

PERDIDA DE INVESTIDURA – Representante a la Cámara / REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES – Concepto y finalidad / VIOLACION DEL REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES – Elementos configurativos / VIOLACION DEL REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES – Evolución jurisprudencial / IMPEDIMENTO DE CONGRESISTA – Cuando no es aceptado el impedimento propuesto, el congresista queda obligado a participar en el correspondiente trámite

La Sala Plena del Consejo de Estado debe definir si el señor Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza está incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1º del artículo 183 de la Constitución Política, relativa a la violación del régimen de conflicto de intereses, al haber asistido, participado y votado en la sesión del 19 de agosto en la que se eligió al Contralor General de la República, a sabiendas de que en su contra cursaba un proceso de responsabilidad fiscal y teniendo en cuenta que manifestó previamente su posible impedimento, el cual le fue negado. (...) La Ley 5 de junio 17 de 1992 “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes” en su artículo 263, modificado por el artículo 18 de la Ley 974 de 2005, establece: “COMPROMISO Y RESPONSABILIDAD. <Artículo Rige a partir del 19 de julio de 2006. El nuevo texto es el siguiente> Los miembros de las Cámaras Legislativas representan al pueblo, y deberán actuar en bancadas, consultando la justicia y el bien común, y de conformidad con lo dispuesto en los estatutos de su partido o movimiento político o ciudadano. Son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”. La causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183.1 de la C.P., por violación del régimen de conflicto de intereses, desarrolla el mandato constitucional contenido en el artículo 133 ídem. Ahora bien, el artículo 182 de la C.P., regula el conflicto de intereses y establece que la ley determinará lo relacionado con dicha causal de pérdida de investidura. (...) La prohibición es de naturaleza constitucional, pero la concreción o determinación de los supuestos que se enmarcan en ella corresponde definirlos al legislador, por encargo que le hizo el constituyente. El enunciado constitucional contenido en el artículo 182 anticipa una definición de conflicto de interés formulada a partir de los siguientes elementos estructurantes y concurrentes: (i) Que se trate de una situación de carácter moral o económico, (ii) Que dicha situación inhiba al Congresista para participar en el trámite de los asuntos que estén a su consideración. Esto es, se le prohíbe al Congresista participar de la deliberación y decisión del tema puesto a consideración del Congreso. La violación al deber de manifestar el supuesto de hecho que inhibe al Congresista es lo que estructura la causal de pérdida de investidura, por tanto es deber de éste poner en conocimiento de la cámara la respectiva situación. Pero, como este deber de manifestar el impedimento puede ser incumplido, afectándose con el interés del Congresista el proceso de formación y contenido de la ley, el hecho se consagró como causal de pérdida de su investidura. Artículo 183. “Los congresistas perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.” (...) Así, los congresistas incurren en conflicto de intereses cuando en el ejercicio de las funciones que emanan de su investidura, en asuntos propios de la actividad parlamentaria, movidos por situaciones de carácter moral o económico anteponen los intereses personales, de su familia, y/o de sus socios, al interés general de la comunidad a la que representan. Se trata de una razón de carácter eminentemente subjetivo, que limita la objetividad en la deliberación y la decisión, y torna parcial al funcionario, inhabilitándolo para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración, por no poder actuar con la ponderación, y el desinterés que la moral y la ley exigen. (...) Ahora bien, como lo ha señalado la Sala Plena Contenciosa, 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. (...) A lo largo de los años la jurisprudencia de la Sala se ha ocupado por ilustrar el contenido de esta causal y ha decantado las condiciones o supuestos que se deben presentar para que se configure el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura. Así en la sentencia del 22 de noviembre de 2011, se señalaron como supuestos los siguientes: (i) Que exista un interés directo, particular y actual: moral o económico, (ii) Que el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar, (iii) Que el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación, (iv) Que el congresista haya participado en los debates y/o haya votado, (v) Que la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento.” (...) Para el caso concreto, la interpretación que más se ajusta al precepto constitucional contenido en el artículo 183 numeral 2, es aquella que ha sido reiterada por la jurisprudencia en el sentido de que es una obligación del Congresista participar en el trámite de las leyes, salvo que se le acepte el impedimento, lo que significa que cuando el impedimento no es aceptado, el Congresista no está excusado del cumplimiento de dicho deber. En uno u otro caso, la decisión que adopte el competente es vinculante y definitiva con lo que se debe entender que se cierra el debate sobre un aspecto que ya está resuelto. (...) Ahora bien, en el hipotético caso de que el Contralor General conociera por competencia el proceso de responsabilidad contra el aquí accionado, el beneficio o provecho por participar y o votar en su elección, no es directo ni autónomo, como tampoco inmediato, porque para su intervención es necesario que se produzcan varios actos anteriores por parte de otro u otros funcionarios, quienes primeramente deben definir la responsabilidad fiscal del investigado, teniendo en cuenta diversas actuaciones que se soportan en hechos, pruebas y presupuestos legales para llegar a proferir una providencia favorable o desfavorable, vale decir, que no depende de la voluntad o de los intereses del servidor público, sino de lo que se demuestre en el proceso. Idéntico proceso volitivo debe seguir el Contralor General si finalmente debe resolver la alzada contra una decisión desfavorable para el investigado, quien también debe ceñirse a lo probado y a las normas que regulan la materia, lo que significa que su actuación es reglada y no libre y discrecional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 123 /
CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 182 / LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 263 /
LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 291

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03169-00(PI)

Actor: LUIS JESÚS BOTELLO GOMEZ

Demandado: WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA

Resuelve la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la solicitud de pérdida de investidura interpuesta por el ciudadano LUIS JESÚS BOTELLO GÓMEZ, contra WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, quien fue elegido como Representante a la Cámara, por la circunscripción de Norte de Santander, por el período constitucional 2014-2018.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El señor LUIS JESÚS BOTELLO GÓMEZ, en su condición de ciudadano, en ejercicio de la acción de pérdida de investidura regulada por la Ley 144 de 1994, mediante escrito presentado ante esta Corporación el 7 de noviembre de 2014, solicitó que se despoje de la investidura de Representante a la Cámara, por la circunscripción electoral del Norte de Santander, al Congresista WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, elegido por el período constitucional 2014-2018 por el partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U, por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, prevista en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política.

El actor como fundamento de su solicitud expuso los siguientes **HECHOS** (fls. 78 a 92):

1.1 Explicó que presentó un derecho de petición ante la Contraloría General de la República y en respuesta se le informó que el Representante a la Cámara WILMER CARRILLO MENDOZA, quien se desempeñó como Secretario de Infraestructura del Departamento de Norte de Santander, está vinculado en el proceso de responsabilidad fiscal No. 003, donde la entidad afectada es el Fondo Nacional de Calamidades –Col Humanitaria y que la cuantía inicial es de \$354.160.000.

1.2 Manifestó que WILMER CARRILLO MENDOZA se declaró impedido en las votaciones para elegir al Contralor General de la República para el período 2014-2018, como consta en el escrito presentado (fl. 79).

1.3 Indicó que no obstante el Representante a la Cámara, WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA declaró su impedimento, éste fue negado por la Cámara de Representantes.

1.4 Adujo que el Representante a la Cámara, WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA votó en las elecciones para Contralor General de la República.

1.5 Finalmente señaló que *“el Señor WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA... al presentar este impedimento, ha hecho la confesión clara, subjetiva y objetiva de que no podía participar ni votar en la elección de Contralor General de la República. Al tener un conflicto de intereses personal directo y específico”* (fl. 79).

2. La causal alegada

2.1 Consideró el actor que el Representante a la Cámara WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política que prevé:

“ARTICULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

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

2.2 Expuso como normas violadas los artículos 6, 182 y 184 de la Constitución Política; 268, 291, 292 y 293 de la Ley 5 de 1992; y 16 de la Ley 144 de 1994.

2.3 Soportó la causal alegada en el concepto de la Sala de Consulta, M.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, de 15 de abril de 2008, exp. 1883 y en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 27 de julio de 2010¹.

Resaltó que los supuestos para que se configure el conflicto de intereses son:

- (i) Que exista interés directo, particular y actual: moral o económico.
- (ii) Que el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que ha de tomar.
- (iii) Que el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación.
- (iv) Que el congresista haya participado en los debates y/o haya votado.
- (v) Que la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento.

2.4 Sobre el primer requisito, relativo al interés, reiteró que el Congresista demandado es sujeto de investigación en un proceso de responsabilidad fiscal, situación que configura su interés directo, particular y moral *“por cuanto la decisión que se tomara en uno u otro*

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 27 de julio de 2010, proceso con radicado 11001-03-15-000-2009-01219-00(PI)

sentido lo beneficia o perjudica, es decir, que la mera circunstancia de que pudiera declararse o no, una u otra figura, era de su interés personal, directo, específico y ella iba a depender de un órgano que estaría bajo la dirección suprema del funcionario que ese momento se eligiera.” (fl. 88).

2.5 En lo que toca con el segundo elemento, relativo a que no se manifieste el impedimento, expresó que el Congresista accionado sí se declaró impedido pero no fue aceptado; sin embargo, en criterio del accionante, el conflicto de intereses no deja de existir.

Resaltó que según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, la sanción de pérdida de investidura procede cuando se prueba que el Congresista a pesar de tener un conflicto de intereses en un asunto, interviene en el debate o vota. Al respecto aseveró que (fl. 89):

“El artículo 182 de la Constitución Política no sanciona con pérdida de investidura el hecho de que el congresista no cumpla el deber de declararse impedido debiéndolo, sino el hecho de que vote una decisión estando incurrido 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 de 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”.

2.6 Respecto del tercer requisito anotó que en el presente caso no hubo ninguna recusación.

2.7 Frente al cuarto requisito relativo a que el Congresista haya participado o votado en los debates, recalcó que el Representante a la Cámara accionado, participó y votó en la sesión en la cual se eligió como Contralor General de la República al Dr. Edgardo Maya Villazón.

2.8 Sobre el quinto requisito, indicó que el Congresista demandado votó en la elección del Contralor General de la República a sabiendas de que tenía un conflicto de intereses, ya que para ese momento era sujeto de investigación en un proceso de responsabilidad fiscal.

2.9 Finalmente adujo el accionante que el señor WILMER CARRILLO MENDOZA incurrió en un conflicto de intereses, pues aunque se haya declarado impedido y éste se haya negado, no debió participar ni votar en la elección del Contralor.

3. La oposición

El Representante a la Cámara WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, en su condición de Congresista demandado, por medio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la solicitud con fundamento en las siguientes explicaciones:

3.1.- Manifestó que según la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las causales de pérdida de investidura son de aplicación y de interpretación restrictiva². Que en la sanción de pérdida de investidura se deben observar las circunstancias que rodearon la comisión de la conducta, para evitar que se impongan sanciones basadas en *“meras conjeturas, suposiciones o eventos hipotéticos”* (fl. 133).

3.2.- Indicó sobre la causal de pérdida de investidura por conflicto de intereses, que debido a su naturaleza al juez le corresponde delimitar su contenido y alcance.

3.4.- Expuso que según la jurisprudencia del Consejo de Estado para que se tipifique la causal se deben acreditar los siguientes requisitos³:

(i).- *Que exista un interés directo, particular y actual: mora o económico.*

(ii).- *Que el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar.*

(iii).- *Que el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación.*

(iv).- *Que el congresista haya participado en los debates y/o haya votado.*

(v).- *Que la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento”.*

3.5.- Expresó que en el presente caso no se configuran los requerimientos relacionados.

3.6.- Sobre el interés, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de julio de 2010 manifestó que éste corresponde a aquellas circunstancias que impiden al funcionario tomar decisiones con imparcialidad, anteponiendo su interés al general en busca de un provecho personal. Agregó que el interés debe ser directo, particular, actual y real en la decisión de algún asunto que esté sometido a consideración del Congreso de la República.

Afirmó siguiendo la sentencia anteriormente citada que, el interés no puede ser eventual o aleatorio *“y el beneficio debe venir precisamente de la actuación en la que participa el Congresista, sin que para ello (generar el beneficio) se necesiten otros actos o desarrollos posteriores”* (fl. 135).

Destacó que para que exista un conflicto de intereses *“en las elecciones de las cabezas de los órganos de control... es necesario demostrar en el proceso de pérdida de*

² Sobre este aspecto citó las sentencias del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, procesos con radicados 11001-03-15-000-2011-00438-00 (PI) y 11001-03-15-000-2011-00357-00 (PI).

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 9 de julio de 2013, proceso con radicado 2011-01559-00 y del 17 de octubre de 2000.

*investidura de forma contundente, a través de medios idóneos, que con la elección de determinada persona se reportaría un beneficio directo para el elector o alguna de las personas que determina la ley, y que a pesar de ser consciente de ello, participa y vota.”*⁴ (fl. 135).

Señaló que el accionante debe probar que el Congresista demandado tenía un conflicto de intereses cuando participó en la votación para la elección del Contralor General de la República y así demostrar de manera inequívoca que *“el Representante CARRILLO MENDOZA tenía certeza que con la elección de alguno de los candidatos obtendría un beneficio cierto, real y, no simplemente hipotético, no siendo suficientes conjeturas o simples especulaciones”*⁵ (fl. 136).

Relató que en casos similares, el Consejo de Estado ha negado las solicitudes de pérdida de investidura, cuando se ha pretendido demostrar la existencia de un conflicto de intereses *“con el simple hecho de tener una investigación abierta en el ente de control cuya cabeza se elige-, cuando el actor no cumple con la carga de demostrar la existencia real del conflicto”*⁶ (fl. 136).

Precisó que en el presente caso, la fuente del conflicto parte de suposiciones que no están probadas, de modo que no se configura el primer requisito de la causal de pérdida de investidura, pues no existió un interés real del Congresista demandado en la elección del Contralor General, ya que la participación en la elección no representó ningún beneficio al accionado. Por el contrario el supuesto beneficio requeriría de desarrollos ulteriores, en la medida que son necesarias actuaciones de la Contraloría.

3.7 Respecto del segundo requisito, indicó que el Representante a la Cámara demandado manifestó su impedimento ante la sesión plenaria del Congreso y éste le fue negado, con lo cual cumplió con su deber legal. Relató que el impedimento se fundó en que el accionado estaba siendo investigado por la Contraloría General de la República, por lo que solicitó que se le excusara de la votación por un posible conflicto de interés.

Sobre la institución de los impedimentos citó la sentencia del 9 de julio de 2013 de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, proferida en el radicado No. 2011-01559-00.

Adujo que en la regulación de los impedimentos de los Congresistas se encuentra los artículos 286 y siguientes de la Ley 5 de 1992. Acorde con estas normas los congresistas

⁴ En este punto cita la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de julio de 2012, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2011-00438-00 (PI) y 11001-03-15-000-2011-00357-00 (PI).

⁵ Ídem.

⁶ Ídem.

“tienen el DEBER de solicitar al Presidente de la Comisión o Cámara de Legislativa en la que se trate el asunto sometido a su consideración, ser declarados impedidos para conocer y participar en la misma, cuando observen que posiblemente se encuentran en presencia de un conflicto de intereses. Y sólo cuando el impedimento es aceptado es posible que se excuse al Congresista de participar en el debate y/o votación” (fl. 139).

Subrayó que no se puede confundir, la manifestación del impedimento en razón de posible conflicto de intereses, con la existencia del mismo, pues ésta se declara cuando el impedimento es aceptado por la plenaria del Congreso, de manera que *“el hecho de que mi prohijado haya manifestado por medio de un impedimento la presencia de un posible conflicto de intereses, no es prueba de su existencia”*. (fl. 140).

3.8 Respecto del tercer requisito, sostuvo que el Congresista demandado comunicó oportunamente su manifestación de impedimento, por lo cual no era posible recusarlo por los mismos hechos, de conformidad con el artículo 294 de la Ley 5 de 1992. Concluye que tampoco se configura este requisito.

3.9 Frente al cuarto y quinto requisito, señaló que el accionado participó en la elección de Contralor General de la República en cumplimiento de sus deberes como Congresista. La Ley 5 de 1992 establece como deberes de los Congresistas, asistir a las sesiones del Congreso en pleno y declararse impedido si considera que puede estar incurso en un posible conflicto de intereses.

Resaltó que los Congresistas están obligados a asistir a todas las sesiones del Congreso en pleno y votar todos los asuntos sometidos a su consideración, y que el incumplimiento injustificado de estos deberes es sancionado como una falta, que puede generar como consecuencia desde el no pago del salario, hasta la pérdida de la investidura. Aseveró que los Congresistas sólo pueden sustraerse de asistir a las sesiones y votar, cuando tienen una excusa válida, siendo una de ellas, la presencia de un conflicto de intereses.

Subrayó que *“en el sentir del demandante le correspondía al Dr. CARRILLO MENDOZA incumplir de forma injustificada sus deberes como Congresista, lo que realmente se configuraría en una conducta reprochable, susceptible de las sanciones que antes fueron mencionadas”* (fl. 146).

Concluye así, que tampoco se configuran los requisitos cuarto y quinto, ya que la participación del Congresista demandado en la elección del Contralor obedeció al cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales, en tanto al negársele el impedimento el accionado tenía la obligación de asistir a la plenaria del Congreso y votar en la elección.

3.10 Precisó que el Congresista demandado no tuvo la intención de obtener un beneficio con la participación en la elección del Contralor General de la República, elemento subjetivo que no está probado en este caso, como lo exige la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷.

Consideró que por el solo hecho de que el accionado tuviera una investigación en la Contraloría General de la República al momento en que participó en la elección del Contralor, no se configura el conflicto de intereses, pues de existir un impedimento por este hecho, se dificultaría el cumplimiento de las obligaciones de los Congresistas.

Dijo que si la sola afirmación de la existencia de una investigación configurara el conflicto de intereses, conllevaría a *“sostener que los órganos de control carecen de autonomía, y que el ente constitucionalmente encargado de elegir al funcionario no puede hacerlo, y le correspondería a una corporación ad hoc, que no cuenta con la legitimación necesaria para hacerlo”* (fl. 149).

Explicó que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se tipifica el conflicto de intereses cuando existen investigaciones en el órgano de control, porque quien es elegido no está subordinado a sus electores, así, *“Para que se presente el conflicto de intereses es necesario que se demuestre, que entre la persona elegida o alguno de los candidatos, y el elector investigado hubo un acuerdo, negocio o algún tipo de circunstancia que comprometa la elección”*⁸ (fl. 149).

Citó sobre el conflicto de intereses en el caso de elección de funcionarios, las sentencias del 18 de septiembre de 2004, Sección Primera, M.P. Camilo Arciniegas Andrade, proceso con radicado No. 68001-23-15-000-2004-0270-01 y 23 de marzo de 2010, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, proceso con radicado 11001-03-15-000-2009-00198-00 (PI).

Resaltó que para la configuración del conflicto de intereses, es necesario que se pruebe en el proceso, que la persona actuó con el objeto de obtener una ventaja o provecho, concreto y actual.

Concluyó que en el caso bajo estudio, no se presentó un conflicto de interés en la elección del Contralor General de la República para el período 2014-2018, pues aunque curse una investigación contra el Congresista demandado *“no se encuentra demostrada*

⁷ En este punto cita la providencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de julio de 2013, proceso con radicado No. 2011-01559-00 (PI). Sentencia del 23 de marzo de 2010, M.P. Hugo Bastidas, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2009-00198-00 (PI)

⁸ Ídem.

en el expediente una auténtica colisión de intereses, que permita afirmar que se antepuso el interés particular sobre el general” (fl. 151).

4. Actuación procesal

Por reunir los requisitos legales, mediante auto de 25 de noviembre de 2014 se admitió la solicitud de pérdida de investidura contra el Representante a la Cámara WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA (fl. 120)

Mediante providencia de 13 de enero de 2015 se abrió el proceso a pruebas, según consta a folios 154 a 156 del expediente. En consecuencia por Secretaría se libraron los oficios accr No. 5008 del 15 de enero de 2015 y accr No. 5020 dirigidos al Contralor General de la República, en los que se solicitó una copia auténtica del expediente del proceso de responsabilidad fiscal No. 003, contra WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, en el cual figura como entidad afectada el Fondo Nacional de Calamidades-COL HUMANITARIA (fls. 154 y 163).

En respuesta la Contraloría General de la República, mediante oficio No. 80011 del 28 de enero de 2015 aportó copia digital auténtica del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2014-04165_UCC/PRF-003/2011 (fls. 164 a 180).

5. Audiencia pública

El 17 de febrero de la presente anualidad se llevó a cabo la audiencia pública prevista en el artículo 11 de la Ley 144 de 1994, con la participación del actor, el apoderado del Congresista demandado y el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado⁹. Las intervenciones en la audiencia se desarrollaron así:

5.1. El solicitante en su intervención y en el escrito que aportó el proceso, reiteró los cargos y hechos expuestos en la solicitud de pérdida de investidura (fl. 218), con los siguientes argumentos:

Señaló que el conflicto de intereses surge cuando el Congresista tiene un interés directo en una decisión que lo afecta a él o a personas cercanas.

Manifestó que se viola la mencionada causal cuando el Congresista “*a sabiendas de la situación de conflicto participe y vote en el asunto puesto a su consideración o en provecho de los parientes*” (fl. 218); y que se configura cuando existe un interés directo, particular y concreto; en este caso de parte del Congresista WILMER RAMIRO

⁹ Acta de Sesión No. 1 visible de folios 219 a 221 del expediente.

CARRILLO MENDOZA, en las elecciones para Contralor General de la República pues *“hizo prevalecer el interés directo por cuanto participó y votó en la elección de Contralor General de la Nación, es decir, votó por su propio juez”* (fl. 218).

Igualmente indicó que en este evento, el Congresista demandado está inmerso en el conflicto de intereses, ya que en su criterio se acreditan todos los elementos que lo estructuran como causal de pérdida de investidura, pues *“teniendo un proceso de responsabilidad fiscal el cual a la fecha no ha sido fallado, tenía la obligación de no participar y no votar como lo establece la norma constitucional y legal”* (fl. 218).

Precisó que no es concebible que si el Congresista manifiesta el impedimento y éste es negado, se le obligue a participar y votar. Que el Congresista ante la existencia del conflicto de intereses, tiene la obligación de abstenerse de participar y votar conforme al sentido del artículo 182 de la Constitución Política.

Indicó que a quienes no se les aceptó el impedimento para participar en la elección del Contralor General de la República, *“dejaron constancia y se ausentaron del recinto porque consideraban que a pesar de que la Corporación no les aceptaba el impedimento, ellos consideraban que estaban impedidos porque cursaban investigaciones a sus familiares”* o contra ellos mismos¹⁰.

5.2. El apoderado del Congresista accionado en su intervención, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, expuso los hechos probados en el proceso y manifestó que no se configura ninguno de los elementos estructurales de la causal alegada¹¹.

5.4. El Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó desestimar la solicitud de pérdida de investidura con fundamento en los siguientes argumentos (fls. 198-216):

Recordó que el demandante invocó la causal de pérdida de investidura relativa a la violación del régimen de conflicto de intereses, prevista en el numeral 1º del artículo 183 de la Constitución Política y que dicha causal también se encuentra en el numeral 3º del artículo 296 de la Ley 5 de 1992.

Señaló que según el artículo 182 de la Carta Política, los congresistas deben 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.

¹⁰ Minuto 26:02 de la audiencia pública.

¹¹ Intervención minutos 28:29 a 46:08

Precisó que según el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, el conflicto de intereses se configura cuando la decisión que se profiera favorece de manera indirecta al Congresista, o a su cónyuge 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 de derecho o de hecho.

Indicó que de conformidad con dicha norma y la jurisprudencia del Consejo de Estado¹², los siguientes son los elementos que deben acreditarse para que se configure la causal:

“i) La existencia de un interés directo, particular y actual, moral o económico sobre el asunto sometido a debate y decisión de la Corporación, cuyo resultado beneficie directamente al congresista o a su cónyuge o compañero o compañera permanente o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o a su socio o socios de derecho o de hecho.

ii) La falta de declaración del impedimento por parte del congresista para participar en los debates y votaciones del asunto sometido a consideración de la Corporación.

iii) La ausencia de recusación.

iv) La participación del congresista en el debate y/o votación del trámite de una ley o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento.” (fl. 205 vto).

Sobre el primer requisito precisó que según la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional el interés debe ser directo, particular e inmediato¹³, esto en contraposición del interés general cuya presencia se requiere en todas las decisiones.

Explicó que el interés es directo cuando *“el proyecto y la futura ley parecen tener nombre propio y beneficia de una manera singular y excepcional a un congresista o unos congresistas determinados o a sus familiares o socios en los términos previstos en la ley, y no a otros ni a ninguna otra persona.” (fl. 206 vto.)*.

Señaló que es particular *“no porque el congresista pueda eventualmente beneficiarse de una ley expedida para la generalidad de la sociedad, sino porque dicho provecho le significa a él, un beneficio especial, no disponible para los demás en abstracto, configurándose así una situación de desigualdad que ostensiblemente, favorece al legislador, con lo cual la aprobación del proyecto no puede catalogarse como general sino particular, tanto más si se le atribuye a él un derecho exorbitante, superior, que pugna con el principio de igualdad que debe amparar a todos dentro de un estado social de derecho”.* (fl. 206 vto).

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de junio de 2012, M.P. María Claudia Rojas Lasso, proceso con radicado 11001-03-15-000-2011-01112-00 (PI).

¹³ En este punto cita la sentencia C-1040 de 2005.

Advirtió que es inmediato *“por cuanto para obtener el beneficio no requiere de regulaciones complementarias, ni de procedimientos especiales en tanto y cuanto la futura aplicación de la ley reporta al congresista automáticamente beneficios o ventajas especiales”* (fl. 206 vto).

Subrayó que con el material probatorio allegado al proceso se acreditó que el Congresista demandado participó en la elección del Contralor General de la República que se realizó en la sesión del Congreso en pleno, el 19 de agosto de 2014, y también que cursa en su contra un proceso de responsabilidad fiscal en la Contraloría Delegada Intersectorial No. 11.

Destacó que el Congresista accionado se declaró impedido para participar en las votaciones para la elección del Contralor General de la República, pues en su criterio, estaba incurso en un conflicto de intereses directo e inmediato que lo inhibía de participar en dicha decisión.

Calificó como eventual el beneficio que recibiría el Congresista al participar en la elección de la autoridad competente para tomar la decisión en segunda instancia en el proceso de responsabilidad fiscal tramitado en su contra. Consideró pertinente analizar la competencia del Contralor General de la Nación en los procesos adelantados por la Unidad de Investigaciones Especiales contra la corrupción. Con este objeto se refirió a los artículos 267 y 268 de la Carta Política, 27 y 29 del Decreto 267 de 2000¹⁴ y 64 de la Ley 610 de 2000¹⁵.

Explicó que según el artículo 4 de la Resolución Orgánica 05500 del 4 de julio de 2003¹⁶ el Despacho del Contralor General de la República conoce de los recursos de apelación contra los actos administrativos proferidos en primera instancia por las contralorías delegadas.

Precisó que la Ley 1474 de 2011 establece en el artículo 110 que el proceso de responsabilidad fiscal es de única instancia cuando la cuantía del daño patrimonial que se estima en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, es igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada y que es de doble instancia, cuando supera dicha suma.

¹⁴ “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y de dictan otras disposiciones”.

¹⁵ “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”

¹⁶ “Por la cual se determina la competencia para el conocimiento y trámite de la acción de responsabilidad fiscal en la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones”.

Anotó, que en el proceso de responsabilidad que cursa contra el Congresista demandado el valor estimado del daño no es superior al monto de la menor cuantía para la contratación de la entidad afectada. Aunado a lo anterior, dijo que en el presente caso *“no se presentó un conflicto de intereses por cuanto no se dan las características que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado se requieren para su estructuración, como son la existencia de un interés directo, particular e inmediato, en contraposición con el interés general que debe guiar toda decisión del parlamentario”* (fl. 209 vto).

Expresó que de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, no se puede concluir que el Representante WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA obtuviera un beneficio o provecho solo por haber participado y votado en la elección del Contralor General de la República.

Resaltó que el conocimiento en segunda instancia por parte del Contralor General de la República del proceso de responsabilidad fiscal contra el Representante Carrillo Mendoza, depende de eventos futuros o posteriores; pues a la fecha de la elección para escoger el Contralor, no se había proferido auto de imputación de responsabilidad fiscal y *“faltaban varias etapas de tal proceso, y que el mismo podría culminar, eventualmente, con un auto de archivo o con un fallo sin responsabilidad fiscal, eventos en los que sería incierto su conocimiento en segunda instancia por el Contralor General de la República”* (fl. 209 vto). Si bien complementó, el Contralor General de la República podría conocer en segunda instancia el proceso de responsabilidad fiscal, el hecho que su elección la haya realizado el Congreso en pleno, no convierte a dicho funcionario en subalterno de esa Corporación, ni conlleva a que el congresista investigado obtenga una decisión absolutoria. *“máxime, cuando como se demostró en el caso en concreto, el voto del demandado en la elección del Contralor fue secreto”*. (fl. 210 vto.).

Manifestó que según la sentencia del 23 de marzo de 2010¹⁷ del Consejo de Estado, no se configuró un conflicto de intereses para el Senador que aunque es sujeto de una investigación disciplinaria, sin declararse impedido votó en la elección del Procurador General de la República.

Concluyó que en el asunto bajo estudio no existe un interés directo, particular e inmediato que conllevara para el Congresista la separación de la elección del Contralor General de la República, en tanto no se observa un beneficio especial para él o para las personas señaladas en el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2009-00198 (PI).

Respecto del segundo requisito relativo a *“La falta de la declaración del impedimento por parte del congresista para participar en los debates y votaciones del asunto sometido a consideración de la Corporación”*, señaló que según el artículo 291 de la Ley 5 de 1992, los Congresistas tienen la obligación de declararse impedidos si advierten un conflicto de intereses.

En el presente caso, el 19 de agosto de 2014 en la sesión del Congreso en pleno, previo a la elección del Contralor General de la República, el congresista WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA se declaró impedido para participar y votar en dicho asunto, impedimento que fue negado.

Agregó que si el Congresista demandado participó y votó en la elección del Contralor General de la República, fue en atención a que su impedimento no fue aceptado *“Por eso, cualquier participación o votación del Congresista en la mencionada elección ocurrió como consecuencia de la decisión adoptada por la Plenaria respecto del impedimento, y en cumplimiento de sus funciones como parlamentario”* (fl. 213).

Expuso que según la sentencia citada con anterioridad¹⁸, el hecho sancionado por la Constitución Política es que el Congresista omita declararse impedido en razón del conflicto de intereses.

Frente al argumento del actor relativo a que *“el conflicto de intereses que afectaba al Representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza no desapareció por el hecho de habersele negado el impedimento presentado para apartarse de la elección del Contralor General de la República, y que por tal razón merece ser sancionado con la pérdida de investidura”* (fl. 212 vto), lo desestimó porque consideró que el Congresista demandado cumplió con su deber de comunicar al Congreso que estaba siendo investigado por la Contraloría General de la República, situación que podría generar un conflicto de interés.

Explicó así, que no es procedente sancionar con la pérdida de su investidura al Congresista accionado, en tanto está probado que cumplió con el deber de solicitar la aceptación de su impedimento y que *“su participación en tal asunto se debió a una decisión de la Corporación que le implicaba votar, en cumplimiento de sus funciones como Representante a la Cámara”* (fl. 214). Al respecto recordó que por disposición de los artículos 141 y 267 de la Constitución Política de 1991, el Congreso de la República elige en pleno el Contralor General de la República, de modo que es un deber de los congresistas asistir a dichas sesiones (art. 268, Ley 5 de 1992) y la inobservancia de esta obligación es sancionable a título de falta (art. 269 y 270 *ídem*).

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2009-00198 (PI).

Recordó que en la sentencia del 21 de julio de 2009¹⁹, el Consejo de Estado consideró que al negarse el impedimento presentado por el Congresista, éste tenía la obligación de participar en el asunto sometido a su consideración.

Sobre la misma línea jurisprudencial citó las sentencias del 17 de agosto de 2010²⁰, 29 de mayo de 2012²¹ y 9 de julio de 2013²², en las cuales se dispuso que el deber constitucional del Congresista se cumple con la manifestación del impedimento, el cual en caso de no ser aceptado, no es excusa para abstenerse de votar.

Manifestó, frente al tercer requisito, que el Congresista cuestionado no fue recusado en los términos del artículo 294 de la Ley 5 de 1992. En todo caso consideró que la procedencia de la recusación depende de que el Congresista no se declare impedido, situación que no ocurre en el presente caso, pues WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA sí manifestó su impedimento para participar en la elección del Contralor General de la República.

Respecto del cuarto requisito, aseguró, que en el proceso está demostrado que el Congresista accionado asistió a la sesión del Congreso en pleno, que se realizó el 19 de agosto de 2014, en la cual votó, luego de que la Plenaria de la Cámara de Representantes le negara el impedimento.

A manera conclusiva dijo que el Representante a la Cámara demandado, no incurrió en la causal del pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses prevista en el numeral 1º del artículo 183 de la Constitución Política de 1991, en concordancia con el numeral 3º del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

El asunto sometido a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es de su competencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 y 237, numeral 5, de la Constitución Política, en concordancia con lo

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de junio de 2009, M.P. Mauricio Torres Cuervo, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2009-00042-00 (PI)

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de agosto de 2010, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2010-00087-00 (PI)

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de mayo de 2012, M.P. Danilo Rojas Betancourt, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2010-01329-00 (PI)

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de julio de 2013, M.P. Hernán Andrade Rincón, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2011-01559-00 (PI)

establecido en los artículos 1º de la Ley 144 de 1994 y 37 numeral 7 de la Ley 270 de 1996.

2. Calidad de Congresista del demandado

En el expediente se encuentra acreditado a través de documentos públicos (art. 257 del Código General del Proceso) y en relación con la calidad de Congresista del ciudadano WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA, que fue elegido Representante a la Cámara, por la circunscripción de Norte de Santander, por el PARTIDO DE LA U, en las elecciones realizadas el 9 de Marzo de 2014. Este hecho se prueba con la copia auténtica del formulario E-26 de las elecciones del 9 de marzo de 2014 (fs. 101 a 118).

3. De la pérdida de investidura

La institución de la pérdida de investidura tiene como propósito *“la moralización y legitimación de la institución política de representación popular”*²³.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, así como reiteradas decisiones de la Corte Constitucional²⁴, han señalado que el carácter ético político de la pérdida de investidura se materializa en un proceso jurisdiccional especial, de competencia exclusiva del Consejo de Estado, al margen del régimen general que se aplica a los servidores públicos, imponiendo como única sanción el despojo de la investidura²⁵.

La acción de pérdida de investidura es una acción constitucional que se enmarca dentro de los principios de taxatividad constitucional, de sometimiento a las garantías del debido proceso²⁶ y está gobernada por el principio de legalidad, del cual deviene la básica postulación de la preexistencia normativa de la falta, la pena y las fórmulas sustanciales del juicio²⁷. El debido proceso, aplicable por mandato constitucional a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales (artículo 29 de la Constitución Política), soporta el aludido principio de legalidad, preserva el juez natural y garantiza las ritualidades propias del juicio.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado sobre el particular:

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. AMADO Gutiérrez Velásquez, marzo cinco (5) de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación AC-3302. Demandado: Armando Holguín Sarria.

²⁴ Sentencias C-319 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara; y C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de enero de 1998, exp. AC-5397, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁶ Sentencias C-280 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; y C-473 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 13 de marzo de 1997, expediente 3712, Consejero Ponente J. A. Polo Figueroa.

“Esto nos lleva a que toda condena de pérdida de investidura debe erigirse sobre causal consagrada en ley preexistente que la defina como tal. Es así como se tiene que las causales de pérdida de investidura no se aplican en forma retroactiva a la fecha de entrada en vigencia de las diferentes leyes”.

“.....Por último señalemos que las causales de pérdida de investidura, por surgir de específicas prohibiciones, limitaciones, inhabilidades e impedimentos que señala el constituyente o el legislador, por mandato del principio exceptio est strictissimae interpretations, son de aplicación restringida o restrictiva o limitada, contrario a lo que ocurre con las facultades o derechos, cuya aplicación puede ser extensiva. Tal interpretación del mandato normativo conduce a la aparición de una reserva constitucional o legal respecto a la fuente de una causal de pérdida de investidura, lo que implica prohibir la aparición de nuevas causales de pérdida de investidura por vía interpretativa o analógica”²⁸.

Se trata de una acción de naturaleza sancionatoria, cuya resolución debe estar precedida por un análisis integral y subjetivo de la conducta, con plena observancia y respeto de los derechos constitucionales y legales a la defensa, de publicidad y celeridad en la actuación; de necesidad y legalidad de la prueba; de contradicción e impugnación; y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

4. El cargo formulado

El accionante solicitó la pérdida de investidura del Representante a la Cámara WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA invocando como causal de pérdida de investidura, la violación al régimen del conflicto de intereses, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política, que indica:

“ARTICULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

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

5. El problema jurídico.

La Sala Plena del Consejo de Estado debe definir si el señor Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza está incurrido en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1º del artículo 183 de la Constitución Política, relativa a la violación del régimen de conflicto de intereses, al haber asistido, participado y votado en la sesión del 19 de agosto en la que se eligió al Contralor General de la República, a sabiendas de que en su contra cursaba un proceso de responsabilidad fiscal y teniendo en cuenta que manifestó previamente su posible impedimento, el cual le fue negado.

²⁸ *Ibídem*

El cuestionamiento planteado será resuelto a partir del marco normativo y conceptual de la causal invocada, para luego analizar el caso concreto.

6. Marco normativo y conceptual del conflicto de intereses.

6.1. De la violación al régimen de conflicto de intereses²⁹.

De acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Política, los Senadores y Representantes son servidores públicos y, en consecuencia, están sometidos a los principios que rigen la función pública. Están al servicio del Estado y de la comunidad, y deben ejercer sus funciones en la forma establecida en la Constitución y en la Ley.

Dispone el artículo 133³⁰ *ibídem* que, como representantes del pueblo, en su calidad de miembros de cuerpos colegiados de elección popular directa, deberán actuar consultando la justicia y el bien común.

La Ley 5 de junio 17 de 1992 *“Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes”* en su artículo 263, modificado por el artículo 18 de la Ley 974 de 2005, establece:

“COMPROMISO Y RESPONSABILIDAD. <Artículo Rige a partir del 19 de julio de 2006. El nuevo texto es el siguiente> Los miembros de las Cámaras Legislativas representan al pueblo, y deberán actuar en bancadas, consultando la justicia y el bien común, y de conformidad con lo dispuesto en los estatutos de su partido o movimiento político o ciudadano. Son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”.

La causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183.1 de la C.P., por violación del régimen de conflicto de intereses, desarrolla el mandato constitucional contenido en el artículo 133 *ídem*.

Ahora bien, el artículo 182 de la C.P., regula el conflicto de intereses y establece que la ley determinará lo relacionado con dicha causal de pérdida de investidura. La norma es del siguiente tenor:

²⁹ Este mismo marco conceptual y jurisprudencial, se expuso en la sentencia del 24 de abril de 2012, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2011-00084-00, actor: Pablo Bustos Sánchez, demandado: Armando Benedetti Villaneda.

³⁰ *“ARTICULO 133. <Artículo modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley.*

El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.”

“Artículo 182. 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 la recusaciones.”

La prohibición es de naturaleza constitucional, pero la concreción o determinación de los supuestos que se enmarcan en ella corresponde definirlos al legislador, por encargo que le hizo el constituyente.

El enunciado constitucional contenido en el artículo 182 anticipa una definición de conflicto de interés formulada a partir de los siguientes elementos estructurantes y concurrentes:

- i) Que se trate de una situación de carácter moral o económico.
- ii) Que dicha situación inhiba al Congresista para participar en el trámite de los asuntos que estén a su consideración. Esto es, se le prohíbe al Congresista participar de la deliberación y decisión del tema puesto a consideración del Congreso.

La violación al deber de manifestar el supuesto de hecho que inhibe al Congresista es lo que estructura la causal de pérdida de investidura, por tanto es deber de éste poner en conocimiento de la cámara la respectiva situación. Pero, como este deber de manifestar el impedimento puede ser incumplido, afectándose con el interés del Congresista el proceso de formación y contenido de la ley, el hecho se consagró como causal de pérdida de su investidura.

Artículo 183. “Los congresistas perderán su investidura:

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

En desarrollo del mandato constitucional del artículo 182 de la Constitución Política, la Ley 5 de 1992, Sección IV -arts. 286 a 295- al regular el régimen del conflicto de intereses, estableció:

ARTÍCULO 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.

(...)

ARTÍCULO 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.

(...)

ARTÍCULO 294. RECUSACIÓN. 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 Ética 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.

ARTÍCULO 295. EFECTO DE LA RECUSACIÓN. Similar al del impedimento en el artículo 293.

Así, los congresistas incurren en conflicto de intereses cuando en el ejercicio de las funciones que emanan de su investidura, en asuntos propios de la actividad parlamentaria, movidos por situaciones de carácter moral o económico anteponen los intereses personales, de su familia, y/o de sus socios, al interés general de la comunidad a la que representan.

Se trata de una razón de carácter eminentemente subjetivo, que limita la objetividad en la deliberación y la decisión, y torna parcial al funcionario, inhabilitándolo para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración, por no poder actuar con la ponderación, y el desinterés que la moral y la ley exigen.

La jurisprudencia de la Sala ha reiterado la tesis *ab initio* expresada respecto del conflicto de intereses, así³¹:

La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en sus relaciones familiares, sociales y políticas, conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses que se le presenta frente a una situación concreta. El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para él (sic) todo lo es también para la parte, aún

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 19 de marzo de 1996, expediente AC – 3300, demandante: Emilio Sánchez Alsina, demandado: Gustavo Espinosa Jaramillo, Consejero Ponente: Joaquín Barreto Ruiz.

así no tome una posición determinante en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contrariaría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).

Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrador, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, ya sea mediante sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria porque advertido el conflicto, lo haga manifiesto mediante la declaratoria del impedimento, ora por iniciativa de terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación.

De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, por la vía de la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

Esa restricción, no quebranta la libertad de oposición y de voto de los Congresistas, como tampoco el ejercicio de su función fundamental, que es la de participar en el proceso de elaboración de las leyes. Sobre este aspecto en particular la Sala³², al abordar el estudio del artículo 185 de la C.P., en armonía con las disposiciones aquí enunciadas, señaló:

(...) Ahora bien, la Constitución Política tiene otra disposición que ofrece alguna dificultad -aunque es más aparente que real- en relación con la armonización de los dos artículos citados. Se trata del art. 185, que garantiza la inviolabilidad del congresista por las opiniones que expresa con ocasión de su labor legislativa – erigiéndose en derecho suyo³³. Sin embargo, se ha considerado uniformemente que estas normas no se oponen, pues al paso que la una opera como garantía de la expresión y decisión libre de quien en nombre del pueblo tiene el deber de manifestar las opiniones propias –que en el fondo son las de sus electores- sobre los distintos temas de interés general o concreto que le compete resolver al Congreso -y por eso mismo debe estar provisto de inmunidad de opinión para que manifieste con tranquilidad el pensamiento de la fracción del pueblo que representa³⁴-; las otras disposiciones lo compelen a hacer a un lado su interés en determinados temas o decisiones, para no confundirlo con el general, y evitar que se desdibuje el mandato político que le han encomendado, facilitándole que

³² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia del 12 de abril de 2011, proceso con radicación número: 11001-03-15-000-2010-01325-00(PI), demandado: Telésforo Pedraza Ortega.

³³ 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.

³⁴ En todo caso, esta labor la tienen que realizar consultando el interés general, según lo ordena el art. 133 de la CP.: “los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.” Una referencia a esta disposición se puede apreciar en la sentencia de Sala Plena de 6 de abril de 2010, rad. 11001-03-15-000-2009-00639-01(PI) -CP. Myriam Guerrero de Escobar-.

participe de decisiones que le producirán más beneficio personal que colectivo, bajo la tutela del art. 185.

En este orden de ideas, la inmunidad que concede esta disposición constituye un derecho subjetivo, aunque no es absoluto, porque, entre otros límites evidentes, como la comisión de delitos y faltas disciplinarias, está prohibido encubrir los intereses personales en las decisiones que competen al Congreso³⁵.

La jurisprudencia ha establecido que habrá conflicto de intereses cuando la actuación del Congresista está influida por su propio interés, y no procede consultando la justicia y el bien común, y por el contrario, busca hacer prevalecer su interés particular sobre el general.

Esta Corporación también ha explicado que el régimen del conflicto de intereses tiene por objeto garantizar la imparcialidad con la que el Congresista debe actuar en ejercicio de su

³⁵ Al respecto, ha manifestado la Sala Plena sobre el conflicto de intereses, que: “III.2.2. Su objeto se encamina a impedir que prevalezca el interés directo privado del Congresista sobre los intereses públicos. Es decir, la finalidad es evitar que se favorezcan intereses que no sean aquellos relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del Congresista, que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.

III.2.3. De lo anterior se desprende que el fundamento del conflicto de intereses radica en el interés general de la ley. Así, en caso de presentarse el conflicto se confundirían el interés directo del Congresista privado y el público, lo que generaría duda acerca del interés que motivó la decisión. De manera que el impedimento se constituye en una medida que evita que la decisión obedezca al interés particular en detrimento del interés público. –Sentencia del 17 de agosto de 2010, rad. 1001-03-15-000-2010-00087-00(PI). CP. Luis Rafael Vergara-

En igual perspectiva, la Sala Plena precisó: “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.” - Sentencia de Sala Plena de 12 de febrero de 2002, CP. Olga Inés Navarrete Barrero-

En sentido contrario, la Corte Constitucional expresó -sentencia SU-047 de 1999-: “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.”
(...)

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.
(...)

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.”
(...) (Nota original de la sentencia citada)

investidura. En otras palabras, se busca proteger que el ejercicio de las funciones del Congresista, en garantía de la importancia del Congreso de la República como máximo órgano de representación popular y con el propósito de que el cumplimiento de las funciones que se le han encomendado, se logre dentro de un marco de justicia y prevalencia del bien común, a cuyo efecto es indispensable que el interés público prevalezca frente a los intereses privados de los legisladores, en cumplimiento del mandato contenido en el citado artículo 133 de la Constitución Política.

No es improbable considerar que, si bien existe entre los Congresistas una comunidad de fin *–lograr el bienestar de la comunidad–* y una coincidencia en el medio para lograrlo *–a través de la expedición de las leyes–*, puedan sus propios intereses apartarlos de tales objetivos. La apreciación de este aspecto ocupó la atención de la Asamblea Nacional Constituyente, y al abordarse el tema se indicó:

5.3. Conflicto de interés: Como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial **cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar**, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, **quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y de la comunidad**. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la Corporación sus posibles motivos de conflicto de interés.³⁶

Ahora bien, como lo ha señalado la Sala Plena Contenciosa³⁷, 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:

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 Plena³⁸, los miembros del Congreso tienen otras funciones de naturaleza administrativa, electoral, judicial, de control político y fiscal, atribuidas por la Constitución y la ley.

A lo largo de los años la jurisprudencia de la Sala se ha ocupado por ilustrar el contenido de esta causal y ha decantado las condiciones o supuestos que se deben presentar para

³⁶ Informe ponencia para primer debate en plenaria - Gaceta Constitucional, número 79, mayo 22 de 1991, p. 16.

³⁷ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, sentencia del 10 de noviembre de 2009, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2008-01180-00 (PI) y acumulado 2008-01367.

³⁸ Sentencia de 10 de noviembre de 2001, Exp. PI-0130, C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

que se configure el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura. Así en la sentencia del 22 de noviembre de 2011³⁹, se señalaron como supuestos los siguientes:

- (...)
- i) *Que exista un interés directo, particular y actual: moral o económico.*
 - ii) *Que el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar.*
 - iii) *Que el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación.*
 - iv) *Que el congresista haya participado en los debates y/o haya votado.*
 - v) *Que la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento.”*

En la misma providencia, retomando un pronunciamiento de la Sala Plena Contenciosa⁴⁰, se consignó:

(...) En cuanto al interés directo, particular y actual: moral o económico, la Sala Plena de esta Corporación explicó (...) que el interés debe ser entendido como *“una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de de (sic) toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen”*⁴¹ y 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”*⁴².

En tal virtud, la precitada sentencia, a este respecto, puntualizó cuáles son las características del referido interés, en los siguientes términos:

En relación con las características del referido interés, la Sala ha precisado que el mismo debe ser directo, esto es, *“debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de ley, sin intermediación alguna”*⁴³, en el entendido de que esa connotación se puede predicar *para el congresista o las personas indicadas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992*⁴⁴.

El interés debe ser además *“particular y actual, de carácter moral o económico, en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración”*⁴⁵; debe ser real, no hipotético o aleatorio, lo cual supone, según lo expuesto por la Sala, *“que el acto jurídico resultante de la concurrencia de la voluntad de los congresistas, tenga por sí mismo la virtualidad de configurar el provecho de manera autónoma,*

³⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: María Claudia Rojas Lasso, expediente PI-2011-00404-00, sentencia del 22 de noviembre de 2011, demandado: Ángel Custodio Cabrera Báez

⁴⁰ Sentencia de 27 de julio de 2010, Actor: Cesar Alberto Sierra Avellaneda, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴¹ Sentencia AC 3300 del 19 de marzo de 1996; CP: Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

⁴² Sentencia de 17 de octubre de 2000. C. P. Dr. Mario Alario Méndez. Expediente No. AC- 1116.

⁴³ Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 19 de julio de 1991, Exp. AC-1433, C.P. Dr. Diego Younes Moreno.

⁴⁴ Sentencia del 26 de julio de 1994. Radicación AC-1499. C.P. Dr. Delio Gómez Leyva.

⁴⁵ Sentencia proferida el 23 de marzo de 2010; expediente PI 000198-00; C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas B.

*esto es, que no se requiera de actos, hechos, o desarrollos ulteriores para cristalizar el beneficio personal.*⁴⁶

El interés que se analiza, según lo ha explicado igualmente la Sala Plena, puede ser económico o moral:

*Así pues, no es (sic) sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del 'interés en el proceso' a que se refiere el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente.*⁴⁷

Cabe igualmente tener en cuenta las precisiones realizadas por la Sala respecto del indicado interés ético o moral:

Estima la Sala, y con ello no se está sentando una tesis de última hora, que no es necesario, ni conveniente, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia de un conflicto de interés de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento consagrada en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

(...)

*Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido.*⁴⁸

Igualmente en la sentencia del 9 de julio de 2013⁴⁹, la Sala Plena Contenciosa, en punto de las características del interés constitutivo del conflicto, consideró que debe ser directo, *“lo cual significa que debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse por parte del parlamentario, sin intermediación alguna⁵⁰, en el entendido que esa connotación se puede predicar “para el congresista o las personas indicadas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992”⁵¹.”*

En dicha providencia de la misma forma se resaltó que es menester estar frente a un interés *“real, no hipotético o aleatorio, lo cual hace suponer “que el acto jurídico resultante de la concurrencia de la voluntad de los congresistas, tenga por sí mismo la virtualidad de configurar el provecho de manera autónoma, esto es, que no se requiera de actos, hechos, o desarrollos ulteriores para cristalizar el beneficio personal”⁵².*⁵³

⁴⁶ Sentencia PI 0584 00 del 9 de noviembre de 2004.

⁴⁷ Sentencia AC 3300 del 19 de marzo de 1996; CP: Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

⁴⁸ Sentencia AC 3300 del 19 de marzo de 1996; CP: Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

⁴⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de julio de 2013, M.P. Hernán Andrade Rincón, proceso con radicado No. 2011-01559-00

⁵⁰ Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 19 de julio de 1991, Exp. AC-1433, C.P. Dr. Diego Younes Moreno.

⁵¹ Sentencia del 26 de julio de 1994. Radicación AC-1499. C.P. Delio Gómez Leyva.

⁵² Sentencia PI 0584 00 del 9 de noviembre de 2004. Sentencia AC 3300 del 19 de marzo de 1996; CP: Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

⁵³ *Ídem.*

Así se destacó que en el interés no puede ser *“una mera expectativa o una potencialidad futura o contingente, por tanto el interés debe ser directo, particular, actual, real y autónomo, aspecto este último que no requiere de actos posteriores realizados por otras autoridades para materializar el favorecimiento al parlamentario.”*⁵⁴

6.2 De la obligación del Congresista de participar cuando no ha sido aceptada la declaración de impedimento

El artículo 293 de la Ley 5 de 1992 establece que cuando el impedimento es aceptado *“el respectivo Presidente excusará de votar al congresista”*, por el contrario si el impedimento se rechaza, persiste en el Congresista la obligación de participar en la votación.

