torna indispensable la remisión a otras disposiciones del ordenamiento jurídico para poder precisar y concretar aquello que es objeto de repudio y de sanción. En el escenario previsto en ese numeral, el Consejo de Estado está llamado a verificar si el congresista incurrió en la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o del régimen de conflicto de intereses definido en disposiciones de rango legal. No sobra añadir que esa denominación de normas o tipos en "blanco", traída de la dogmática del derecho penal, debe ser precisada en este campo del derecho sancionatorio, en la medida en que ese numeral 1º no puede ser visto como una norma carente de contenido.

Los numerales 4º y 5º del mismo artículo 183, a su turno, fueron concebidos a partir de unos conceptos jurídicos indeterminados, que en principio no parecen suficientes para identificar las infracciones que dan lugar a sanción. En efecto, las expresiones "*indebida destinación de dineros públicos*" y "*tráfico de influencias*", por razón de su vaguedad, no describen en realidad ningún comportamiento concreto, por tratarse de descripciones abiertas, que a pesar de su alto grado de generalidad, bien pueden determinarse de manera razonable a partir de los principios y valores constitucionales y de la lectura sistemática de las demás disposiciones de la Carta Política.

En ese orden de ideas, las disposiciones constitucionales mencionadas en el párrafo precedente, deben recibir una interpretación más amplia y liberal que las cláusulas de una ley ordinaria, pues es claro que los preceptos de la Constitución no son fórmulas matemáticas estáticas que tienen su esencia en la forma, sino que son instituciones orgánicas vivientes. Su significado es vital, no formal, y debe ser determinado teniendo en cuenta su origen y su desenvolvimiento y no simplemente tomando el significado de sus palabras de un diccionario. Debe interpretarse de modo que lleve a la práctica los grandes principios y propósitos consignados en la Carta Política en vez de contrariarlos o desconocerlos.



La generalidad y la permanencia de una Constitución exige muchas veces este tipo de preceptos, por tratarse de un instrumento amplio, progresivo, conformado por un conjunto de normas generales y elásticas, susceptibles de un desarrollo gradual, adaptables a la realidad cambiante en el devenir de los tiempos, de cuya flexibilidad depende que las constituciones puedan perdurar y proyectarse hacia el futuro, lo cual presupone la necesidad de esos cánones de rango superior puedan adaptarse adecuadamente a las nuevas exigencias y a los nuevos problemas que suscita el devenir de los pueblos. Flaco servicio le habría prestado al país el constituyente de 1991, de haber consignado en el numeral 4º del artículo 183 de la Carta una enumeración taxativa de comportamientos y circunstancias, pues para nadie es extraño que la indebida destinación de dineros públicos puede sobrevenir de diferentes maneras, algunas de las cuales no podían preverse ni conocerse al momento de la promulgación de la Carta Política que nos rige.

En defensa de la juiciosa tarea de construcción jurisprudencial realizada por el Consejo de Estado en relación con esta causal de pérdida de investidura, quiero terminar mis razonamientos trayendo el siguiente fragmento tomado del "*Tratado de interpretación constitucional*" de Linares Quintana, en el cual se señala:

"Interpretada la Constitución con un criterio literal y estricto, hará las veces del traje que, confeccionado para el niño, resulta luego estrecho para el joven y completamente inadecuado para el adulto. Interpretada, en cambio, en forma elástica y progresiva, ha de recordar a la corteza del árbol, que acompaña a éste en su crecimiento desde que nace hasta que muere, vivificada siempre por la savia que circula en su interior, análogamente al espíritu de la Constitución que mantiene a la letra de ésta en todo tiempo fresca y actual. El juez no se limita a fijar el sentido dudoso o incierto de la ley como instrumento pasivo de la voluntad legislativa sino que, en forma paralela, debe adaptar progresivamente -por una interpretación evolutiva o proceso valorativo- los textos antiguos a las necesidades nuevas que no han podido prever sus autores".

De otra parte, es oportuno subrayar a partir de las consideraciones que anteceden, que la sentencia aprobada por la Sala no constituye un precedente de unificación, ni un cambio o revisión del criterio jurisprudencial que ha construido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sobre la causal de indebida destinación de dineros públicos consagrada en el artículo 183-4 de la Constitución Política.



Radicado: 110010315000201901600-00
Acusado: Alfredo Ape Cuello Baute

En lo que concierne al caso concreto, considero que en este caso se daban todos los elementos para tener por configurada la causal, con lo cual se imponía confirmar la sentencia de primera instancia, tal como se propuso en la ponencia que precedió a la presente sentencia, texto al cual me remito.

Cordialmente,

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado