

ACCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Naturaleza. Objeto / ACCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Está sujeta a los principios del derecho sancionador

Como se ha dicho en varias ocasiones, la acción de pérdida de investidura es una acción de tipo punitivo, especial, de carácter disciplinario que tiene por objeto general el de favorecer la legitimidad del Congreso de la República mediante la finalidad específica de sancionar conductas contrarias a la transparencia, a la probidad y a la imparcialidad en que pudieran en un momento dado incurrir los congresistas. Las causales de pérdida de investidura están taxativamente previstas en el ordenamiento. La pérdida de investidura es una grave sanción que se puede imponer a los congresistas y a otros servidores públicos de elección popular por haber unos y otros incurrido en el régimen especial conocido como de las causales de pérdida de investidura, esto es, por haber incurrido en conductas tipificadas especialmente por la Constitución y la ley y merecedoras de esa sanción. Por tratarse, como ya se dijo, de una acción pública de tipo punitivo, la acción de pérdida de investidura está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad de la causal por la cual se impondría la sanción. Sanción que debe imponerse según los postulados del Estado Social de Derecho y conforme con las reglas del debido proceso. En ese orden, les corresponde tanto al demandante como al Estado acreditar debidamente la existencia de la causal en la que habría incurrido el congresista y la conducta constitutiva de la falta, todo eso dentro de las garantías procesales, se repite, reconocidas por la Constitución y los tratados internacionales en favor de los sujetos sometidos a un juicio a cargo del Estado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la acción de pérdida de investidura: Corte Constitucional, sentencia de 3 de noviembre de 1994, Rad. C-497 de 1994.

IMPEDIMENTO POR CONFLICTO DE INTERESES – Razones de índole moral. Razones de índole económico / CONFLICTO DE INTERESES DE INDOLE ECONOMICO – Alcance / CONFLICTO DE INTERESES DE INDOLE MORAL – Alcance / PERDIDA DE INVESTIDURA POR CONFLICTO DE INTERESES – Intereses personales de los Congresistas de tipo económico o moral incompatibles con el interés público relacionado con la decisión

El conflicto de intereses que originaría un impedimento se puede presentar por razones de índole moral o económico, conforme lo dice el artículo 182 de la Constitución Política y los artículos 268, numeral 6°, y 286 de la Ley 5ª de 1992. El conflicto de intereses de índole económico tiene un perfil mucho más claro habida cuenta de que los artículos 287 y 288 de la Ley 5ª de 1992 prescriben el deber de registrar los intereses privados y la participación accionaria que tenga el respectivo congresista, todo para que haya transparencia respecto de la vida económica del congresista frente al interés público que se debate en el Congreso y de cara al pueblo. El conflicto de intereses de índole moral, en cambio, no aparece nítidamente definido ni tiene un perfil claro en las normas constitucionales y legales, como sí ocurre con el conflicto de intereses de índole económico, lo que no significa que no exista o que no pueda presentarse. Es más, no se descarta que una determinada situación fáctica derive simultáneamente tanto en un conflicto económico como en un conflicto de tipo moral. Por un lado, es totalmente admisible que el congresista, como cualquier ciudadano, ejerza o haya ejercido derechos fundamentales y de ahí que tenga intereses privados que deba cuidar. Por otro lado, la Constitución le ordena que como congresista vote en pos del bien común y la justicia, vale decir, en pos del interés general. En esa dinámica es

factible el enfrentamiento de intereses que debe evitarse, tal como se explicó. Como no resulta conforme con los paradigmas de la ética pública que en un momento dado se superpongan esos intereses, la Constitución castiga el hecho de que el congresista omita denunciar la existencia del conflicto de intereses, cuestión que queda en evidencia cuando justamente el congresista vota, participa en un debate o en una decisión trascendental estando de por medio intereses personales de tipo económico o moral francamente incompatibles con el interés público relacionado con esa votación, ese debate o esa decisión.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 82 / LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 268 – NUMERAL 6 / LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 286 / LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 287 / LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 288

IMPEDIMENTO DE CONGRESISTA – Configuración / INMUNIDAD DE VOTO DE CONGRESISTA – Ponderación con norma que rige el conflicto de intereses / CONFLICTO DE INTERESES – Ponderación con norma de inmunidad de voto de congresista / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Violación del régimen de conflicto de intereses / CONFLICTO DE INTERESES – Pérdida de investidura / SANCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACION AL REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES – Si se comprueba fehacientemente que pese a tener interés directo, intervino en debate, votación o decisión

El impedimento puede darse por la participación o votación en una decisión o asunto de que conozca el Congreso de la República, sea que se trate de deliberaciones y votaciones relacionadas con proyectos de ley o actos legislativos, o se trate de una decisión trascendental. En efecto, es inequívoco el artículo 291 al señalar que el congresista debe declararse impedido cuando observe que existe un conflicto de intereses para conocer y participar “*sobre determinado proyecto o decisión trascendental*”. Por tanto, el impedimento no solo puede darse cuando se trate del ejercicio de las funciones puramente legislativas del Congreso sino cuando se trate de las otras funciones de ese órgano como las funciones de control político, las administrativas, las judiciales y las electorales. La configuración del impedimento se sujeta a que exista en el congresista un interés directo, particular, actual y real en la decisión de algún asunto que esté sometido a consideración del Congreso de la República, de conformidad con los artículos 286 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994. El artículo 185 de la Constitución Política, consagra la inmunidad del voto del congresista para favorecer la participación y el cumplimiento efectivo de la misión que le corresponde a ese servidor público, al paso que el artículo 182, de modo general, prescribe los llamados conflictos de intereses de los congresistas que los inhiben de intervenir en las deliberaciones y debates pero que delega a la ley las regulaciones específicas sobre esos conflictos. De ahí que la Sala crea que ambas normas deben aplicarse de forma ponderada de modo que la tensión entre esas disposiciones se resuelva razonablemente en favor de la participación del congresista en las funciones propias del Congreso y no en favor de su abstención, preferiblemente. Por esas razones, habría lugar a la imposición de la sanción de pérdida de investidura cuando se compruebe fehacientemente que pese a tener el congresista un auténtico conflicto de intereses frente a un específico asunto y no obstante estar conciente de dicha circunstancia, interviene en el debate o vota o decide el asunto sometido a su conocimiento. El conflicto de intereses como eventual causa para imponer la sanción de pérdida de investidura se convierte en una figura que limita de una forma fuerte las libertades de voto y expresión que la propia Constitución consagra a favor de los congresistas y de ahí la importancia de que la imposición de la sanción sólo resulte legítima cuando haya total

evidencia de la existencia de conflicto de intereses que el congresista no quiso evitar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 182 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 185 / LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 291 / LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 286 / LEY 144 DE 1994 – ARTICULO 16

NOTA DE RELATORIA: Sobre la pérdida de investidura por la causal de conflicto de intereses: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencias de 9 de noviembre de 2004, Rad. PI-0584, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié y de 22 de agosto de 2002, Rad. PI-043, M.P. Ana Margarita Olaya Forero

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Se niega la solicitada con relación al senador Habib Merheg Marún / PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Se niega porque no se incurrió en conflicto de intereses en la elección del Procurador General de la Nación / CONFLICTO DE INTERESES – Elección de funcionario / ELECCION DE FUNCIONARIO – Conflicto de intereses / ELECCION DE PROCURADOR GENERAL – Investigación disciplinaria contra Congresista no es impedimento o inhabilidad para elegir / ELECCION DE PROCURADOR GENERAL – No necesariamente surge conflicto de intereses por investigación disciplinaria contra Congresista

De las pruebas del proceso, la Sala, tiene la convicción de que el señor Habib Merheg Marún, sin duda, participó y votó en la elección del Procurador General de la Nación, acto celebrado el 11 de diciembre de 2008 y que no se declaró impedido. Sin embargo, es evidente que no se está frente a un caso de conflicto de intereses de naturaleza económica puesto que la acusación lanzada por el demandante en contra de la investidura del demandado no tiene relación con intereses de índole económico o algo parecido del Senador Habib Merheg Marún que hubieran chocado contra el interés público inmerso en el proceso de elección del Procurador General de la Nación. La acusación plantea más bien la posibilidad de que haya habido un caso de conflicto de intereses de naturaleza moral o ético. En ese orden, se anticipa que no encuentra la Sala elementos de juicio para deducir que el señor Habib Merheg Marún merezca la pérdida de investidura por los hechos que denuncia el demandante, esto es, que sea responsable de haber incurrido en conflicto de intereses por los hechos ya varias veces expuestos. En relación con el aparente conflicto de interés suscitado con ocasión de la elección o nombramiento de funcionarios, esta Corporación ha expresado que “(...), para que se configurara dicha causal el actor debió probar con medios idóneos, y no con simples especulaciones y presunciones, que la elección de dicho funcionario le reportaría un beneficio directo a aquél o a sus familiares más próximos”. En la función constitucional de escoger al candidato de la terna formada para el destino público de Procurador General de la Nación va envuelto el interés general de escoger al mejor aspirante para así asegurar un correcto y adecuado funcionamiento de ese órgano de control. Como el Procurador General de la Nación representa al Ministerio Público, que es una expresión democrática de los controles jurídicos que puede instituir el constituyente sobre cualquiera de las actividades del Estado y de la misma sociedad, no hay duda de que en el proceso de elección de este alto funcionario están involucrados intereses que le competen a toda la nación. Ahora bien, a cada senador, en particular, atendiendo el deber de decidir siempre en pos del bien común, le corresponde escoger a quien en su fuero interno estime como el mejor candidato para ocupar ese cargo. De ese modo, resulta que los intereses involucrados en esa función no coliden, no se enfrentan. Aún si pesaran sobre los senadores ciertas investigaciones

disciplinarias a cargo del órgano, no por esa sola circunstancia estarían impedidos o inhabilitados para elegir al Procurador puesto que este funcionario no resulta ser un agente subordinado ni del Senado ni de cada senador en particular. Así lo ha visto el Congreso al no aceptar los impedimentos de los congresistas que han querido apartarse del proceso de designación de Procurador General de la Nación por tener ellos investigaciones disciplinarias pendientes. De estar probado que entre el Congresista elector y el candidato a Procurador General de la Nación o a cualquier otra dignidad que le corresponda elegir al Congreso existió una suerte de compromiso o negocio o acuerdo como condición para obtener determinada conducta del congresista en el proceso de elección, surgiría claramente un evidente conflicto de intereses que tendría que ser reprimido con la pérdida de investidura. Así que la Sala cree que la decisión de elegir Procurador General de la Nación sí es una decisión trascendental en los términos del artículo 291 de la Ley 5 de 1992 pero eso no significa que surja necesariamente un conflicto de intereses si un miembro del Senado viene siendo objeto de investigación por parte de la Procuraduría y esa corporación se dispone a elegir a quien ha de dirigir en adelante los destinos de ese organismo. El conflicto de intereses no se da si se tiene en cuenta que el proceso disciplinario tiene su propia dinámica e independientemente de la condición personal del funcionario que deba adelantar, es la ley la que señala el conjunto de presupuestos necesarios tanto para dictar una providencia favorable o desfavorable al encartado. Y, para mantener la imparcialidad y la transparencia de ese procedimiento, es al agente que adelanta el procedimiento contra un determinado sujeto disciplinario al que le corresponde evaluar si existirían causales de impedimento que le impidieran adelantar o continuar a cargo del respectivo proceso disciplinario. Tendría que estar probado, para que surja el conflicto de intereses, que el congresista efectivamente tuvo la necesidad de defender cierta ventaja, cierto beneficio, cierto ánimo, concreto y actual, al momento de intervenir y votar por uno cualquiera de los miembros de la terna. En este caso y según la acusación, tendría que ser una ventaja o un beneficio o un ánimo o inclinación hacia alguna cuestión relacionada con la investigación preliminar que había abierto la Procuraduría en contra de Habib Merheg Marún, cuestión que no tiene sustento probatorio de ninguna clase.

FUENTE FORMAL: LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 291

NOTA DE RELATORIA: Sobre el conflicto de intereses en la elección de funcionarios: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 20 de octubre de 2005. Rad. 2005-00593(P.I), M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

IMPEDIMENTO – No declaratoria constituye falta disciplinaria pero no es causal de pérdida de investidura / FALTA DISCIPLINARIA – No declaratoria de impedimento

Es deber del Congresista poner en conocimiento de la Corporación los hechos de donde él deduzca u observe que podría surgir un conflicto de intereses, tal como lo prescribe el artículo 291 de la Ley 5 de 1992, independientemente de que el órgano competente decida si existe o no ese conflicto. El incumplimiento de ese deber puede ser una falta disciplinaria sancionable en los términos del CUD, cuyo artículo 48 - 46 tipifica específicamente como falta el hecho de que un servidor público no declare un impedimento debiéndolo. Empero, de las circunstancias particulares del caso, el servidor público debe razonablemente deducir la eventual existencia de ese conflicto de intereses y así declararlo. El artículo 181 de la Constitución Política no sanciona con pérdida de investidura el hecho de que un congresista no cumpla el deber de declararse impedido debiéndolo, sino el hecho de que vote una decisión estando incurso efectivamente en un conflicto de

intereses. Para que pueda deducirse la responsabilidad jurídica disciplinaria que implique la máxima sanción, esto es, la pérdida de investidura, es necesario que en la sentencia se pueda establecer que ocurrió la violación del régimen del conflicto de intereses en cuanto que el Congresista votó anteponiendo intereses personales a los intereses públicos y no solamente que el Congresista no se haya declarado impedido.

FUENTE FORMAL: LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 291 / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - ARTICULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D. C. veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI)

Actor: LUIS ERNESTO CORREA PINTO

Demandado: HABIB MERHEG MARUN

Se decide la solicitud de pérdida de investidura interpuesta por el señor Luis Ernesto Correa Pinto contra el señor Habib Merheg Marún, elegido Senador de la República para el período legislativo 2006 a 2010.

ANTECEDENTES

El demandante solicita que se decrete la pérdida de investidura de congresista en contra del señor Habib Merheg Marún, Senador de la República para el período legislativo 2006 a 2010, por haber incurrido en la causal señalada en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, según el cual los congresistas perderán su investidura *“por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses”*.

El actor fundamentó la solicitud en los siguientes hechos:

1. Que el señor Habib Merheg Marún “se desempeña actualmente” como Senador de la República.
2. Que, mediante oficio del 18 de enero de 2006, el Procurador General de la

Nación pidió al Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que investigara a varios senadores, entre ellos al congresista demandado.

3. Que, actualmente, ante el despacho del Procurador General de la Nación, cursa el proceso disciplinario radicado con el número 1-1605666-2007 contra el congresista demandado, proceso que está por resolverse.

4. Que el señor Habib Merheg Marún participó en el debate y votación de la elección del actual Procurador General de la Nación, doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, y que no se declaró impedido, pues sólo lo hizo para votar la reforma política, como consta en el acta de sesión del 11 de diciembre de 2008.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El congresista demandado, al contestar la demanda, por intermedio de abogado, expresó:

1. Que es cierto que “se desempeña actualmente” como Senador de la República y que tiene investigaciones en su contra ante la Corte Suprema de Justicia, en etapa preliminar, y ante la Procuraduría General de la Nación, en espera de la correspondiente decisión. Sin embargo, afirmó que no incurrió en conflicto de intereses alguno en el trámite de la elección del Procurador General de la Nación, pues dicha elección no puede ser considerada como un “debate” en los términos regulares de las sesiones del congreso. Que en el proceso de elección del Procurador General de la Nación, el congresista se limita a escuchar a los candidatos y el conflicto de intereses no se presenta por eso. Además, que el quórum no es factor decisivo en ese procedimiento.

2. Que no votó por el actual Procurador en esa elección y que, si bien en los videos entregados por el demandante aparece en el recinto del Congreso, esto es porque en esa sesión se trataron otros temas para los que no estaba impedido. Por tanto, que lo que se debe revisar en tales videos es si, efectivamente, el demandado votó en la elección del Procurador.

3. Pide que se desestime la demanda y se mantenga la investidura de Congresista porque, además, existen sentencias del Consejo de Estado en las que, en

situaciones similares, se ha establecido que el hecho de no haberse declarado impedido no configura, *per se*, un caso de pérdida de investidura.

AUDIENCIA PUBLICA

La parte actora

En la audiencia el actor reiteró los argumentos expuestos en la solicitud de pérdida de investidura. Y el demandado reiteró los expresados en la contestación de la demanda.

El actor, mediante apoderado, dijo que era evidente que el señor Merheg Marún estaba siendo investigado por el Procurador General de la Nación para la fecha de la elección del nuevo procurador, hecho que aquél conocía y que, además, había votado en esa elección como se aprecia en el video de la sesión del 11 de diciembre de 2008.

Agregó que, conforme con el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, era una obligación del señor Merheg Marún declararse impedido y que así no procedió.

Por tanto, concluyó que el mencionado senador incurrió en la causal de pérdida de investidura consagrada en el numeral 1º del artículo 183 de la Constitución Política.

La parte demandada

El senador demandado constituyó un nuevo apoderado para atender la audiencia. Dijo el nuevo apoderado que en la contestación de la demanda se había hecho una serie de cuestionamientos sobre la prueba de los presupuestos necesarios para que se dictara una sentencia favorable a las pretensiones del demandante. En tal sentido, expresó que correspondía a la actividad probatoria propia del proceso de pérdida de investidura y, en especial, a esta Corporación determinar si los supuestos de hecho de la causal invocada realmente acaecieron o que solo correspondían al *“producto de la imaginación del aquí demandante”*.

Dijo que, en todo caso, no era suficiente con verificar si el demandado votó o participó en esa elección para proceder a decretar la pérdida de investidura, pues tal razonamiento resultaba desproporcionado.

Consideró que había que evaluar el interés del congresista, que en este caso no era otro que el de elegir a una persona que ofreciera transparencia e idoneidad al frente de la Procuraduría General de la Nación.

Añadió que elegir como Procurador General de la Nación a un *“buen Juez”* es la aspiración de cualquier ciudadano, de cualquier congresista, así, en este último caso, el congresista esté siendo procesado por la Procuraduría. Que esto no significaba que estuviera anteponiendo intereses personales, concretos y de tipo particular frente al interés general de escoger al mejor aspirante para ese cargo.

Expresó que, de aceptarse que el demandado sí votó en el procedimiento para elegir al actual Procurador General de la Nación, esa sola circunstancia no podía servir para sustentar la sanción de pérdida de investidura, puesto que en esa votación nunca ocurrió un caso de conflicto de intereses.

Anotó que el interés con el que obró el señor Merheg Marún al participar en esa elección fue el de coadyuvar al bienestar de la República, lo que no representa un interés indebido e ilegal. Añadió que cualquiera hubiera sido el procurador elegido, el senador demandado habría tenido que atenerse a las reglas propias del procedimiento disciplinario, sin que esa elección hubiese tenido la virtud de cambiar esas reglas ni las conclusiones de la investigación disciplinaria.

El Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público conceptuó en el sentido de que debía decretarse la pérdida de investidura del senador Habib Merheg Marún.

Sustentó ese concepto en que, de acuerdo con el material probatorio que obra en el proceso, el senador Habib Merheg no manifestó impedimento alguno para participar y votar en la elección del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, pues del video que contiene la filmación de la sesión plenaria del 11 de diciembre de 2008, en la que fue elegido el actual Procurador General, se observa que se llamó a votar al senador Merheg, que

aparece efectivamente depositando el voto. Prueba que tiene pleno valor dentro del proceso ya que fue aportada cumpliendo las exigencias del artículo 254 del C. P. C.

Dice que, siguiendo la línea jurisprudencial de esta Corporación, según la cual *“la circunstancia de tener una investigación en el organismo de control – fiscal en ese caso- implica un interés directo para el servidor que participa en la elección”*, el senador Merheg Marún, al conocer la investigación que en su contra adelantaba la Procuraduría General de la Nación, debió declararse impedido para participar y votar en la elección del jefe del Ministerio Público. Que al no haber procedido de ese modo, incurrió dicho senador en la causal invocada por el demandante.

Trámite Posterior a la Audiencia de Pérdida de Investidura

El magistrado ponente, mediante auto del 13 de mayo de 2009, con el fin de complementar el acervo probatorio y perfeccionar el recaudo de las pruebas, ordenó poner a disposición de las partes la copia de la grabación fílmica de la sesión plenaria del 11 de diciembre de 2008, en la que fue elegido el señor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, e instó al congresista demandado para que se pronunciara sobre su eventual participación y votación en esa elección.

El demandado, por intermedio de un nuevo apoderado, aceptó haber participado en la sesión en la que se eligió al Procurador General de la Nación. Luego de hacer un minucioso estudio de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre el tema y, teniendo en cuenta la decisión adoptada por los legisladores en el año 2004 frente a los senadores que se encontraban investigados por el procurador de la época, concluyó que *“ejercer su función constitucional de participar y votar en la elección del Procurador General de la Nación no se adecuaba al conflicto de intereses”*.

Agregó que el conflicto de intereses sólo se tipifica cuando existe un interés directo del senador en el trámite, discusión y votación de proyectos de ley o de actos legislativos, lo que no se extiende al ejercicio de funciones de orden administrativo, electoral o judicial, como las de elegir al Procurador General de la Nación y la de juzgar al Presidente de la República.

Con fundamento en lo anotado, dijo que llegó al convencimiento invencible de estar habilitado para sufragar, razón por la que depositó el respectivo voto.

La parte demandante recorrió el traslado del escrito presentado por el demandado. Señaló que pese a los intentos de la defensa por hacer creer que el senador demandado no votó en la elección del Procurador General de la Nación, en el escrito en el que se contestó la orden del tribunal en el sentido de que se pronunciara la parte demandada sobre su eventual participación y votación en esa elección, finalmente esa parte afirmó que sí votó.

Por ende, a juicio del demandante, el senador Merheg Marún incurrió en la causal de pérdida de investidura, pues para la época de la elección del Procurador General conocía de la investigación disciplinaria que obraba en su contra y no se declaró impedido para intervenir en esa decisión.

La parte demandada, en relación con las pruebas allegadas por la Procuraduría General de la Nación y el Senado de la República al proceso, en cumplimiento del auto del 13 de mayo de 2009, concluyó que no había existido interés directo por parte del señor Merheg Marún en la elección del Procurador General de la Nación, pues no participó ni votó acto legislativo o ley alguna relacionada con el régimen disciplinario de los congresistas.

Que el hecho de haber participado en la elección de quien lo investiga disciplinariamente en nada lo afecta, pues el Procurador General de la Nación goza de total autonomía e independencia y que sólo está sometido a los mandatos legales y constitucionales necesarios para adoptar las decisiones disciplinarias que correspondan.

Que disiente del concepto del Ministerio Público porque, por un lado, desconoce la reiterada jurisprudencia que protege a los senadores por sus votos en el ejercicio de las funciones y, por otro, por cuanto la causal de conflicto de intereses sólo procede en el trámite de leyes y actos legislativos.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

La Sala es competente para decidir la solicitud de pérdida de investidura de congresistas, conforme con los artículos 184 y 237, numeral 5, de la Constitución Política, 1 de la Ley 144 de 1994 y 37, numeral 7, de la Ley 270 de 1996.

Como la demanda reunió los requisitos legales y el proceso se surtió de conformidad con las reglas propias de este tipo de negocios, es procedente el estudio de fondo del asunto, que no es otro que el de determinar si el señor Habib Merheg Marún violó el régimen del conflicto de intereses establecido en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, violación que da lugar a la sanción de pérdida de investidura.

La condición de Senador de la República del señor Habib Merheg obra a folio 6 y siguientes. En especial, obra la certificación dada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en la que consta que el demandado fue elegido Senador de la República por el movimiento Colombia Viva en las elecciones del 12 de marzo de 2006. Figura también el informe de los resultados de los escrutinios para el Senado emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el que aparece en el cuadro de candidatos elegidos el nombre del señor Habib Merheg Marún.

Para este efecto, la Sala estudiará temas referentes al carácter de la acción de pérdida de investidura, al conflicto de intereses y luego descenderá al caso concreto. Para estudiar el caso concreto, a su vez, se examinará la situación fáctica que arroja el conjunto de pruebas allegadas al expediente y luego abordará la cuestión de si, en este caso, es jurídicamente procedente deducir responsabilidad en contra del demandado por haber incurrido en un conflicto de intereses, esto es, en la causal invocada por la parte actora.

DE LA ACCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA

Como se ha dicho en varias ocasiones, la acción de pérdida de investidura es una acción de tipo punitivo, especial, de carácter disciplinario que tiene por objeto general el de favorecer la legitimidad del Congreso de la República mediante la finalidad específica de sancionar conductas contrarias a la transparencia, a la probidad y a la imparcialidad en que pudieran en un momento dado incurrir los congresistas. Las causales de pérdida de investidura están taxativamente previstas en el ordenamiento.

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de la Ley 144 de 1994, dijo:

"Entre los objetivos buscados por esta normativa se halla el de garantizar a los gobernados que las personas a quienes se ha distinguido con tan alta dignidad no abusarán de su poder, aprovechándolo para alcanzar sus fines personales, pues la actividad a ellos encomendada debe estar exclusivamente al servicio del bien público"¹.

La pérdida de investidura es una grave sanción que se puede imponer a los congresistas y a otros servidores públicos de elección popular por haber unos y otros incurrido en el régimen especial conocido como de las causales de pérdida de investidura, esto es, por haber incurrido en conductas tipificadas especialmente por la Constitución y la ley y merecedoras de esa sanción.

Por tratarse, como ya se dijo, de una acción pública de tipo punitivo, la acción de pérdida de investidura está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad de la causal por la cual se impondría la sanción. Sanción que debe imponerse según los postulados del Estado Social de Derecho y conforme con las reglas del debido proceso. En ese orden, les corresponde tanto al demandante como al Estado acreditar debidamente la existencia de la causal en la que habría incurrido el congresista y la conducta constitutiva de la falta, todo eso dentro de las garantías procesales, se repite, reconocidas por la Constitución y los tratados internacionales en favor de los sujetos sometidos a un juicio a cargo del Estado.

La responsabilidad jurídica de tipo punitivo de los sujetos no puede concebirse en el plano exclusivo de los procesos lógicos (inductivos y deductivos), provenientes de interpretaciones puramente formales de las normas que describen las conductas objeto de reproche. Detrás del reproche jurídico en contra de un individuo está siempre la conducta que por acción u omisión él ha realizado, de tal modo que el análisis integral de todas las circunstancias en las que se produjo la conducta es indispensable para deducir, conforme con la Constitución, la condigna responsabilidad.

¹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-497 de 3 de noviembre de 1994.

La pérdida de investidura es una figura propia del derecho punitivo que, como se dijo, está sujeta a los principios fundamentales que gobiernan ese régimen, principios que pretenden salvaguardar la presunción de inocencia y el debido proceso.

DEL CONFLICTO DE INTERESES

El artículo 182 de la Constitución Política establece que *“Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones”*.

Por su parte, el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución consagra como causales de pérdida de investidura las violaciones del régimen de inhabilidades, del régimen de incompatibilidades o del régimen del conflicto de intereses.

Ese régimen fue desarrollado en el capítulo once *“Del estatuto del congresista”*, sección 4ª *“Conflicto de intereses”*, de la ley 5ª de 1992, por la cual se expidió el reglamento del Congreso.

Para la materia que es objeto de debate, la mencionada ley en la parte pertinente dispone:

“ARTICULO 268. Deberes. Son deberes de los Congresistas:

1. (...).

*6. Poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter **moral** o **económico** que los inhiban para participar en el trámite de los **asuntos sometidos a su consideración**.*

*“ARTICULO 286. Aplicación. Todo Congresista, **cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera**, o a su 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, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.*

“ARTICULO 287. REGISTRO DE INTERESES PRIVADOS. En cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados en el cual los Congresistas consignarán la información relacionada con su actividad privada. En ella se incluirá la participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier

organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el país o fuera de él.

“ARTICULO 288. TERMINO DE INSCRIPCION. Los Congresistas deberán inscribir sus intereses privados en el registro dentro de los primeros treinta (30) días del período constitucional, o de la fecha de su posesión.

“ARTICULO 289. PUBLICIDAD DEL REGISTRO. El Secretario General de cada una de las Cámaras hará público el registro, y lo expresará, además, en la Gaceta del Congreso.

“ARTICULO 290. MODIFICACION DEL REGISTRO. El cambio que se produzca en la situación de intereses privados de los Congresistas, deberá inscribirse en el registro dentro de los treinta (30) días siguientes a la protocolización del cambio.

“ARTICULO 291. DECLARACION DE IMPEDIMENTO. Todo Senador o Representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés.

“ARTICULO 292. COMUNICACION DEL IMPEDIMENTO. Advertido el impedimento, el Congresista deberá comunicarlo por escrito al Presidente de la respectiva Comisión o corporación legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento.

“ARTICULO 293. EFECTO DEL IMPEDIMENTO. Aceptado el impedimento se procederá a la designación de un nuevo ponente, si fuere el caso. Si el conflicto lo fuere respecto del debate y la votación, y aceptado así mismo el impedimento, el respectivo Presidente excusará de votar al Congresista.

La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos del párrafo del artículo 183 constitucional, si asistiere a la sesión el Congresista.

El Secretario dejará constancia expresa en el acta de la abstención.

“ARTICULO 294. RECUSACION. Quien tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún Congresista, que no se haya comunicado oportunamente a las Cámaras Legislativas, podrá recusarlo ante ellas. En este evento se dará traslado inmediato del informe a la Comisión de Etica y Estatuto del Congresista de la respectiva corporación, la cual dispondrá de tres (3) días hábiles para dar a conocer su conclusión, mediante resolución motivada.

La decisión será de obligatorio cumplimiento.” (Se destaca).

Finalmente, el artículo 16 de la Ley 144 de 1994 consagra otra situación en la que se presenta conflicto de intereses. Dispone la norma:

“Los Congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación para que decida si los Congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos”

Vale la pena resaltar que el artículo 40 de la Ley 734 o Código Unico Disciplinario alude al **interés particular y directo** cuando tipifica el conflicto de intereses de tipo general previsto para todos los servidores públicos².

De las normas transcritas, la Sala estima necesario precisar lo siguiente:

a) Que el conflicto de intereses que originaría un impedimento se puede presentar por razones de índole moral o económico, conforme lo dice el artículo 182 de la Constitución Política y los artículos 268, numeral 6º, y 286 de la Ley 5ª de 1992.

El conflicto de intereses de índole económico tiene un perfil mucho más claro habida cuenta de que los artículos 287 y 288 de la Ley 5ª de 1992 prescriben el deber de registrar los intereses privados y la participación accionaria que tenga el respectivo congresista, todo para que haya transparencia respecto de la vida económica del congresista frente al interés público que se debate en el Congreso y de cara al pueblo.

No hay que olvidar que el artículo 133 de la Constitución dice que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y que deberán actuar consultando la justicia y el bien común. De modo que el día en que colisionan los intereses privados del congresista con el interés público inmerso en el debate, en la decisión o en el voto habría un caso de conflicto de intereses, conflicto que pretenden resolver las figuras del impedimento o de la recusación. En efecto, de prosperar el impedimento o la recusación, el congresista queda separado de la función para el caso específico, con lo cual el ordenamiento pretende que el interés privado o particular del congresista no subordine al interés público.

² “Artículo 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés **particular y directo** en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido” (se destaca).

El conflicto de intereses de índole moral, en cambio, no aparece nítidamente definido ni tiene un perfil claro en las normas constitucionales y legales, como sí ocurre con el conflicto de intereses de índole económico, lo que no significa que no exista o que no pueda presentarse. Es más, no se descarta que una determinada situación fáctica derive simultáneamente tanto en un conflicto económico como en un conflicto de tipo moral. Por un lado, es totalmente admisible que el congresista, como cualquier ciudadano, ejerza o haya ejercido derechos fundamentales y de ahí que tenga intereses privados que deba cuidar. Por otro lado, la Constitución le ordena que como congresista vote en pos del bien común y la justicia, vale decir, en pos del interés general. En esa dinámica es factible el enfrentamiento de intereses que debe evitarse, tal como se explicó. Como no resulta conforme con los paradigmas de la ética pública que en un momento dado se superpongan esos intereses, la Constitución castiga el hecho de que el congresista omita denunciar la existencia del conflicto de intereses, cuestión que queda en evidencia cuando justamente el congresista vota, participa en un debate o en una decisión trascendental estando de por medio intereses personales de tipo económico o moral francamente incompatibles con el interés público relacionado con esa votación, ese debate o esa decisión.

b) Que el impedimento puede darse por la participación o votación en una decisión o asunto de que conozca el Congreso de la República, sea que se trate de deliberaciones y votaciones relacionadas con proyectos de ley o actos legislativos, o se trate de una decisión trascendental. En efecto, es inequívoco el artículo 291 al señalar que el congresista debe declararse impedido cuando observe que existe un conflicto de intereses para conocer y participar *“sobre determinado proyecto o decisión trascendental”*

Por tanto, el impedimento no solo puede darse cuando se trate del ejercicio de las funciones puramente legislativas del Congreso sino cuando se trate de las otras funciones de ese órgano como las funciones de control político, las administrativas, las judiciales y las electorales.

c) Que el congresista está en la obligación de manifestar el impedimento cuando advierta la existencia del eventual conflicto de intereses, de tal modo que le permita a la comisión o corporación legislativa correspondiente definir o decidir el impedimento. No se trata, como es obvio, de una decisión puramente discrecional del congresista. De todas las circunstancias de hecho que pudieran configurar un

interés privado de índole económico o moral debe surgir la obligación del congresista de manifestar el impedimento.

d) Que la configuración del impedimento se sujeta a que exista en el congresista un interés directo, particular, actual y real en la decisión de algún asunto que esté sometido a consideración del Congreso de la República, de conformidad con los artículos 286 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

En efecto, en relación con la causal de conflicto de intereses que da lugar a la pérdida de investidura, la Sala Plena de esta Corporación ha expresado:

“(...) la causal de pérdida de investidura por violación del régimen del conflicto de intereses tiene ocurrencia cuando en la persona de un congresista exista un interés directo, particular y actual, de carácter moral o económico, en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración, de la que le genere a él o a sus familiares o socios, un beneficio de carácter real, y no obstante estar en esa situación, no se declare impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”³.

Igualmente, esta Corporación ha sostenido que:

“Son pues las disposiciones contenidas en la Ley 5a. de 1992, citadas anteriormente y la consagrada en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994, las que ha expedido el legislador para desarrollar el mandato constitucional del artículo 182, por lo que tales normas, entendidas de conformidad con los preceptos constitucionales, son las que han de gobernar, de una parte, el deber que se le impone al congresista para declararse impedido cuando se encuentre en alguna de las situaciones previstas en las disposiciones de rango constitucional y legal, y de otra, la sanción por violación a dicho régimen, cuando teniendo interés directo en una decisión que debe tomar la corporación a la cual pertenece, porque lo afecte de alguna manera, no lo exprese y no se declare impedido”⁴.

Ahora bien, un elemento fundamental de la actividad que cumple la institución del Congreso de la República en un Estado de Derecho es el de la deliberación como condición previa para adoptar las decisiones que le corresponden a ese importante órgano del Estado. De hecho, se conoce a ese órgano también con el nombre de “parlamento”, expresión que denota su conexión con el “hablar” con el “parlar”, esto es, con la necesidad de que se debatan ideas en el seno de una

³ Sentencia del 9 de noviembre de 2004. Expediente: PI- 0584. C. P. Juan Angel Palacio Hincapié. Actor: Antonio Madariaga Reales.

⁴ Sentencia del 27 de agosto de 2002. Expediente: PI- 043. C. P. Ana Margarita Olaya Forero. Actor: Daniel Alfonso Reyes Fernández.

asamblea que tiene como misión adoptar decisiones claves para el interés público⁵. Cada una de las curules representa un voto que será necesario para adoptar la decisión, decisión que se configura en la medida en que de las deliberaciones surja el consenso, esto es, cuando el principio democrático o el principio de las mayorías haya producido el efecto de consolidar la resolución del asunto debatido.

En ese marco interviene el congresista y de ahí que tenga libertad para expresar su opinión, vale decir, la percepción que él tenga sobre el asunto puesto a su consideración, tanto que resulta inmune por el ejercicio de la función frente a otros poderes tal y como lo prescribe nítidamente el artículo 185 de la Constitución Política, que a la letra dice:

“Artículo 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”

Corresponde a la esencia del Congreso, órgano en el que están representados todos los intereses de una nación, que sus miembros deliberen y voten al punto de resultar inviolables por razón de tales actividades. Excepcionalmente puede y debe, el congresista, inhibirse de cumplir esa función. En consecuencia, la interpretación de las normas jurídicas que regulan la función de los congresistas, incluidas por supuesto las disciplinarias contenidas en el reglamento, debe ser ponderada y ecuánime de tal modo que prevalezca siempre el criterio según el cual la vocación natural de un congresista es la de participar en los debates y en las decisiones propias del congreso. De no ser así, lo natural y obvio no sería que un congresista desempeñe su función sino que no lo haga mediante el expediente de estar a cada instante consultando si debe o no declararse impedido, si debe o no asistir a las sesiones, si debe votar o no un determinado proyecto.

Sobre el alcance del artículo 185 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha tenido ocasión de expresarse en el sentido de favorecer, en general, la amplia libertad de los congresistas para desempeñar sus funciones

⁵ En la Antigüedad, hubo cuerpos colectivos que guardaban algunas semejanzas con los parlamentos contemporáneos, desde el viejo Areópago de la Atenas aristocrática hasta la Bulé de los Cuatrocientos, más tarde convertida en Bulé de los Quinientos, para conferirle mayor representatividad.

El nombre de estos cuerpos surgidos en la Época Moderna proviene del francés antiguo *parlement*, que inicialmente significó ‘consulta’ o ‘conferencia’, y luego pasó a ser ‘cuerpo consultivo’ y más tarde, ‘órgano legislativo’.

Parlement provenía de *parler* ‘hablar’, que a su vez se derivaba del latín *parabolare* ‘conversar’, vocablo del cual provienen también *parábola** y *palabra*. (Tomado de www.elcastellano.org).

esenciales. En la sentencia SU 062 de 2001 dijo:

“La Corte precisó que la figura de la inviolabilidad parlamentaria tiene por función “asegurar la libertad de opinión del congresista”⁶. Sin embargo, lejos de constituir un privilegio para el Congresista, constituye una garantía institucional del Congreso:

“esta prerrogativa es primariamente una garantía institucional en favor del Congreso y de la democracia, en vez de ser un privilegio personal del senador o del representante como tal”⁷

Teniendo ello presente, la Corte en dicha oportunidad precisó de manera general, que:

“Esto significa que una actuación de un senador o representante se encuentra cubierta por la inviolabilidad sólo si cumple con las siguientes dos condiciones: de un lado, que se trate de una opinión o de un voto, por lo cual no quedan amparadas las otras actuaciones de los senadores y representantes, incluso si las desarrollan dentro del propio recinto parlamentario. De otro lado, la opinión debe ser emitida en el ejercicio de sus funciones como congresista, por lo cual no son inviolables aquellas opiniones que un senador o representante formule por fuera de los debates parlamentarios, cuando actúe como un simple ciudadano.”⁸

Esta afirmación podría dar pie para considerar que únicamente ciertas actuaciones –votos y opiniones- del Congresista están amparados por la inviolabilidad. La Corte, señala casos en los cuales dicha inviolabilidad no opera, los cuales consisten, en términos generales, en conductas que impidan a los representantes y senadores consultar la justicia y el bien común, pues la inviolabilidad “busca proteger la independencia e integridad de la formación de la voluntad colectiva del Congreso”⁹. De ahí que concluya:

*“11- Finalmente, si bien la inviolabilidad es específica, pues sólo cubre los votos y opiniones en ejercicio del cargo, también es absoluta, **ya que sin excepción todos los votos y opiniones emitidos en el proceso de formación de la voluntad colectiva del Congreso quedan excluidos de responsabilidad jurídica.***

Este carácter absoluto se explica tanto por razones literales como históricas y finalísticas. Así, de un lado, el artículo 185 de la Carta no establece ninguna excepción, pues protege las opiniones y votos emitidos por los congresistas en ejercicio de sus cargos, sin distinguir qué tipo de función se encuentra cumpliendo el senador o representante en cuestión.

(...)

⁶ Sentencia SU-047 de 1999 fundamento jurídico 9.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Sentencia SU-047 de 1999, fundamento jurídico 10.

⁹ *Ibidem*.

*Finalmente, desde el punto de vista conceptual, esta figura pretende proteger de manera general la libertad e independencia del Congreso, por lo cual es natural **que se proyecte a todas las funciones constitucionales** que desarrollan los senadores y representantes, tal y como lo reconoce uniformemente la doctrina comparada.”¹⁰ (Negrillas fuera del texto).*

Nótese que el artículo 185 consagra la inmunidad del voto del congresista para favorecer la participación y el cumplimiento efectivo de la misión que le corresponde a ese servidor público, al paso que el artículo 182, de modo general, prescribe los llamados conflictos de intereses de los congresistas que los inhiben de intervenir en las deliberaciones y debates pero que delega a la ley las regulaciones específicas sobre esos conflictos. De ahí que la Sala crea que ambas normas deben aplicarse de forma ponderada de modo que la tensión entre esas disposiciones se resuelva razonablemente en favor de la participación del congresista en las funciones propias del Congreso y no en favor de su abstención, preferiblemente.

Por esas razones, habría lugar a la imposición de la sanción de pérdida de investidura cuando se compruebe fehacientemente que pese a tener el congresista un auténtico conflicto de intereses frente a un específico asunto y no obstante estar conciente de dicha circunstancia, interviene en el debate o vota o decide el asunto sometido a su conocimiento. El conflicto de intereses como eventual causa para imponer la sanción de pérdida de investidura se convierte en una figura que limita de una forma fuerte las libertades de voto y expresión que la propia Constitución consagra a favor de los congresistas y de ahí la importancia de que la imposición de la sanción sólo resulte legítima cuando haya total evidencia de la existencia de conflicto de intereses que el congresista no quiso evitar.

En conclusión, la causal de pérdida de investidura por violación del régimen del conflicto de intereses, se reitera, tiene ocurrencia cuando un congresista tiene un interés directo, particular y actual, de carácter moral o económico, en la decisión de uno o varios de los asuntos sometidos a su consideración, decisión de la que se derive para él o para sus familiares o socios, un beneficio de carácter real y, no obstante estar en esa situación, no se declare impedido de participar en los debates o votaciones respectivas, tal como lo ha dicho esta Sala.

¹⁰ Sentencia SU-047 de 1999, fundamento jurídico 11.

EL CASO CONCRETO

Para estudiar el caso concreto, la Sala abordará el análisis de, en primer lugar, la situación meramente fáctica de si el senador demandado intervino en la decisión de elegir al Procurador General de la Nación y de si se había o no declarado impedido para el efecto. En segundo lugar, estudiará si, pesando sobre el congresista una investigación abierta por el Procurador General de la Nación, el hecho de haber participado en esa elección constituye un caso de conflicto de intereses.

De las pruebas

Considera el actor que el demandado violó el régimen de conflicto de intereses por no declararse impedido para votar en la elección del Procurador General de la Nación, pues ese organismo había antes abierto investigación en contra del señor Merheg Marún. De hecho, el actor dice que la Procuraduría General de la Nación había pedido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que investigara al señor Merheg Marún y a otros congresistas por supuestos nexos con grupos al margen de la ley.

En ese orden, la Sala verifica que en el expediente figura un conjunto de pruebas de donde se deduce que, en efecto, el senador Habib Merheg Marún sí participó y votó en la sesión plenaria del 11 de diciembre de 2008 en la que fue elegido el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación y que no se declaró impedido para intervenir en esa decisión.

Las circunstancias y pruebas más relevantes que circunscriben la conducta del señor Habib Merheg Marún, y que es el objeto de juzgamiento, son estas:

1. Acta de plenaria número 035 de la sesión ordinaria del día jueves 11 de diciembre de 2008, en la que fue elegido el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación para el período constitucional de enero de 2009 a enero de 2013. En dicha acta figura que esa Corporación denegó el impedimento de varios congresistas que decían estar impedidos para participar en ese acto por tener procesos disciplinarios abiertos por la Procuraduría General de la Nación.

En esa acta aparece que el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado obtuvo 81 votos, el doctor Camilo Gómez Alzate 1 voto, el doctor Germán de Jesús Bustillo Pereira 0 votos, 3 votos en blanco, para un total de 85 votos. Conviene advertir que la votación fue secreta.

2. DVD que contiene la copia fílmica de la sesión plenaria del 11 de diciembre de 2008, remitida por el Jefe de Oficina de Información y Prensa del Senado de la República, por solicitud del ponente.

3. Certificación del Secretario General (e) del Senado de la República en la que hace constar que la elección del señor Procurador General de la Nación se llevó a cabo mediante votación ordinaria el 11 de diciembre de 2008. Certificó, además, que el senador Habib Merheg Marún, antes de entrar en la discusión y votación de los impedimentos, dejó constancia en la secretaría de su retiro del recinto y que, teniendo en cuenta que la votación fue ordinaria, no era posible determinar si el mencionado senador votó en ese proceso.

4. Empero, ante el auto del 13 de mayo de 2009, proferido por el consejero ponente, que puso a disposición de las partes la copia del DVD que contiene los registros fílmicos de la sesión plenaria del 11 de diciembre de 2008, en la que se eligió al Procurador General de la Nación, y que instó al congresista demandado para que se pronunciara sobre su eventual participación y votación en esa elección, el demandado no negó haber participado en ese procedimiento.

5. El demandado no sólo no negó haber participado en ese acto sino que optó por justificar la conducta diciendo que el ejercicio de la función constitucional de elegir Procurador General de la Nación no podía constituir un caso de conflicto de intereses por el hecho de estar abierta por ese organismo una investigación en contra del congresista. En memorial que obra a folio 118 y siguientes, luego de exponer una extensa explicación jurídica, el señor apoderado del congresista Habib Merheg dijo:

“(...) una vez el senador HABIC (sic) MERHEG entra a la plenaria, consulta con sus asesores, escucha y verifica las constancias que motivaron la negación de los impedimentos que coinciden con los análisis y estudios realizados a los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, que se armoniza con la decisión adoptada por el senado, al negar más de 20 impedimentos de senadores que se

encontraban investigados disciplinariamente por la Procuraduría, llegó al convencimiento invencible de estar habilitado por la plenaria del senado, la constitución y la ley para poder sufragar sin que esto constituyera un conflicto de intereses, razón por la cual, procedió a depositar su voto (...)"

6. El demandado adjuntó copia de la Gaceta del Congreso correspondiente a una antigua sesión de esa Corporación, la sesión ordinaria del 9 de marzo de 2004, en la que figura el debate que en esa época se dio en el congreso sobre el tema de los impedimentos de los congresistas frente a la elección del procurador de ese entonces, congresistas que también tenían investigaciones disciplinarias en su contra y que finalmente fueron habilitados para votar en la elección. No fueron aceptados los impedimentos de los siguientes congresistas:

CONGRESISTAS QUE MANIFESTARON IMPEDIMENTO	CONSIDERACION DE LA PLENARIA
ANDRES GONZALEZ DIAZ	NEGADO
EDUARDO BENITEZ MALDONADO	NEGADO
JULIO MANZUR ABDALA	NEGADO
JAIME DUSSAN CALDERON	NEGADO
FRANCISCO ROJAS BIRRI	NEGADO
CAMILO ARMANDO SANCHEZ ORTEGA	NEGADO
JOSE DARIO SALAZAR CRUZ	NEGADO
LUIS HUMBERTO GOMEZ GALLO	NEGADO
MANUEL ANTONIO DIAZ JIMENO	NEGADO
SAMUEL MORENO ROJAS	NEGADO
WILLIAM ALFONSO MONTES MEDINA	NEGADO
LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE	NEGADO
FLOR M. GNECCO ARREGOCES	NEGADO
MARIO VARON OLARTE	NEGADO
JESUS PUELLO CHAMIE	NEGADO
JOSE IGNACIO MESA BETANCUR	NEGADO
VICTOR RENAN BARCO LOPEZ	NEGADO
ANGELA VICTORIA COGOLLOS AMAYA	NEGADO
LUIS CARLOS AVELLANEDA	NEGADO

TARAZONA	
JOSE ANTONIO PEÑALOZA NUÑEZ	NEGADO
MARIO URIBE ESCOBAR	NEGADO
EFRAIN JOSE CEPEDA SARABIA	NEGADO
RAFAEL PARDO RUEDA	NEGADO
JOSE CONSUEGRA BOLIVAR	NEGADO
CLAUDIA BLUM DE BARBERI	NEGADO
CARLOS GARCIA ORJUELA	NEGADO
JUAN MANUEL CORZO ROMAN	NEGADO
CARLOS HERNAN BARRAGAN LOZADA	NEGADO
MAURICIO JARAMILLO MARTINEZ	NEGADO
CARLOS HIGUERA ESCALANTE	NEGADO

7. Conviene resaltar que la no aceptación de los impedimentos estuvo precedida de un estudio hecho por la Comisión Accidental nombrada para el efecto, comisión que estuvo integrada por los senadores Héctor Elí Rojas Jiménez, Jesús Angel Carrizoza Blanco y José Renán Trujillo. Estos senadores, luego de estudiar las normas pertinentes del conflicto de intereses previstas en la Ley 5 de 1992 y en la Ley 734 de 2002, concluyeron que no había impedimento alguno para que pudieran intervenir en la elección de procurador senadores contra los que se había abierto investigaciones de tipo disciplinario. Entre las razones que adujeron para sustentar el informe en el que se basó el congreso para denegar los impedimentos están las siguientes:

“El Consejo de Estado ha dicho respecto del conflicto entre el “interés general, propio de la función pública” y el “interés particular y directo del servidor público” lo siguiente: “El interés que configura el conflicto debe ser real, actual y cierto no futuro, eventual e hipotético. De allí que el beneficio que genere el conflicto debe ser igualmente real, actual y no hipotético o aleatorio. En donde para configurarse, no debe esperarse la ocurrencia de hechos o desarrollos ulteriores. Por tanto, el provecho o beneficio que configura el conflicto debe ser autónomo (Consejo de Estado, Sala de Consulta. Marzo 20 de 2004. Flavio Augusto Rodríguez).

Igualmente, ha señalado que el conflicto de intereses se materializa cuando de quien se predica pierde su natural imparcialidad (Consejo de Estado, septiembre 3 de 2002)”.

Consideramos que el hecho de votar para elegir Procurador es una función constitucional que deben cumplir los Congresistas, sin que el

impedimento se vuelva una excusa para eludirla y evadir, por ejemplo, la prohibición de recomendar parientes ante aquel funcionario en cuya elección participaron.

El hecho de estar siendo investigados no alcanza a convertir en particular, directo, real y actual el interés general de la elección, pues votar por alguno de los tres aspirantes no garantiza que se altere la imparcialidad del investigador ni asegura la absolución y archivo del expediente.

En estos eventos el Congresista investigado se encuentra frente al Procurador elegido, como cualquier investigado frente a cualquier juez de la República, y los impedimentos se regulan por los principios generales y las normas que se aplican a los casos corrientes de la jurisdicción ordinaria, o de la disciplinaria”.

Fuera de basarse en ese concepto del Consejo de Estado, los Congresistas encargados de estudiar los impedimentos sustentaron en estas otras razones la inexistencia del conflicto de intereses:

“Resulta evidente que el género humano realiza acciones motivadas por los más disímiles componentes de su ser intelectual y que el odio, el temor, el afecto, el desprecio, el agradecimiento, la venganza, etc... son móviles que explican por qué alguien decide y actúa o se abstiene en un determinado asunto, y esto es más interesante cuando se trata de la relación que surge entre el juez y sus procesados: Si el juez, en la intimidad de la grandeza que la investidura le otorga para investigar, juzgar y sancionar a sus semejantes infractores de la ley, disciplinaria en nuestro caso, siente el agradecimiento para con quien lo ayudó a llegar al cargo, o el odio o el desafecto, cuando no la venganza para con quien ayudó a otro candidato, afecta la imparcialidad que de él todos esperan, debe declararse impedido y permitir que otro funcionario que no sufra esos males del espíritu tome la decisión.

Pero no deja de ser tendencioso y gravemente violentador de la dignidad del Congresista suponer que su voto para elegir al Procurador General de la Nación lo depositará esperando ser absuelto en sus procesos disciplinarios. Una hipotética acusación como esta no tiene prueba, y no puede tenerla porque sencillamente no existe como hecho que pueda ser reconstruido en un proceso disciplinario, y dar lugar a una imputación.

La suposición implica igualmente desconocer sin fórmula de juicio la integridad moral de un funcionario respecto del cual no es justo, ni real afirmar que absolverá a los que voten por él, aún si son culpables y condenará, aun cuando sean inocentes, a quienes no lo hagan.

Lo razonable es creer que no existe impedimento de parte de los Senadores que están siendo investigados disciplinariamente por el Procurador General de la Nación para intervenir y votar en el nuevo acto de elección, y que sería este, el Procurador, quien eventualmente podría declararse impedido en cada proceso y una vez existan y se prueben las evidencias de su falta de imparcialidad, o ser recusado

como alternativa, por los investigados que prueben la perfidia del funcionario para perjudicarlos.

Si faltaran argumentos podríamos decir que la elección del Procurador General de la Nación se hace mediante voto secreto, de manera tal que el supuestamente parcializado Procurador no tendría certeza de quién votó por él y quien no, y el supuestamente perverso Congresista que votara movido por el interés particular de su proceso, tampoco podría demostrar materialmente que lo hizo en determinado sentido”.

Además dijeron que:

“La idea de que Procurador y Congresistas estén para elegir los unos y absolver el otro, resulta perversa y desinstitucionalizadora, pues no es aceptable que si el Procurador ejerce sus funciones de investigar y juzgar a los Congresistas, deba sufrir la carga de no poder contar con la participación de éstos en su elección y, a contrario sensu, si no lo hace y soslaya sus responsabilidades tenga el premio de que todos participan y asegura su elección”.

8. Oficio 775 del 6 de mayo de 2009 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que comunicó a esta Sala que adelantaba investigación previa contra el Senador Habib Merheg Marún, iniciada el 20 de marzo de 2007 y cuyo objeto era determinar la presunta existencia de nexos del congresista con grupos armados ilegales con fines proselitistas.

9. Oficio 2218 del 2 de junio de 2009 de la Procuraduría General de la Nación en la que remite, en dos folios, información sobre el estado de los procesos adelantados contra quienes ostentaban la calidad de Senadores de la República al 11 de diciembre de 2008. En ese documento se alude expresamente al señor Merheg Marún y a otros 24 senadores en iguales circunstancias, esto es, que a esa fecha tenían abiertas investigaciones disciplinarias, en fase de estudio preliminar, esto es, en fase de indagación preliminar, etapa que se notifica personalmente a los investigados, según el artículo 100 del CUD¹¹.

El señor Habib Merheg Marún no ha dicho que hubiera permanecido ignorante de la existencia de esa indagación preliminar para el momento en que se eligió al actual Procurador General de la Nación.

¹¹ Conforme con el numeral 21 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000. le corresponde al Procurador General de la Nación “Conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los congresistas, por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso aunque hayan dejado de ser congresistas”

10. No figura en autos ninguna prueba de que el senador Merheg Marún se hubiera declarado impedido para participar en la elección del Procurador General de la Nación, que se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2008. Así se advierte del acta de Sesión de Plenaria del 11 de diciembre de 2008, (folio 176 vuelto) y de la certificación del Secretario General (e) del Senado de la República, en la que se establece que el demandado se retiró antes de la discusión y votación de los impedimentos declarados por varios senadores para la elección del señor Procurador. El Secretario General del Senado dijo que “no es posible determinar si el mencionado senador votó en ese proceso”.

11. En efecto, en el acta de la Sesión del 11 de diciembre de 2008 figura que el Congreso se ocupó de la elección del Procurador General de la Nación, para lo cual se leyeron los impedimentos de varios Senadores que dijeron no poder participar en esa elección por tener abiertos procesos disciplinarios por la Procuraduría General de la Nación.

La Secretaría, a instancia del Presidente del Congreso, leyó el informe rendido por la Comisión en el año 2004 teniendo en cuenta que se trataba fundamentalmente de la misma circunstancia examinada en ese informe. Consta que, con base en ese informe, se denegaron los impedimentos de los Congresistas que dijeron que estaban siendo investigados por la Procuraduría.

Se denegaron los impedimentos de los siguientes Congresistas:

CONGRESISTAS QUE MANIFESTARON IMPEDIMENTO	CONSIDERACION DE LA PLENARIA
ELSA GLADYS CIFUENTES ARANZAZU	NEGADO
GABRIEL IGNACIO ZAPATA CORREA	NEGADO
OSCAR DE JESUS SUAREZ MIRA	NEGADO
GLORIA INES RAMIREZ RIOS	NEGADO
JUAN CARLOS RESTREPO ESCOBAR	NEGADO
LUIS FERNANDO VELASCO CHAVES	NEGADO
CARLOS JULIO GONZALEZ VILLA	NEGADO
JUAN MANUEL CORZO ROMAN	NEGADO

JORGE ELIECER BALLESTEROS BERNIER	NEGADO
OSCAR JOSUE REYES CARDENAS	NEGADO
MANUEL GUILLERMO MORA JARAMILLO	NEGADO
GERMAN VILLEGAS VILLEGAS	NEGADO
ADRIANA GUTIERREZ JARAMILLO	NEGADO
ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA	NEGADO
DILIAN FRANCISCA TORO TORRES	NEGADO
ZULEMA JATTIN CORRALES	NEGADO
JOSE DARIO SALAZAR CRUZ	NEGADO
MARTA LUCIA RAMIREZ DE RINCON	NEGADO
CARLOS CARDENAS ORTIZ	NEGADO
JUAN CARLOS VELEZ URIBE	NEGADO
GRISELDA JANETH RESTREPO GALLEGO	NEGADO
JULIO ALBERTO MANZUR ABDALA	NEGADO
UBEIMAR DELGADO BLANDON	NEGADO
EDGAR ESPINDOLA NIÑO	NEGADO
RODRIGO LARA RESTREPO	NEGADO
PIEDAD ESNEDA CORDOBA RUIZ	NEGADO

Aparece en el acta que se retiraron del recinto para no discutir la cuestión de los impedimentos los senadores Griselda Restrepo Gallego, Yolanda Pinto Afanador, Luis Fernando Velasco y Habib Merheg Marún.

12. El señor Habib Merheg renunció a su condición de Senador de la República el 12 de mayo de 2009, según comunicación de la Secretaría General del Senado de la República que obra en autos.

En consecuencia, la Sala, se reitera, tiene la convicción de que el señor Habib Merheg Marún, sin duda, participó y votó en la elección del Procurador General de la Nación, acto celebrado el 11 de diciembre de 2008 y que no se declaró impedido. No se declaró impedido, según lo ha expuesto el demandado por boca de su apoderado, por estimar no estarlo teniendo en cuenta criterios extraídos de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de que el propio Congreso de la

República había denegado el impedimento a varios colegas en situaciones similares previas y aún para la propia elección celebrada ese 11 de diciembre de 2008. El señor Habib Merheg Marún se retiró de la sesión mientras que el Congreso debatía el tema de los impedimentos y una vez la Corporación, por intermedio del Presidente del Congreso, no aceptó ninguno de los impedimentos manifestados por los otros congresistas, retornó a la sesión correspondiente para intervenir en la elección de Procurador General de la Nación.

Inexistencia del conflicto de intereses

Ahora corresponde a la Sala estudiar si ese hecho constituye efectivamente un caso de conflicto de intereses para deducir la respectiva consecuencia.

En primer lugar, es evidente que no se está frente a un caso de conflicto de intereses de naturaleza económica puesto que la acusación lanzada por el demandante en contra de la investidura del demandado no tiene relación con intereses de índole económico o algo parecido del Senador Habib Merheg Marún que hubieran chocado contra el interés público inmerso en el proceso de elección del Procurador General de la Nación. La acusación plantea más bien la posibilidad de que haya habido un caso de conflicto de intereses de naturaleza moral o ético.

En ese orden, se anticipa que no encuentra la Sala elementos de juicio para deducir que el señor Habib Merheg Marún merezca la pérdida de investidura por los hechos que denuncia el demandante, esto es, que sea responsable de haber incurrido en conflicto de intereses por los hechos ya varias veces expuestos.

Esta Corporación ha dicho que el interés que debe asistir al congresista para que pueda adecuarse a la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses es el *“provecho, conveniencia o utilidad que, atendida sus circunstancias, derivaría el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto. (...)”*¹².

Así mismo, se repite, ha sostenido que *“(...) la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses tiene ocurrencia cuando en la*

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia del 17 de octubre de 2000. C. P. Mario Alario Méndez. Expediente No. AC- 1116.

*persona de un congresista exista un interés directo, particular y actual, de carácter moral o económico en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración, de la que le genere a él a sus familiares o socios, un beneficio de carácter real”.*¹³

Y, además, en relación con el aparente conflicto de interés suscitado con ocasión de la elección o nombramiento de funcionarios, ha expresado que “(...), para que se configurara dicha causal el actor debió probar con medios idóneos, y no con simples especulaciones y presunciones, que la elección de dicho funcionario le reportaría un beneficio directo a aquél o a sus familiares más próximos”.¹⁴

Recientemente, en providencia del 10 de noviembre de 2009, se estudió la causal de pérdida de investidura relacionada con la violación del conflicto de intereses en cuanto que el demandado en ese caso habría participado en la elección de magistrados de la Corte Constitucional teniendo pendientes de revisión dos acciones de tutela por parte de ese alto tribunal. En esa sentencia se descartó la existencia de conflicto de intereses en ese evento. Esta Corporación discurrió en el siguiente sentido:

“Para la Sala, la situación de conflicto de interés que puede presentarse en un asunto o materia de conocimiento de los congresistas, no se circunscribe únicamente a los relacionados con su labor legislativa, pues como antes lo ha precisado la Sala Plena¹⁵, los miembros del Congreso tienen otras funciones de naturaleza administrativa, electoral, judicial, de control político y fiscal, atribuidas por la Constitución y la ley. Por esta razón, ha dicho la Sala¹⁶, que la situación de conflicto debe analizarse en cada caso específico, para determinar si las particulares circunstancias del congresista, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o sus parientes, o socios, se contraponen con el interés comprometido en el asunto o materia en el que intervenga.

También es oportuno señalar, que aunque el artículo 185 de la Carta, consagra la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas en el ejercicio del cargo, ésta se entiende sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo y del régimen de conflicto de intereses, en cuanto la misma Constitución y la Ley 5ª de 1992, establecen la sanción de pérdida de investidura para los congresistas, cuando omitan su deber de declararse impedidos en los asuntos sometidos a su votación.

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 18 de febrero de 2008. C. P. Martha Sofía Sanz. Expediente No. PI-02262.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente No. 2005 – 00593 – 01.

¹⁵ Sentencia de 10 de noviembre de 2001, Exp. PI-0130, C.P. Dr. German Rodríguez Villamizar.

¹⁶ Sentencia de 17 de octubre de 2000, Exp. AC-11116, C.P. Dr. Mario Alario Méndez.

En este sentido, la Sala Plena ha precisado que “si la inviolabilidad en los votos y decisiones careciera de límites, no tendría sentido hablar de conflicto de intereses. Por ello, al tiempo que se consagra tal garantía, se prevé la responsabilidad cuando, debiendo declararse impedidos por razones de orden moral o económico, no manifiestan estas situaciones, haciéndose acreedores a las sanciones disciplinarias previstas en la ley”¹⁷.

En el caso bajo examen, se advierte en primer término que, de conformidad con el artículo 239 de la Constitución Política, compete al Senado de la República, elegir a los Magistrados de la Corte Constitucional, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Por tanto, es éste uno de los asuntos de conocimiento de los miembros de la Corporación pública.

Ahora bien, según se estableció del artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, para la aplicación del régimen sobre conflicto de interés de los Congresistas deben concurrir varios elementos, como son (i) un interés, (ii) que sea directo y (iii) que afecte de alguna manera al Congresista o a las personas que esta norma determina.

*Esta Sala ha definido el **interés** como “el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto”¹⁸. Además el interés debe ser **directo**, “debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse, (...), sin intermediación alguna”¹⁹.*

Para la Sala los hechos en que el actor fundamenta la causal, no constituyen infracción al régimen de conflicto de intereses, por las siguientes razones:

En primer término porque el Congresista demandado tiene como cualquier otra persona, el derecho de acceder a la Administración de Justicia²⁰ y, por lo tanto, el de interponer acciones de tutela²¹ para la defensa de sus derechos fundamentales, no lo pierde por el hecho de ostentar la calidad de Senador.

De otra parte, no existe relación directa entre el acto de elegir Magistrados de la Corte Constitucional y la eventual revisión de las acciones de tutela, pues ésta es de competencia autónoma y discrecional de un juez plural, es decir, no es del resorte exclusivo de los elegidos y, tampoco existe certeza de que el Senador Gómez Montealegre haya votado por los mencionados Magistrados, pues su

¹⁷ Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 12 de febrero de 2002, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

¹⁸ Sentencia de 17 de octubre de 2000, antes citada.

¹⁹ Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 19 de julio de 1991, Exp. AC-1433, C.P. Dr. Diego Younes Moreno.

²⁰ Artículo 228 C.P.

²¹ Artículo 86 íb. **Toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, (...) (Subrayas fuera de texto).

voto es secreto de conformidad con el artículo 131 literal a) de la Ley 5ª. de 1992.

Todo lo anterior demuestra que el interés alegado por el actor se diluye en suposiciones no comprobadas y que no encaja en la causal invocada, que exige la existencia de un interés directo, concreto y específico, que no aparece en este caso²²”

De conformidad con los artículos 275 y 279 de la Constitución Política, la Procuraduría General de la Nación es un organismo de control de tipo autónomo cuyas funciones, como las de cualquier órgano público, devienen de la Constitución y de la ley, máxime las de los órganos directamente prescritos por la Constitución. Si bien el artículo 276 de la Constitución le atribuye al Senado la competencia para elegir al Jefe del Ministerio Público, esto es, al Procurador General de la Nación, este alto dignatario del Estado no es un agente delegado, dependiente, adscrito o vinculado ni al Senado ni al Congreso de la República. Tampoco puede plantearse que el cuerpo de senadores resulte ser una especie de instancia directiva de los destinos de la Procuraduría General de la Nación. Se trata de una función constitucional que resulta de la colaboración armónica que existe entre los distintos poderes públicos tanto que el Senado de la República escoge a quien deba ser Procurador General de la Nación de una terna formada por candidatos designados por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En la función constitucional de escoger al candidato de la terna formada para el destino público de Procurador General de la Nación va envuelto el interés general de escoger al mejor aspirante para así asegurar un correcto y adecuado funcionamiento de ese órgano de control. Como el Procurador General de la Nación representa al Ministerio Público, que es una expresión democrática de los controles jurídicos que puede instituir el constituyente sobre cualquiera de las actividades del Estado y de la misma sociedad, no hay duda de que en el proceso de elección de este alto funcionario están involucrados intereses que le competen a toda la nación.

Ahora bien, a cada senador, en particular, atendiendo el deber de decidir siempre en pos del bien común, le corresponde escoger a quien en su fuero interno estime como el mejor candidato para ocupar ese cargo. De ese modo, resulta que los

²² Consejo de Estado. Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 10 de noviembre de 2009. Expedientes Acumulados No. 2008-01180 y 2008-01367.

intereses involucrados en esa función no coliden, no se enfrentan. Aún si pesaran sobre los senadores ciertas investigaciones disciplinarias a cargo del órgano, no por esa sola circunstancia estarían impedidos o inhabilitados para elegir al Procurador puesto que este funcionario no resulta ser un agente subordinado ni del Senado ni de cada senador en particular. Así lo ha visto el Congreso al no aceptar los impedimentos de los congresistas que han querido apartarse del proceso de designación de Procurador General de la Nación por tener ellos investigaciones disciplinarias pendientes²³.

Cree la Sala que no porque el escogido por un órgano colegiado deba atender luego funciones que le interesan a ese órgano, los miembros de ese cuerpo quedan *a priori* impedidos para hacer la elección, pues esa deducción haría imposible el cumplimiento de la misión o de la función propia del órgano con capacidad de elegir y pondría en entredicho por adelantado la idoneidad moral del elegido. La vocación del Senado de la República, para lo que interesa a este caso, es elegir al Procurador General de la Nación con la intervención natural y obvia de todos los Senadores, salvo muy específicas excepciones. De suponer que cualquier circunstancia podría constituir un impedimento para que los congresistas cumplan esa función, conduciría definitivamente a crear un marco en el que la función constitucional de nombrar al Procurador no se pudiera ejercer²⁴.

²³ En el estudio que hizo la Comisión Accidental para analizar los impedimentos declarados por los congresistas en el 2004, estudio que fue luego tenido en cuenta sustentar la no aceptación de los impedimentos declarados en el año 2008, la Comisión fue del parecer de que “los impedimentos tendrían que aceptarse siempre que los congresistas hubieran sido ya notificados de una formulación de cargos y rechazarse los aducidos por quienes solamente están siendo investigados, es decir, quienes tengan procesos que se encuentren en indagación preliminar o en indagación disciplinaria, que son las dos etapas iniciales del proceso disciplinario”

²⁴ Existen variados ejemplos en los que órganos colegiados deben, en cumplimiento de los deberes constitucionales y legales, elegir o escoger agentes estatales para que asuman tareas propias de la entidad o de la corporación a la que pertenece el órgano directivo o tareas o funciones de otros órganos y ese escenario no debe implicar necesariamente el impedimento de los miembros del cuerpo colegiado por el hecho de que posteriormente el elegido deba definir cuestiones o asuntos en los que tendrían un interés esos mismos miembros, interés que no puede mirarse como un interés particular y directo, a la manera de una ventaja que haya que defender, sino como un interés institucional. Dígase el caso del propio Congreso de la República que en virtud del artículo 46 de la Ley 5 debe elegir tanto el Secretario General del Senado como el Secretario General de la Cámara de Representantes. Comúnmente esos funcionarios están a cargo de tareas y funciones propias de la organización del Congreso en la que cada congresista puede tener un interés personal de mayor o menor medida y no por eso estarían impedidos los congresistas para elegir al Secretario General. El Vicepresidente de la República, en caso de falta absoluta, también es elegido por el Congreso, según el artículo 20 de la Ley 5. En escoger este funcionario habría un interés en cada uno de los congresistas que no choca, en principio, con el interés general. De no ser así y de interpretar que cualquier inclinación del congresista hacia la candidatura de alguien o cualquier interés *in pectore* sería motivo de impedimento, entonces casi nunca pudiera el órgano cumplir esa función. Lo propio se puede decir de órganos judiciales como cuando los altos tribunales proceden a elegir magistrados y jueces y otros funcionarios judiciales. El hecho de que haya una denuncia contra un alto magistrado, que haya un proceso judicial promovido por los magistrados ante la rama judicial, que haya interés en que el director ejecutivo de la rama judicial satisfaga ciertas carencias y necesidades logísticas en los despachos de los magistrados, en fin, todo eso, no puede significar *a priori* que entonces los altos tribunales no puedan elegir magistrados ni funcionarios judiciales sin que los electores incurran en conflicto de intereses.

Así, podría suceder que para impedir que el Senado, en un momento dado, cumpla la misión constitucional de elegir el Procurador, que es finalmente un órgano fundamental de la estructura del Estado, bastaría interponer una denuncia cualquiera contra todo el cuerpo de senadores de modo que la Procuraduría se viera obligada a abrir una investigación preliminar, que es lo mínimo que le corresponde hacer a un órgano de control ante las denuncias que con razón o sin ella suelen hacer los asociados. Deducir que en ese evento habría un conflicto de intereses impeditivo de la función de elegir Procurador, equivaldría a sostener, por una parte, que los órganos de control carecen de la autonomía constitucional que el propio constituyente les confirió y, además, resultaría que el senado legítimamente elegido por el pueblo no pueda elegir el Procurador y que quizá deba hacerlo un senado *ad hoc*, sin suficiente legitimidad para asumir esa responsabilidad.

Además, el hecho de que la votación sea secreta y que el congresista pueda optar por cualquiera de los tres aspirantes aleja la posibilidad de que queden compromisos antiéticos, oscuros o inaceptables entre el elector y el elegido. Pero de suceder algo así, el Código Penal viene a proteger el interés público y los bienes jurídicos relacionados con el correcto ejercicio de la función pública, en cuanto que esas conductas son castigadas por los tipos penales correspondientes. De estar probado que entre el Congresista elector y el candidato a Procurador General de la Nación o a cualquier otra dignidad que le corresponda elegir al Congreso existió una suerte de compromiso o negocio o acuerdo como condición para obtener determinada conducta del congresista en el proceso de elección, surgiría claramente un evidente conflicto de intereses que tendría que ser reprimido con la pérdida de investidura.

Así que la Sala cree que la decisión de elegir Procurador General de la Nación sí es una decisión trascendental en los términos del artículo 291 de la Ley 5 de 1992 pero eso no significa que surja necesariamente un conflicto de intereses si un miembro del Senado viene siendo objeto de investigación por parte de la Procuraduría y esa corporación se dispone a elegir a quien ha de dirigir en adelante los destinos de ese organismo.

El conflicto de intereses no se da si se tiene en cuenta que el proceso disciplinario tiene su propia dinámica e independientemente de la condición personal del funcionario que deba adelantarlo, es la ley la que señala el conjunto de presupuestos necesarios tanto para dictar una providencia favorable o desfavorable al encartado. Y, para mantener la imparcialidad y la transparencia de ese procedimiento, es al agente que adelanta el procedimiento contra un determinado sujeto disciplinario al que le corresponde evaluar si existirían causales de impedimento que le impidieran adelantar o continuar a cargo del respectivo proceso disciplinario.

Tendría que estar probado, para que surja el conflicto de intereses, que el congresista efectivamente tuvo la necesidad de defender cierta ventaja, cierto beneficio, cierto ánimo, concreto y actual, al momento de intervenir y votar por uno cualquiera de los miembros de la terna. En este caso y según la acusación, tendría que ser una ventaja o un beneficio o un ánimo o inclinación hacia alguna cuestión relacionada con la investigación preliminar que había abierto la Procuraduría en contra de Habib Merheg Marún, cuestión que no tiene sustento probatorio de ninguna clase.

La Sala no desconoce que el conflicto de intereses podría darse de forma contundente cuando se trata de la intervención de los congresistas en el proceso de formación de normas jurídicas que luego vendrían a favorecerlos de forma particular y concreta, como cuando se dictan normas relativas al régimen del derecho penal estando el congresista sometido efectivamente a una investigación penal, cosa que no sucede en este caso. Este tema fue tratado por la Sala de Consulta del Consejo de Estado en el concepto del 15 de mayo de 2008²⁵, y así se concluyó en ese dictamen.

²⁵ "¿Debe un congresista declararse impedido de participar en los debates y votaciones respecto del proyecto de Acto Legislativo números 047 de 2007 Cámara y 014 de 2007 Senado, porque la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal le ha abierto una investigación preliminar por actos relacionados con la llamada "parapolítica"?"

De acuerdo con los fundamentos normativos y los hechos analizados en el presente concepto, la Sala considera recomendable que proceda a declarar su impedimento ante la respectiva Corporación, para que sea ésta la que decida sobre el mismo.

En caso de hacerlo y de votar el congresista favorablemente el mencionado proyecto de Acto legislativo, qué consecuencias podrían sobrevenirle en materia disciplinaria y pérdida de investidura?

De acuerdo con lo expuesto en este concepto, en caso de que el congresista no declare su impedimento ante la Corporación y de alguna manera participe en el debate y votación del proyecto, además de la posibilidad de que pueda ser recusado, dicha participación podría dar lugar a que se le iniciara una investigación disciplinaria y se configurara una causal para un eventual proceso de pérdida de investidura.

En ese orden, para esta Sala, al demandado, en la elección del Procurador General de la Nación no le asistía ese interés que se exige para que tenga ocurrencia la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, pues, pese a que al momento de la elección, la Procuraduría había abierto una investigación preliminar en contra del congresista y de otros que también intervinieron en la sesión correspondiente, no se advierte una auténtica colisión de intereses en el sentido de que el interés general hubiera quedado subordinado a los intereses personales del demandado por el hecho de que este participó en la elección del Procurador General de la Nación.

La Sala evidencia que para el momento de la elección del Procurador General de la Nación ni siquiera había imputación, acusación o cargo alguno en el proceso disciplinario que había abierto la Procuraduría en contra del señor Merheg Marún. El estado en el que se encontraba el proceso era el de un estudio preliminar del que tampoco se desprende que los derechos del congresista demandado hubiesen estado comprometidos o afectados en ese proceso disciplinario.

Es dicente el hecho de que no se aceptaron los impedimentos que varios congresistas que estaban en la misma situación del aquí demandado manifestaron en la sesión correspondiente, esto es, que el propio Senado no consideró la existencia de conflicto de interés alguno en dicha situación. Y si bien es cierto que el demandado no manifestó el impedimento, de haberlo hecho habría sufrido la misma suerte que sufrieron las manifestaciones de impedimento de los demás congresistas que estaban en la misma situación, como por ejemplo pasó con los senadores Juan Manuel Corzo Román, Manuel Guillermo Mora Jaramillo, Piedad Córdoba, entre otros. El hecho relevante para este caso no es la conducta de no haber declarado el posible impedimento sino el hecho de que no existió el conflicto de intereses de orden moral que daría lugar, de haberse probado, a la configuración de uno de los elementos de la responsabilidad jurídica que exige la imposición de la sanción de pérdida de investidura, vale decir, que la conducta encaje en la causal de pérdida de investidura.

Es deber del Congresista poner en conocimiento de la Corporación los hechos de donde él deduzca u observe que podría surgir un conflicto de intereses, tal como lo prescribe el artículo 291 de la Ley 5 de 1992, independientemente de que el órgano competente decida si existe o no ese conflicto. El incumplimiento de ese

deber puede ser una falta disciplinaria sancionable en los términos del CUD, cuyo artículo 48 - 46 tipifica específicamente como falta el hecho de que un servidor público no declare un impedimento debiéndolo. Empero, de las circunstancias particulares del caso, el servidor público debe razonablemente deducir la eventual existencia de ese conflicto de intereses y así declararlo.

El artículo 181 de la Constitución Política no sanciona con pérdida de investidura el hecho de que un congresista no cumpla el deber de declararse impedido debiéndolo, sino el hecho de que vote una decisión estando incurso efectivamente en un conflicto de intereses. Para que pueda deducirse la responsabilidad jurídica disciplinaria que implique la máxima sanción, esto es, la pérdida de investidura, es necesario que en la sentencia se pueda establecer que ocurrió la violación del régimen del conflicto de intereses en cuanto que el Congresista votó anteponiendo intereses personales a los intereses públicos y no solamente que el Congresista no se haya declarado impedido.

En este particular caso, el señor Habib Merheg Marún se retiró del recinto donde sesionaba el Congreso mientras se decidía si la indagación preliminar que pesaba sobre varios congresistas en la Procuraduría, él incluido, constituía o no motivo para votar en la elección del Procurador. Esta conducta resultaba prudente dadas las circunstancias especiales en que se desarrollaba esa elección. De ahí que, una vez el Congreso decidió que no aceptaría los impedimentos, tal como ya lo había hecho en el año 2004 y porque no consideró que eso constituía un conflicto de intereses, el señor Habib Merheg Marún decidió participar en esa elección, sin declararse impedido, conducta esta imprudente que no alcanza a configurar la falta de haber incurrido en conflicto de intereses, puesto que, se repite, ese conflicto no existió.

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

FALLA

DENIEGASE la solicitud de pérdida de la investidura de Senador de la República al doctor Habib Merheg Marún, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Comuníquese esta decisión a la Mesa Directiva del Senado, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior y de Justicia, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sesión de la fecha.

VICTOR H. ALVARADO ARDILA

**GERARDO ARENAS MONSALVE
SALVO VOTO**

HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA
SALVO EL VOTO**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO
ACLARO EL VOTO**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT P IANETA
SALVO EL VOTO**

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

**ENRIQUE GIL BOTERO
ACLARO VOTO**

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

**GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN
SALVO VOTO**

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

FILEMON JIMENEZ OCHOA

**BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ
SALVO VOTO**

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

**MAURICIO TORRES CUERVO
SALVO VOTO**

**ALFONSO VARGAS RINCON
Salvo el voto**

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Salvo voto

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
SALVO VOTO

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Conjuez

GUSTAVO QUINTERO NAVAS
Conjuez
Aclaro voto

HERNANDO YEPES ARCILA
Conjuez
Salvo voto

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES BERTHA LUCIA RAMIREZ DE
PAEZ, VICTOR H. ALVARADO ARDILA, GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN Y
ALFONSO VARGAS RINCON**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D. C. veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI)

Actor: LUIS ERNESTO CORREA PINTO

Demandado: HABIB MERHEG MARUN

Nos separamos de la decisión mayoritaria por lo siguiente:

Se acusó al Congresista de haber incurrido en violación del régimen del conflicto de intereses, por intervenir en la elección del Procurador General de la Nación a pesar de que existían razones que lo inhibían para participar en la decisión.

Tales razones quedaron probadas, tal como se afirma en la decisión mayoritaria, en la que se dejó expreso de un lado, que para la fecha de la elección del Procurador General de la Nación, el Congresista tenía conocimiento de que contra él pesaba una investigación de carácter disciplinario ante la Procuraduría General de la Nación y de otro, que los congresistas que se encontraban en igual situación, se habían declarado impedidos y que el impedimento no les había sido aceptado.

Sobre la causal invocada “violación del régimen del conflicto de intereses”²⁶, se ha dicho que para que se estructure, es suficiente con que el congresista en tales circunstancias participe en los debates²⁷, así sea simplemente integrando el quórum de la sesión donde se discuta el tema respectivo²⁸.

Lo expuesto, es decir, el conocimiento que tenía el actor de la investigación disciplinaria que cursaba en su contra, le generaba la obligación de declararse impedido, de la cual no lo eximía la suerte que corrieran los impedimentos presentados por otros congresistas.

En consecuencia, para los suscritos, quedó en evidencia la flagrante violación del régimen de conflicto de intereses en que incurrió el demandado, pues la Carta Política impone a los congresistas el deber de poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración (C.N. art. 182) y el legislador al desarrollar este precepto, les impuso el deber de declararse impedidos para participar en los debates y votaciones, cuando tengan interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera.

La afirmación del demandado, según la cual no votó por el Procurador General en esa elección y que su presencia en el recinto del Congreso en ese momento, se debió a que en esa sesión se trataron otros temas para los que no estaba impedido, no justifica su omisión pues como se dijo, la sola asistencia, estructura la inhabilidad invocada.

En los anteriores términos dejamos expresada nuestra inconformidad.

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

VICTOR H. ALVARADO ARDILA GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

²⁶ Expediente No. PI-047. Marzo 11 de 2003. Ponente: Dr. MENDOZA MARTELO.

²⁷ Expediente AC-058. Abril 1º de 2003. Ponente: Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

²⁸ Expediente AC-0587. Agosto 3 de 2003. Ponente: Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D. C. veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI)

Actor: LUIS ERNESTO CORREA PINTO

Demandado: HABIB MERHEG MARUN

Comedidamente procedo a exponer los argumentos por los cuales no compartí la decisión de la mayoría en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 23 de marzo de 2010, que denegó la solicitud de pérdida de investidura del Senador de la República, Habib Merheg Marún, por el cargo relacionado con la violación al régimen de conflicto de intereses previsto en el numeral 1º del artículo 183 de la Constitución Política.

La demanda presentada en acción de pérdida de investidura parte del supuesto de que el señor Habib Merheg Marún participó en el debate y votación de la elección del actual Procurador General de la Nación, doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, y que no se declaró impedido, pues sólo lo hizo para votar la reforma política, como consta en el acta de sesión del 11 de diciembre de 2008.

La Sala Plena, en el caso de la causal endilgada al Senador Merheg Marún, abordó el estudio de dos aspectos en la sentencia:

1.- La situación fáctica de si el Senador demandado intervino en la decisión de elegir al Procurador General de la Nación, y si se había o no declarado impedido para el efecto.

2.- Si pesando sobre el congresista una investigación abierta por el Procurador General de la Nación, el hecho de haber participado en esa elección constituía un caso de conflicto de intereses.

De acuerdo con lo probado, el Senador Habib Merheg Marún sí participó y votó en la sesión plenaria del 11 de diciembre de 2008 en la que fue elegido el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, y que no se declaró impedido para intervenir en esa decisión.

El demandado optó por justificar la conducta diciendo que el ejercicio de la función constitucional de elegir Procurador General de la Nación, no podía constituir un caso de conflicto de intereses por el hecho de estar abierta en esa entidad de control una investigación en contra del congresista.

Consta en el expediente el oficio 2218 del 2 de junio de 2009 de la Procuraduría General de la Nación, con el que se remite en dos folios, información sobre el estado de los procesos adelantados contra quienes ostentaban la calidad de Senadores de la República a 11 de diciembre de 2008. En ese documento se alude expresamente al señor Merheg Marún, y a otros 24 senadores más en iguales circunstancias, esto es, que a esa fecha tenían abiertas investigaciones disciplinarias, en fase de estudio preliminar.

Para la Sala está probado que el señor Habib Merheg Marún, sin duda, participó y votó en la elección del Procurador General de la Nación, acto celebrado el 11 de diciembre de 2008 y no se declaró impedido, por estimar no estarlo teniendo en cuenta *“criterios extraídos de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de que el propio Congreso de la República había denegado el impedimento a varios colegas en situaciones similares previas y aún para la propia elección celebrada el 11 de diciembre de 2008.”*.

En criterio de la Sala, al demandado, en la elección del Procurador General de la Nación, no le asistía ese interés que se exige para que tenga ocurrencia la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, pues, al momento de la elección, la Procuraduría había abierto una investigación preliminar en contra del congresista y de otros que también intervinieron en la sesión correspondiente, con lo cual, se dice, no se advierte una auténtica colisión de intereses en el sentido de que el interés general hubiera quedado subordinado

a los intereses personales del demandado por el hecho de que éste participó en la elección del Procurador General de la Nación.

Del anterior criterio me aparto respetuosamente por las siguientes razones:

Las particulares circunstancias del congresista en el presente caso, sin duda, se contraponen con el interés comprometido en el ejercicio de su función de elegir al Procurador General de la Nación, atribución constitucionalmente asignada conforme el artículo 173 [7] de la Carta Política.

Según el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, para la aplicación del régimen sobre el conflicto de interés de los congresistas, deben concurrir varios elementos, como son: i) un interés, ii) que sea directo y, iii) que afecte de alguna manera al congresista o a las personas que esta norma determina. La causal exige la existencia de un interés directo, concreto y específico que se da en este caso.

Desciendo a la situación del demandado, en la sentencia con acierto se dice, que no por el hecho de que el escogido por un órgano colegiado deba atender luego funciones que le interesan a ese órgano, *“los miembros de ese cuerpo quedan a priori impedidos para hacer la elección, pues esa deducción haría imposible el cumplimiento de la misión o de la función propia del órgano con capacidad de elegir y pondría en entredicho por adelantado la idoneidad moral del elegido.”*

Sin embargo, en el caso concreto la causal se configura, no por el sólo supuesto de que al Procurador General de la Nación le corresponda el ejercicio de ciertas competencias que interesan específicamente al órgano colegiado que lo elige (concretamente porque le corresponde al Procurador, conforme el numeral 21 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los congresistas), pues de ser así, se deslegitimaría el ejercicio de una atribución constitucionalmente conferida al Congreso.

No se trata tampoco de suponer que “cualquier circunstancia” podría constituir un impedimento para que los congresistas cumplan con la función constitucional de elegir al Procurador General de la Nación.

A mi juicio, el hecho de que la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de la competencia atribuida por el Decreto 262 de 2000, adelantara para la época de la elección del señor Procurador General de la Nación, actuación disciplinaria contra el congresista demandado, constituía una situación personal y particular de carácter moral que lo inhibía para participar y votar en la sesión plenaria del 11 de diciembre de 2008 en la que fue elegido el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, situación respecto de la cual le asistía no sólo el deber ético y moral, sino la obligación constitucional de poner dicha circunstancia en conocimiento de la plenaria.

El hecho de cursar una investigación disciplinaria en su contra constituía un caso de conflicto de intereses en los términos previstos en los artículos 182 de la Constitución Política y 286 de la Ley 5ª de 1992, ese hecho, sin duda, significaba para el congresista un interés particular y privado contrapuesto al interés público que comporta la elección del jefe del Ministerio Público, sin que importe establecer el sentido de su voto, pues de lo que se trata es de señalar que dada su situación de investigado, podía querer beneficiar o perjudicar con su voto a quien resultara elegido Procurador General.

En tal sentido puede decirse que su condición de investigado comportaba para él un hecho que le impedía participar en la elección despojado de cualquier interés particular que se opusiera al ejercicio de su investidura consultando el interés general y el bien común.

Se trataba de un interés real, actual, cierto y no meramente eventual e hipotético, que le impedía al congresista actuar con absoluta imparcialidad.

El senador Habib Merheg Marún, debió indudablemente declararse impedido para intervenir en la decisión, en tanto que, se trataba del acto de elección del funcionario titular de la potestad disciplinaria que se estaba ejerciendo en su contra, es decir, de la elección del funcionario a quien le correspondía definir la responsabilidad disciplinaria dentro de la actuación que ya estaba en curso. Este hecho preciso de estar en curso la actuación, es el hecho determinante que comporta un interés particular de índole puramente ético que inhibía al congresista para participar en el debate, pues al estar siendo investigado, resultaba moral y jurídicamente reprochable no haber manifestado dicha circunstancia, declarándose impedido.

El demandado debió poner en conocimiento su particular situación, para que la plenaria resolviera el impedimento manifestado, respetando con dicha conducta la transparencia, ética y responsabilidad política que reviste el cargo de congresista. Esa conducta omisiva no se compadece con los postulados de la ética y la moral que deben siempre preceder el ejercicio de la función pública encomendada a los congresistas quienes son los depositarios de la confianza de sus electores.

Debo precisar, que la obligación que debía cumplir el congresista en el sentido de poner en conocimiento su situación particular, tampoco está condicionada a la etapa procesal del juicio que se adelantaba en su contra, pues el hecho impeditivo existía aún cuando sólo se hubiera abierto investigación preliminar.

En el juicio de valoración de la causal endilgada al congresista demandado, no resulta relevante el hecho de que no se aceptaran los impedimentos de varios congresistas que estaban en la misma situación del señor Merheg Marún. La decisión de la mayoría de la Sala, en este punto, sienta un grave precedente de justificación de la omisión de declararse impedido, por el hecho de la no aceptación de los mismos a los demás, dado que cada impedimento alude a una situación particular del respectivo congresista.

Conforme al precepto constitucional es deber del congresista poner en conocimiento de la Cámara respectiva la situación moral o económica que concurra en él. La omisión a ese deber, estructura la causal, pues lo que se pretende a través de este instituto, es garantizar la imparcialidad con la que el congresista debe obrar en ejercicio de su investidura, esto es, que no exista la más mínima sospecha de que el congresista pudo haber utilizado su investidura para adoptar una decisión desconociendo que frente a la comunidad debe actuar con la ecuanimidad, ponderación y desinterés necesarios.

Como lo señaló la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 18 de noviembre de 2008²⁹, la omisión al deber de exteriorizar la situación, estructura la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses.

²⁹ Radicación No. 11001-03-15-000-2008-00588-00 (PI) Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Demandado: Pedro Nelson Pardo Rodríguez.

La conducta asumida por el señor Habib Merheg Marún al retirarse del recinto donde sesionaba el Congreso mientras se decidía si la indagación preliminar que pesaba sobre varios congresistas en la Procuraduría, constituía o no motivo para votar la elección del Procurador, no legitima la omisión en la que incurrió y de la cual, insisto, se deriva la consecuencia ineludible de la pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses.

Con base en estos razonamientos, y con toda consideración y respeto por la decisión mayoritaria, dejo presentado mi salvamento de voto.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D. C. veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI)

Actor: LUIS ERNESTO CORREA PINTO

Demandado: HABIB MERHEG MARUN

Me he apartado de la decisión de mayoría, por cuanto considero que el demandado **HABIB MERHEG MARUN** sí estaba incurso en la causal de pérdida de investidura consagrada en el artículo 183, numeral 1, de la Carta Política, pues su conducta configura violación al régimen de conflicto de intereses.

En efecto, el demandado participó en el trámite de la elección de Procurador General de la Nación, pues con su comparecencia contribuyó al quórum y votó, sin expresar su impedimento, no obstante que tenía conocimiento de que era

objeto de investigación disciplinaria por parte del ente de control y es en ello que radica el conflicto de intereses.

En efecto, a mi juicio, el Congresista **conocía con absoluta certeza de que quien se encontraba en el recinto en calidad de candidato a Procurador iba a ser elegido por abrumadora mayoría, y tenía interés directo de que se enterara de su voluntad de acompañarlo con su voto.** No de otra manera se podría entender la contradicción en que incurrió en la contestación de la demanda y en la audiencia pública acerca de si había votado o no para la elección de Procurador General, como se explicará más adelante.

En otras palabras, de no ser por el conocimiento certero de la elección a favor del Procurador, no hubiera corrido el riesgo que finalmente corrió, de votar sin haber presentado a consideración su impedimento, y pese a que conocía previamente que el candidato a la Procuraduría Alejandro Ordoñez Maldonado no requería en la práctica de su voto, ya que era la primera vez en el Senado y en la democracia colombiana que se alcanzaba la votación unánime de los Senadores por un solo candidato a una dignidad de este nivel, como lo señala el fallo en su página 20. Obró en ese sentido, por supuesto, por algún motivo.

¿ Por qué razón el Congresista en la contestación de la demanda trata de ocultar que votó por el candidato a Procurador Alejandro Ordoñez Maldonado? Textualmente se expresa en la página 2 de la sentencia: *“...2. Que no votó por el actual Procurador en esa elección y que, si bien en los videos entregados por el demandante aparece en el recinto del Congreso, esto es porque en esa sesión se trataron otros temas para los que no estaba impedido. Por lo tanto, que lo que se debe revisar en tales videos es si, efectivamente, el demandado votó en la elección de Procurador”*, para posteriormente, a través de un nuevo apoderado

que designó para atender la audiencia pública manifestar, luego de la intervención del Procurador Delegado en la misma, donde este comprobó, que había votado a través del video correspondiente, “ que en todo caso, no era suficiente con verificar si el demandado voto o participó en esa elección para decretar la pérdida de investidura, pues tal razonamiento resulta desproporcionado”, aduciendo que tan solo lo movió la idea de elegir un buen juez, que es la aspiración de todo buen ciudadano y de cualquier congresista, pero que “de aceptarse que el demandado sí votó en el procedimiento para elegir al actual Procurador General de la Nación, esa sola circunstancia no podía servir para sustentar la sanción de pérdida de investidura, puesto que en esa votación nunca ocurrió un caso de conflicto de intereses” (subrayado fuera del texto).

Obsérvese que según la sentencia en la pagina 6, “el demandado, por intermedio de un nuevo apoderado, aceptó haber participado en la sesión en la que se eligió al Procurador General de la Nación” (subrayado fuera del texto).

En efecto, el señor Agente del Ministerio Público conceptuó, como lo reconoce el fallo, en el sentido de que debía decretarse la pérdida de investidura del Senador, lo que sustentó entre otras razones en que según el material probatorio el Senador Habib Merheg “no manifestó impedimento alguno para participar y votar en la elección del doctor Alejandro Ordoñez Maldonado como Procurador General de la Nación, pues en el video que contiene la filmación de la sesión plenaria del 11 de diciembre de 2008, en la que fue elegido el actual Procurador General, se observa que se llamó a votar al senador Merheg, que aparece efectivamente depositando el voto. Prueba que tiene pleno valor dentro del proceso ya que fue aportada cumpliendo las exigencias del artículo 254 del C.P.C”. Entonces, repito ¿Qué interés podía tener el Senador Habib Merheg, si conocía el ambiente en el cual se desenvolvía la votación en presencia del candidato, si no era que el

entonces postulado y ahora elegido, conociera que él también había votado en su favor?.

Atenta contra la lógica no inferir que alguna razón ha de tener alguien que no ha manifestado su impedimento, para correr semejante riesgo sin razón aparente, sin presentar a consideración su impedimento, en un voto que resulta imposible sostener que sea secreto, pues, las cifras son sospechosas desde el punto de vista democrático, pero contundentes desde el punto de vista de una elección que se presume válida.

No resulta difícil deducir entonces, qué era lo que pretendía el Senador contra quien cursaba un proceso disciplinario abierto en la Procuraduría General de la Nación, **dentro de la “votación secreta” realizada por el Senado de la Republica, en presencia del candidato Ordoñez Maldonado, quien según el acta “obtuvo 81 votos, el doctor Camilo Gómez Alzate 1 voto, el doctor Germán de Jesús Bustillo Pereira 0 votos, 3 votos en blanco, para un total de 85 votos...”**(subrayado y negrilla fuera del texto).

Resulta un imposible lógico sostener, como lo hace el fallo, que el Congresista no tenía un interés real, directo, particular y actual, de carácter moral, para que quien llegaría segundos después a ser elegido por aclamación por sus compañeros- que sí habían presentado debidamente sus impedimentos y se les habían rechazado de acuerdo con la normatividad existente-, advirtiera la dimensión y riesgo de su esfuerzo, como se deduce de la intervención del propio Agente del Ministerio Público, que pese a su dependencia funcional, alcanza a advertir lo que lamentablemente no pudo la ponencia mayoritaria.

Es claro que el demandado tenía un interés directo, particular y actual, de carácter moral- ser exonerado o favorecido en el trámite del proceso disciplinario-, que implica, desde luego, un beneficio de carácter real; y el hecho de que la elección de Procurador General de la Nación constituya un asunto del conocimiento de los miembros de la Corporación Pública, no hace desaparecer la causal, pues las circunstancias de que derivarían provecho los Congresistas en este caso no son generales y comunes por igual a todos ellos.

Atendiendo el propósito de favorecimiento específico que pretendió evitar el legislador al consagrar la causal bajo estudio, no puede afirmarse que todos los Congresistas estén en la misma circunstancia fáctica del demandado, pues no todos están siendo investigados disciplinariamente por el ente de control. De ahí que no puede, como se hace en la sentencia de la cual disiento, acudir al argumento de que se trata del ejercicio de una función que corresponde al Congreso, donde están involucrados intereses que le competen a toda la Nación, pues, repito, en este caso el interés general no excluye la situación de conflicto. Así pues, la sentencia debió decretar la pérdida de investidura solicitada.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Consejero