En este sentido se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al considerar, en la sentencia del 21 de julio de 2009⁵⁵, que la interpretación según la cual aunque a un Congresista no se le acepte el impedimento, si por su íntima convicción se considera impedido, debe abstenerse del debate y aprobación de un proyecto de ley, desconoce que el Congresista *“tenía la obligación de participar en el trámite del aludido proyecto de ley”* en tanto *“En efecto, las jurisprudencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional antes referidas reiteran que el congresista por mandato del artículo 183 numeral 2° de la Constitución Política tiene la obligación de participar en el trámite de las leyes, salvo que se le acepte impedimento.”*

Del mismo modo, en sentencia del 17 de agosto de 2010⁵⁶, la Sala Plena puntualizó que la carga constitucional y legal del Congresista culmina al manifestarse el impedimento, así quien se declara impedido no puede *“abstenerse de participar en las sesiones pese a existir ya una decisión que no le acepta el impedimento, pues, de ser ello posible, ningún sentido tendría el procedimiento establecido para la declaratoria de impedimento y su decisión. Bastaría la consideración interna y personal de sentirse inmerso en alguna causal para justificar con ello la ausencia, lo que convertiría el procedimiento en un asunto subjetivo despojado, además, de límite alguno y de eficacia en el control de la asistencia de los miembros al Congreso.”*

Resaltó el fallo en comentario que las reglas para excusarse de participar en las sesiones no pueden ser interpretadas de forma caprichosa y así *“escapan del ámbito personal de quien esgrime la excusa para asistir, que, por el contrario, debe acatar la decisión*

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de julio de 2009, M.P. Mauricio Torres Cuervo, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2009-00042-00

⁵⁶ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 17 de agosto de 2010, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2010-00087-00 (PI).

adoptada por sus pares, quienes se hallan legalmente investidos para resolver si aceptan o no el impedimento.”

Se insistió en que para la configuración de la causal de pérdida de investidura por violación del régimen del conflicto de intereses, se requiere que el Congresista manifieste tener un interés y haya omitido declararse impedido para participar en la decisión del asunto sometido a su consideración. En este orden se concluyó que cuando el Congresista manifiesta su impedimento *“no puede endilgársele violación al régimen del conflicto de intereses, pues como se indicó anteriormente, dicha causal se configura cuando a sabiendas de la situación de conflicto, no se manifiesta el impedimento.”*

Con posterioridad, en fallo del 29 de mayo de 2012⁵⁷, esta Corporación precisó que cuando la autoridad competente niega el impedimento, esta decisión es vinculante y el Congresista debe participar en el asunto sometido a su consideración. En efecto se manifestó en dicha providencia:

“Un cuarto evento tiene lugar cuando el congresista hace explícito el conflicto manifestando su impedimento y éste no es aceptado por el cuerpo colegiado. Bajo tales circunstancias, dicha decisión es vinculante y al congresista no le cabe otra posibilidad que hacerse parte de la actividad programada⁵⁸. (...)

(...) En el supuesto D no se presenta el conflicto moral de interés pues la expresión del mismo surte el trámite normativamente establecido y permite que el competente diga si se está o no impedido de actuar. Es ello lo que ocurre cuando se niega o se acepta el impedimento correspondiente.”

A lo anterior debe agregar la Sala que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, ha sido reiterativa al señalar que, por mandato del artículo 183-2 de la Constitución Política, al Congresista le asiste la obligación de participar en el trámite de las leyes, salvo que se le acepte impedimento.

La obligación 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, está prevista en el artículo 182 constitucional.

⁵⁷ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Danilo Rojas Betancourt, sentencia del 29 de mayo de 2012, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2010-01329-00 (PI).

⁵⁸ La jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que la mera manifestación del impedimento no releva al congresista de asistir y participar en el debate, hasta que sea resuelto el mismo. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Mauricio Torres Cuervo, sentencia de 21 de Julio de 2009, rad. 11001-03-15-000-2009-00042-00(PI), actor: Julián Camilo Rodríguez Arias, demandado: Carlos Enrique Ávila Durán.

Como ya se indicó, el procedimiento para la declaratoria y decisión del impedimento está señalado en el artículo 291 y s.s. de la Ley 5ª de 1992, y comporta las siguientes actuaciones:

1. La declaración del impedimento por el Congresista en cumplimiento de su deber constitucional.
2. La comunicación del impedimento al Presidente de la respectiva Comisión o corporación legislativa.
3. La aceptación del impedimento por sus pares quienes se hallan legalmente investidos de la facultad para resolver si aceptan o no el impedimento.
4. Los efectos del impedimento.

El artículo 293 de la Ley 5ª de 1992 establece que cuando el impedimento es aceptado “*el respectivo presidente excusará de votar al congresista*”, por el contrario, si el impedimento se rechaza, persiste en el Congresista la obligación de participar en la votación.

Decidido el impedimento, dicha decisión es vinculante y, por tanto, en el evento de no ser aceptado, es deber del Congresista participar en el asunto sometido a su consideración.

Se trata entonces de un trámite expresamente previsto por la ley, el cual debe surtirse en los términos en ella señalados, y que comprende distintas etapas, en las que se cuenta no solo la participación del Congresista que ha manifestado el hecho que a su juicio es constitutivo de impedimento, sino la intervención de los restantes miembros de la respectiva cámara, en quienes radica la competencia para decidir si las situaciones expresadas constituyen causal que inhiba al Congresista para participar el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.

Para el caso concreto, la interpretación que más se ajusta al precepto constitucional contenido en el artículo 183 numeral 2, es aquella que ha sido reiterada por la jurisprudencia en el sentido de que es una obligación del Congresista participar en el trámite de las leyes, salvo que se le acepte el impedimento, lo que significa que cuando el impedimento no es aceptado, el Congresista no está excusado del cumplimiento de dicho deber. En uno u otro caso, la decisión que adopte el competente es vinculante y definitiva con lo que se debe entender que se cierra el debate sobre un aspecto que ya está resuelto.

7. Del caso concreto.

7.1. Lo probado en el proceso.

7.1.1. Formulario E-6 que demuestra que Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza fue inscrito por el partido de la U para la elección de Cámara el 9 de marzo de 2014 por la circunscripción de Norte de Santander (fls 1-2).

7.1.2. Formulario E-26 C.A. que demuestran la elección para la Cámara de Representantes por el partido de la U, en el Departamento de Norte de Santander de Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza (fls. 3-20)

7.1.3. Gaceta del Congreso No. 529 de 24 de septiembre de 2014 y certificación 0155-2014 expedida por la Subsecretaría General de la Cámara de Representantes, que evidencian: Que el 19 de agosto de 2014, en el orden del día estaba agendada la elección del Contralor General de la República; Que el Representante a la Cámara Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, asistió a la sesión como en la página 5 de la citada gaceta –asiento: 0027L, hora 14.59.42-; Que en dicha sesión puso en consideración de la Corporación el impedimento para participar y votar en tal elección, al ser sujeto de investigación por la Contraloría General de la Nación por su ejercicio funcional como Secretario de Infraestructura entre los años 2008 y 2011 y Gobernador encargado del Departamento de Norte de Santander. Textualmente expuso en el escrito dirigido al Presidente del Congreso lo siguiente (fl.70 del expediente y 55 de la Gaceta):

...

En atención a la elección constitucional a desarrollarse el día 19 de agosto de 2014 sobre el cargo de Contralor General de la República de Colombia, me permito manifestar mi impedimento para votar en la elección, considerando que es mi deber conforme a la Ley 5ª de 1992, poner en conocimiento las situaciones de carácter moral que me inhiben participar, al presentarse conflicto de interés directo e indirecto, dado que siguen sujetos a revisión procesos derivados del ejercicio de las funciones como Secretario de Infraestructura (2008-2001) y Gobernador encargado del departamento Norte de Santander en varias ocasiones, ejercicio que seguirá sometido al control fiscal de la Contraloría General de la República.

Conforme a lo anterior, es menester tener en cuenta que la Ley 610 de 2000 ha determinado dentro de los procesos de Responsabilidad Fiscal, será el Contralor General de la República el Funcionario en Segunda Instancia quien determinará si existe Fallo con o sin responsabilidad frente a los hechos que se investigan. Por lo tanto, acatando los artículos 286, 291 de la Ley 5ª de 1992 y en cumplimiento de mi deber legal pongo en conocimiento y en consideración esta situación ante el Congreso en Pleno declarándome impedido para participar en esta elección.

7.1.3.1. Ante la manifestación del Representante Carrillo Mendoza, el Subsecretario de la Cámara informó a los asistentes acerca de los impedimentos presentados por varios miembros de esa Corporación para votar la elección del Contralor General de la República, al ser investigados por ese ente de control.

7.1.3.2. El impedimento de 18 Representantes investigados por la Contraloría General de la República, fue negado según nota aclaratoria, por 59 votos contra 51 (fl. 51 del expediente y 16V de la Gaceta 529).

7.1.3.3. Una vez resuelto el tema de los impedimentos, el Presidente del Congreso le solicitó al Secretario que ingresaran los Representantes a quienes les fue negado el impedimento. (fl. 52 del expediente y 19 de la Gaceta 529).

