



**CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**ACLARACIÓN DE VOTO
DEL MAGISTRADO CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

Exp. 11001-03-15-000-2022-04833-01 acumulado al proceso 11001-03-15-000-2022-04637-01. PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Demandantes: Joan Sebastián Moreno Hernández y José Hermes Borda García.

Demandado: MARIO ALBERTO CASTAÑO PÉREZ.

Magistrado Ponente: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Fallo de segunda instancia del 8 de agosto de 2023

Con todo comedimiento me permito expresar las razones por las cuales aclaro el voto en el fallo del 8 de agosto de 2023, por medio del cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 21 de abril de 2023, proferida por la Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, en la que se denegaron las pretensiones de la demanda.

Aunque comparto la decisión de confirmar el fallo recurrido en cuanto negó las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura sustentada en la causal tercera del artículo 183 de la Constitución Política, considero que el análisis efectuado por la Sala Plena, y la estructura misma del fallo, imposibilita que la Sala Plena de la Corporación elabore una dogmática general sobre esta causal de pérdida de investidura, de cara al propósito de sentar una jurisprudencia cierta y aplicable de manera inequívoca a los próximos casos que se fundan en los mismos supuestos de hecho.

Ciertamente, los fallos que dictan los jueces resuelven un asunto concreto, sin embargo, las tesis jurídicas que desarrollan deben servir de orientación casi que, al punto de resolver la complejidad de los casos venideros, de manera que los jueces de los órganos de cierre están llamados a crear una proposición jurídica que reduzca la complejidad de los próximos debates.

Ahora bien, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, a partir de la cual se consideró que en el proceso de pérdida de investidura debía efectuarse un

¹ Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2016.

análisis de culpabilidad; y, posteriormente, con la expedición de la Ley 1881 de 2018, cuyo artículo primero, modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019, definió el proceso sancionatorio de pérdida de investidura como un juicio de responsabilidad subjetiva, resulta imprescindible que, para establecer si un congresista incurrió en la causal de pérdida de investidura que se le imputa, se analice, primeramente, la tipicidad de la conducta, y en caso que su conducta sí corresponda al supuesto de hecho de la causal que se le atribuye, proceder a evaluar si aquel actuó en forma dolosa o gravemente culposa. Como lo señala la Corte Constitucional: “[...] Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión. En ese sentido, el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa [...].”²

Es decir, sobre este último ítem, la fuerza mayor haría parte del estudio del elemento subjetivo, una vez establecida la configuración objetiva de la causal, sin embargo, tratándose de las causales 2 y 3 del artículo 183 de la Constitución Política, que señalan que los congresistas perderán su investidura: “2. Por la inasistencia, en un mismo periodo de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de actos legislativo, de ley o mociones de censura” o “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”, la fuerza mayor hace parte del elemento objetivo de la causal, porque en su último inciso esta norma prevé que “[l]as causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor”.

Lo anterior, de cara a la causal tercera, en la que se centró el estudio del presente caso, significa que la fuerza mayor objetivamente no configura la causal, porque hace parte del su eje definitorio.

Por ello, al analizar la tipicidad de la conducta endilgada al congresista, el juez debe establecer, primeramente, si el demandado no tomó posesión del cargo por

² Ibidem.

un hecho irresistible, como una enfermedad o por encontrarse bajo arresto o secuestro, entre otros eventos, casos en los cuales, jurídicamente, no es posible considerar que su conducta constituya una causal de pérdida de investidura, lo cual es suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

En estos casos, y una vez establecido que le fue imposible al congresista electo tomar posesión del cargo por un hecho irresistible, no procede el análisis del elemento subjetivo, como erradamente, a mi juicio, se efectuó en la providencia de la referencia, al advertir: “[...] *Visto lo anterior, para la Sala Plena, es posible concluir que la parte demandada incurrió en la conducta descrita en el numeral 3° del artículo 183 de la Constitución Política, por lo que deberá pasarse al análisis de si en este caso, se configuró o no el elemento subjetivo al verificarse si medió o no una fuerza mayor que le impidiera al accionado cumplir con la obligación de tomar posesión de su cargo como congresista dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras [...]*”.

Y no comparto lo dicho por la Sala Plena, porque, contrario a lo allí señalado, sencillamente el congresista demandado no incurrió en la conducta descrita en el numeral 3 del artículo 183 superior, pues por un hecho irresistible, motivo de fuerza mayor, no pudo tomar posesión del cargo en el tiempo previsto en la norma. Como lo señalé, la fuerza mayor en esta causal es un elemento estructurante de la tipicidad.

En estos casos, como el analizado por la Sala, el hecho relevante es que el congresista no pudo tomar posesión, porque estaba privado de la libertad, y ese es un hecho irresistible para todos aquellos eventos de iguales supuestos fácticos, por ello, advierto que la providencia incurre en la falencia de no establecer una dogmática general que aplique de manera forzosa a todos esos casos, en los que solo se tiene que mirar la irresistibilidad de la fuerza mayor, para concluir que el congresista no incurrió en la conducta reprochada jurídicamente.

Y ello es así, porque nadie está obligado a lo imposible, independientemente si ha sido un acto voluntario o no. Por esta razón no es viable adentrarse en los demás elementos de la fuerza mayor, como la imprevisibilidad, o si la persona es culpable o inocente, pues esto implicaría que el juez de pérdida de la investidura se involucrara en un proceso penal, para lo cual no tiene competencia ni el debido proceso para llegar a establecerlos.

Por las anteriores razones considero que este era el momento para que la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado estableciera de manera clara una tesis categórica sobre la no configuración de la causal de pérdida de investidura cuando el congresista no puede tomar posesión del cargo por motivos de fuerza mayor, como la privación de la libertad.

En estos términos mi aclaración de voto.

Cordialmente,

(Firmado electrónicamente)
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Fecha Ut Supra.

Se deja constancia de que este documento se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.