



Radicado: 11001-03-15-000-2019-00771-01
Solicitante: José Manuel Abuchaibe Escolar
Demandado: Hernán Gustavo Estupiñán Calvache

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Magistrado: PEDRO PABLO VANEGAS GIL

Referencia: Recurso extraordinario de revisión
Radicación: 11001-03-15-000-2019-00771-01
Demandante: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR
Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN CALVACHE
Temas: Finalidad constitucional del proceso de pérdida de investidura, causal del artículo 183, ordinal 4 de la Constitución Política.

SENTENCIA - SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito manifestar mi disenso en relación con la decisión adoptada mayoritariamente por la Sala Plena el 10 de mayo de 2022 dentro del proceso de la referencia, en la cual se revocó la decisión de primera instancia proferida por la Sala de Decisión Especial No. 27 el 3 de diciembre de 2019, en la que se decretó la pérdida de investidura del congresista demandado.

Lo anterior, toda vez que la providencia objeto del presente salvamento de voto incluye consideraciones generales y específicas que, considero, desconocen múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relativos a la institución de la pérdida de investidura y que pueden derivar en la imposición de requisitos que hagan prácticamente imposible su aplicación como mecanismo de control ciudadano a la actividad de los congresistas de la República y de protección del ejercicio ético y decoroso de la función legislativa.

1. Finalidad constitucional de la pérdida de investidura

En primer término, la decisión en comento señala que *la calificación del proceso de pérdida de investidura regulado en la ley como un <juicio de responsabilidad política>, o la consideración según la cual el mismo <tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan>, conduce a conclusiones equivocadas, porque justifica la ampliación de los poderes judiciales de determinación del alcance de la conducta sancionable.*

Afirmación que se aleja de múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se ha advertido que 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, y permite imponer como*



sanción no solo la desvinculación de un congresista de su cargo de elección popular, sino también la imposibilidad de volver a ejercerlo, aspecto que no impide que dentro del proceso destinado a establecer si procede o no su aplicación el juez deba ser especialmente respetuoso del debido proceso, por lo que, en razón de su naturaleza sancionatoria le son aplicables los principios del derecho sancionatorio como el de legalidad, tipicidad, aplicación de la ley más favorable, non bis in ídem, y la presunción de inocencia hasta no ser declarado culpable¹.

En similar sentido, la Sala Plena de esta Corporación se ha pronunciado para indicar que en el marco de los procesos de pérdida de investidura *le corresponde al juez garantizar la efectividad de los principios, reglas y garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y realizar un juicio objetivo de configuración de la causal y subjetivo de responsabilidad del congresista cuestionado²*, aspecto que no riñe con el objeto que el constituyente persigue con la previsión de las causales que hacen procedente dicha sanción, que corresponde al de resguardar la probidad y el decoro en el ejercicio de la labor de los congresistas. Al respecto, se ha indicado que *las normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético; la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solo está comprometido a no delinquir, sino también a observar una conducta especialmente pulcra y delicada. No es para menos. El comportamiento integérrimo que se espera de un congresista, cuya misión sillar es la de regular la conducta colectiva o de la sociedad toda a través de normas abstractas e impersonales³.*

En efecto, el juicio de carácter ético y político que se encomienda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se encuentra desprovisto de las garantías derivadas del debido proceso, entre las que se cuenta la tipicidad. Por tanto, la orientación antes referida no permite al juzgador extender su juicio a conductas que, desde su óptica personal, resulten antiéticas, inmorales o inadecuadas, sino que debe ajustarse a las causales establecidas por el constituyente, justamente, persiguiendo la eticidad y la probidad que deben observar quienes ejercen la función legislativa.

2. Causal del artículo 183, ordinal 4, superior, contiene normas en blanco

Por otra parte, la Sala afirma que la causal de pérdida de investidura prevista en el ordinal 4 del artículo 183 superior *no puede considerarse como una <norma en*

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-073 de 2020. En el mismo sentido: Sentencias SU-424 de 2016, SU-632 de 2017, SU-073 de 2020 y C-146 de 2021, entre otras.

² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de septiembre de 2021. Rad. 11001-03-15-000-2021-01129-00(PI).

³ *Ibidem*. En similar sentido, véanse: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Especial Séptima de Decisión. Sentencia del 20 de febrero de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2018-03883-00(PI); Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI).



blanco> que suponga llenar su contenido por remisión a otras disposiciones que definan cuándo se incurre en ella.

Sin embargo, no se entiende el sustento de tal afirmación, toda vez que, primero, necesariamente debe acudir a otras normas jurídicas diferentes de la disposición constitucional en mención para dotarla de contenido, pues dicha norma no establece aspectos como a) qué recursos pueden considerarse de naturaleza pública; b) qué recursos públicos se encuentran sometidos a la *destinación* que les brinden los congresistas de la República; c) qué destinaciones están jurídicamente permitidas y, en contraposición, cuáles pueden ser consideradas *indebidas* para efectos de la aplicación de la sanción de pérdida de investidura; y segundo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ y de esta Corporación han reconocido la validez de la inclusión de normas en blanco en diferentes regímenes de aplicación del *ius puniendi*, incluso en materia penal.

De hecho, esta Sala Plena ha reconocido que la expresión *indebida*, contenida en la disposición constitucional en mención, *es una norma en blanco, por lo que es necesario que el juez llene su contenido y alcance con otras normas del ordenamiento jurídico, ello no impide que se aplique la sanción siempre que se verifique que el congresista destinó los dineros públicos para fines distintos a los establecidos o en actividades prohibidas para beneficio –económico o de otra índole– personal o de terceros*⁵.

3. Objeto del recurso e interpretación de la causal del artículo 183, ordinal 4, de la Constitución Política y limitación de las conductas abarcadas por ella

Por otra parte, la decisión de la cual disiento se pronuncia respecto del cargo formulado por el solicitante, en virtud del cual el congresista demandado habría vinculado al señor Jahir Mena a su Unidad de Trabajo Legislativo sin que mediase asignación de funciones y bajo condición de compartir su salario con terceras personas, el cual se declaró no probado en primera instancia y no fue objeto del recurso de apelación resuelto en la providencia. Así las cosas, la Sala excedió su competencia al emitir pronunciamiento sobre tal particular.

⁴ Por ejemplo, la sentencia C-091 de 2017, en la que la Corte, haciendo referencia a lo indicado en la sentencia C-539 de 2016, señaló, entre otras cosas, que los tipos penales abiertos son admisibles siempre que *la remisión que hacen a otras normas permite determinar la conducta penalizada y si la norma objeto de remisión existe al momento de la necesaria integración del tipo, es determinada, de público conocimiento y respeta los derechos fundamentales*, así como que *la validez constitucional de los tipos abiertos está sujeta a que el margen de indeterminación sea moderado y a la disponibilidad de referentes para precisar su contenido y alcance*.

⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de octubre de 2020. Rad. 11001-03-15-000-2020-00517-00(PI).



Radicado: 11001-03-15-000-2019-00771-01
Solicitante: José Manuel Abuchaibe Escolar
Demandado: Hernán Gustavo Estupiñán Calvache

La providencia en comento utiliza las consideraciones expuestas en el apartado correspondiente al cargo en mención para señalar que, de haberse probado tal circunstancia, esto sería suficiente para tener por acreditada la configuración de la causal de pérdida de investidura contemplada en el artículo 183 ordinal 4 superior, referida a la indebida destinación de dineros públicos, afirmación que es plenamente compartida por este Despacho.

Sin embargo, al momento de estudiar el segundo cargo formulado en la solicitud de pérdida de investidura, referido a que el demandado habría destinado indebidamente los recursos públicos destinados al pago de salarios de los funcionarios de su UTL, al haber certificado el cumplimiento de funciones por parte del señor Mena sin haber verificado de manera adecuada su cabal cumplimiento, nuevamente se hace referencia a lo señalado al momento de analizar el primer cargo, en los siguientes términos:

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

De la redacción utilizada por la Sala, parecen desprenderse dos posibles conclusiones: i) que la presencia de una sola de las dos conductas descritas no es suficiente para configurar una indebida destinación de dineros públicos y, por lo tanto, no permiten tener por acreditada la causal de pérdida de investidura en mención; y ii) que no existe ninguna otra conducta que pueda derivar en la aplicación de dicha sanción, en aplicación del artículo 183, ordinal 4, de la Constitución Política. Aseveraciones que resultan inaceptables y que pueden conllevar limitaciones excesivas al ejercicio de la pérdida de investidura como mecanismo de control ciudadano a la labor de los legisladores y a la destinación que éstos realizan de los recursos públicos utilizados para el adecuado desarrollo de las funciones que les son atribuidas por el ordenamiento jurídico.

Lo antes indicado adquiere una mayor relevancia, pues en líneas posteriores la sentencia realiza afirmaciones que resultan más restrictivas en cuanto a la aplicación de la sanción de pérdida de investidura a conductas reprochables en las que pueden incurrir los referidos funcionarios y que de forma evidente se enmarcan en la causal en mención, con fundamento en la distinción entre los conceptos de *indebida destinación* e *indebida utilización* de dineros públicos, conceptos que no se diferencian de manera sustancial y clara en la providencia.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-00771-01
Solicitante: José Manuel Abuchaibe Escolar
Demandado: Hernán Gustavo Estupiñán Calvache

Por ejemplo, se indica que *no puede estructurarse la causal en una conducta que no se le imputa directamente al Congresista sino a un tercero, para incluir como conducta constitutiva de la causal propiciar la indebida utilización de dineros públicos*, con el fin de indicar que es el funcionario de la UTL el responsable de no dar cumplimiento a las funciones correspondientes a su cargo y, aún así, recibir la asignación salarial con que habría de retribuirse su labor, y no el congresista, pues no puede endilgarse a él falta alguna por el hecho de un tercero.

Sin embargo, tal afirmación da a entender que un congresista de la República puede desatender por completo la verificación del cabal cumplimiento de las funciones asignadas a quienes integran su UTL y reciben una contraprestación económica con dineros públicos, sin que ello derive en una *indebida destinación de dineros públicos*, no obstante que son justamente dichos congresistas los encargados de i) establecer los cargos que integraran su UTL y, por tanto, distribuir el presupuesto asignado para el pago de los emolumentos de los funcionarios de esta; ii) de postular a quienes ocuparán los cargos integrantes de dicha unidad; iii) de certificar el cumplimiento de sus funciones; y iv) de removerlos libremente.

Así, las consideraciones expuestas hasta este punto permitirían que los congresistas cuenten con un amplio margen de discrecionalidad respecto de la destinación de los recursos destinados al funcionamiento de su UTL, pero no cuenten con un nivel de responsabilidad que garantice que la misma se utilice de manera exclusiva al cumplimiento de los objetivos fijados por el constituyente para el ejercicio de la función legislativa.

Esto se confirma con afirmaciones contenidas en la misma providencia, en las que se indica que *[e]l incumplimiento de las funciones dirigidas a garantizar que efectivamente se utilice para dicho fin, que se presenta con posterioridad a su destinación, no configura la causal de pérdida de investidura imputada al demandado*, por lo que no puede aplicarse la sanción de pérdida de investidura por tal concepto, aun cuando se tenga por acreditado que *el Congresista no cumplió adecuadamente su obligación de verificar el cumplimiento de las funciones por parte del funcionario de la UTL, no le pidió informes escritos, o certificó el cumplimiento eficiente de sus funciones, sin establecer si las labores desarrolladas eran conexas o útiles para los proyectos legislativos que aquel debía presentar, y sin considerar que había sido informado de la existencia de problemas de comunicación con el funcionario y que este no había cumplido las instrucciones de trasladarse a Bogotá y de presentar informes escritos de su gestión*.

Para este Despacho, lo expresado en la sentencia en mención puede llevar a hacer inaplicable la causal de pérdida de investidura del artículo 183, ordinal 4, superior, en la medida en que bastaría con que se afirme que el congresista demandado asignó funciones a un funcionario o funcionaria de su UTL en el momento en que inició su desempeño funcional para eximirlo de responsabilidad, toda vez que, a la



Radicado: 11001-03-15-000-2019-00771-01
Solicitante: José Manuel Abuchaibe Escolar
Demandado: Hernán Gustavo Estupiñán Calvache

luz de lo señalado en la providencia, no debe verificar de manera alguna que tales funciones se estuviesen cumpliendo durante su permanencia en el cargo y, aún más, podía certificar que estas se estaban ejecutando debidamente, sin que ello constituya una indebida destinación de los dineros públicos destinados al pago del salario y demás emolumentos del referido servidor o servidora pública.

En efecto, así se indica cuando se afirma que [e]l incumplimiento de las funciones dirigidas a garantizar que efectivamente se utilice(n) los dineros públicos en mención para los fines constitucional y legamente establecidos, *no configura la causal de pérdida de investidura* en comento, cuando se presenta con posterioridad a su destinación. Es decir, que cualquier omisión que derive en el pago injustificado de salarios a los funcionarios de la UTL puede legitimarse siempre que al momento de su designación hubiese existido una asignación de funciones.

Cabe preguntarse en este punto si, siendo el congresista el titular del ejercicio de las labores legislativas y de control político que, esencialmente, constituyen el objeto de su labor; y tratándose la UTL de un equipo de apoyo dedicado a realizar las actividades que le permitan a los legisladores el cabal desarrollo de sus tareas ¿es posible que un funcionario de una UTL omita completamente el ejercicio de sus funciones sin que tal circunstancia pueda ser advertida por quien, por mandato legal, debe certificar el cumplimiento de estas y utilizar el producto de la labor del funcionario como insumo para el desarrollo de la labor legislativa?

4. Análisis del caso concreto

A partir de las consideraciones expuestas, para este Despacho es claro que en el caso bajo examen debía confirmarse el decreto de la sanción de pérdida de investidura contra el congresista demandado, toda vez que de las pruebas aportadas en el proceso se advierte que la omisión en la aplicación de controles efectivos que permitieran advertir si los funcionarios y funcionarias integrantes de su UTL se encontraban ejecutando efectiva y adecuadamente las funciones asignadas a sus cargos, derivó en la expedición de certificaciones que, falsamente, daban cuenta del cumplimiento de las mismas por parte de Jahir Mena, lo que derivó en el pago injustificado de salarios y otros emolumentos sufragados con recursos públicos en su favor, sin que existiera como contraprestación un aporte al desarrollo de las funciones del Congreso de la República y, en concreto, al cumplimiento de las labores que, como representante a la Cámara, correspondían al señor Estupiñán Calvache.

Fecha *ut supra*,

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado



Radicado: 11001-03-15-000-2019-00771-01
Solicitante: José Manuel Abuchaibe Escolar
Demandado: Hernán Gustavo Estupiñán Calvache

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”