7.1.3.4. Para la elección del Contralor General de la República se llamó al representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, quien estuvo presente según consta en la Gaceta del Congreso (folio 60 del expediente y 34 de la Gaceta referida).

7.1.3.5. Resultó elegido el doctor Edgardo Maya Villazón con 175 votos; también se contabilizaron 14 en blanco y 38 por Gilberto Rondón. La votación fue secreta.

7.1.4. De acuerdo a la USB y a los pantallazos y oficios allegados por la Contraloría General de la República, Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza se encuentra vinculado al Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF -2014-04165 UCC/PRF-003/2011, por cuantía inicial de \$354.160.000, entidad afectada Fondo Nacional de Calamidades –COL HUMANITARIA (fls. 77, 164 y 180). Con el Proceso de Responsabilidad Fiscal se acreditó la siguiente investigación:

7.1.4.1. La Contralora General de la República por auto 054 de 12 de diciembre de 2011, declaró unos hechos como de impacto nacional y ordenó la intervención inmediata de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana (Carpeta No. 1-769639)

7.1.4.2. La Contraloría Delegada Intersectorial No. 8. De la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción abrió proceso de responsabilidad contra los señores: William Villamizar Laguado, Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza y Julio Cesar Silva Rincón, en su condición de Gobernador del Departamento de Norte de Santander, Secretario de Infraestructura y Planeación, respectivamente, como presuntos responsables fiscales del daño causado a los intereses patrimoniales del Fondo Nacional de Calamidades – Sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., con la suscripción de los contratos de obra 1321 de 2011 y 1310 del mismo año (carpeta No. 1-741861).

7.1.4.3. La Contraloría Delegada Intersectorial No. 4 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, por medio de auto 0835 de 24 de mayo de 2012, avocó conocimiento del asunto. (Carpeta No. 2-630181).

7.1.4.4. El 17 de diciembre de 2012, Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, rindió versión libre ante la citada Delegada No. 4. (Carpeta No. 4)

7.1.4.5. El 3 de septiembre de 2013, la Contraloría Intersectorial No. 11 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, avocó conocimiento del proceso con auto 002055 de 11 de diciembre de 2013(Carpeta No. 6).

7.1.4.6. Por medio de Resolución No. 0269 de 13 de febrero de 2014, se suspendieron los términos procesales dentro de la investigación y por auto 0563 de 17 de febrero se reanudaron y nuevamente se volvieron a suspender por auto 1095 de 11 de abril de 2014. En el proceso no se ha tomado ninguna decisión de fondo, hasta el momento del informe solo se habían recaudado pruebas (Carpeta No.8).

7.1.4.7 El Secretario del Tesoro del municipio de Cáchira certificó que la menor cuantía para contratación de ese municipio era de 280 smmlv. (Carpeta No. 6)

7.2. Análisis de fondo de la causal invocada por el accionante.

Aseguró el demandante que el Representante Carrillo Mendoza, tenía un interés particular y directo en la elección del Contralor General de la República, toda vez que en el ente de control se le adelantaban procesos de responsabilidad fiscal y la decisión que se tomara dependería del funcionario que resultara elegido. Por otra parte, si bien Wilmer Ramiro Carrillo se declaró impedido, dijo el accionante que este fue timorato e insuficiente para eliminar la causal de pérdida de investidura, concretamente, porque la negación del impedimento no puede desaparecer el conflicto de intereses. Suma a lo anterior, que en el caso de estudio no hubo recusación; el representante participó activamente en la votación y eligió al doctor Edgardo Maya Villazón, en la sesión del 19 de agosto de 2014.

Para definir si se tipifica un conflicto de interés en el caso del representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, la Sala analizará los 4 presupuestos para su configuración de acuerdo al marco legal y conceptual expuesto líneas atrás.

7.2.1. La existencia de un interés directo, particular y actual, moral o económico, sobre un asunto sometido a debate y decisión de la Corporación, cuyo resultado beneficie directamente al congresista o a su cónyuge o compañero o compañera permanente o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o a su socio o socios de derecho o de hecho.

En primer lugar, debe advertir la Sala que en este caso no se está frente a un conflicto de interés económico, aunque el proceso por el cual se investiga al representante sea fiscal; sino que se trata de uno de naturaleza moral o ética, porque se pretende evitar que la persona que resulte elegida con su voto pueda ser beneficiaria por el funcionario electo en

su decisión, dado que en este caso, el Contralor General de la República, podría ser su juez en segunda instancia.

En segundo lugar, para resolver el caso concreto, la Sala debe definir los interrogantes que a continuación se plantean: ¿Al representante Wilmer Ramiro Carrillo le asistía un interés directo, particular y actual, en la elección del Contralor General de la República? ¿Había en su actuación una razón subjetiva que le impidiera una decisión ecuánime y desinteresada, de acuerdo a la exigencia normativa? ¿De la elección del funcionario derivaría un provecho o utilidad en su beneficio? ¿El beneficio era real y autónomo?

Para resolver los cuestionamientos debe recordarse que en el escrito de impedimento Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza manifestó que en su sentir se presentaba un conflicto de interés directo e indirecto que lo inhibía para participar en la elección del Contralor General de la República, porque conforme a la ley 610 de 2000, este funcionario sería la segunda instancia de la investigación seguida en su contra, lo que concretaría el beneficio al elegir a quien luego sería su juez.

Tal exposición obliga a la Sala *prima facie*, a revisar el tema de competencia dentro del mismo organismo, para puntualizar si existe la posibilidad de que el Contralor General de la República conozca en algún momento de la investigación citada, y por otro lado, si el beneficio que resalta el accionado en su impedimento y que retoma el accionante, es real y autónomo, para fundar la causal invocada. De esta manera se empezarán a solucionar las preguntas esbozadas.

El control fiscal de acuerdo al artículo 267 de la Constitución Política quedó asignado a la Contraloría General de la República y conforme al artículo 268 en cabeza del Contralor General de la República. Este servidor entre otras funciones, tiene la de establecer la responsabilidad de la gestión fiscal, imponer sanciones pecuniarias, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva. Por su parte, el Decreto 267 de 2000, que dictó normas sobre la organización, funcionamiento, estructura orgánica y funcional de ese órgano, dispuso en el artículo 27 que el Contralor General de la República podía delegar funciones generales y específicas del ejercicio de vigilancia y control fiscal en servidores públicos del nivel directivo o asesor.

Por otra parte, la Ley 610 de 2000, que instauró el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, permitió en el artículo 64, que los contralores delegaran en sus dependencias, establecer la responsabilidad fiscal.

En desarrollo de las citadas normas, el Contralor General de la República profirió la Resolución Orgánica No. 05500 de 4 de julio de 2003, en la cual delegó en el artículo 2, la

competencia para conocer, tramitar y decidir la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal que corresponde al Despacho del Contralor General, Contralorías Delegadas para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, los Despachos de las Contralorías Delegadas Sectoriales y los Grupos de Vigilancia Fiscal de nivel desconcentrado en lo atiente a la investigación preliminar.

La referida resolución concretó en el artículo 4º, los recursos conocidos por el Contralor General de la República. Allí se dispuso que conocería en grado de consulta y queja, aquellos de primera instancia tramitados por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva. En segunda instancia, de los recursos de apelación que profiriera en primera, la citada Contraloría Delegada.

La Ley 1474 de 2011⁵⁹ fortaleció la estructura organizacional de la Contraloría General para luchar contra la corrupción. Es así como en el artículo 128, creó entre otros cargos, la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, adscrita al Despacho del Contralor General y dirigida por un Jefe de Unidad del mismo nivel. Para la referida Unidad creó 11 cargos de contralores delegados intersectoriales, que tendrían como función adelantar auditorías especiales o investigaciones con hechos de impacto nacional.

La Resolución Orgánica 6397 de 2011, que definió el funcionamiento interno de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, estableció la competencia por el factor cuantía. En el artículo 110 determinó que el proceso de responsabilidad fiscal sería de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, fuera igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada con los hechos, y de doble instancia, cuando superara la suma señalada. También dispuso, que el Despacho del Contralor General conocería en 2ª instancia, de aquellos procesos que conforme al artículo 128 de la Ley 1474 de 2011, le fuera asignado a los contralores delegados intersectoriales, en los términos del artículo 4º de la Resolución Orgánica No. 5500 de 2003.

En el caso de Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, para el 19 de agosto de 2014, fecha de elección del Contralor General de la República, el proceso de responsabilidad fiscal luego de varias asignaciones a las delegadas intersectoriales, se radicó en manos de la Contraloría Delegada Intersectorial No. 11, asunto que según auto de apertura fue declarado de impacto nacional, teniendo en cuenta que los recursos de los contratos eran del orden nacional, como consta en el acervo probatorio allegado por el ente fiscal en una unidad de memoria.

⁵⁹ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”

En ese proceso de responsabilidad fiscal para el momento de la elección no se había tomado ninguna decisión de fondo, dado que se seguían recaudando pruebas, etapa a la que se sumaron innumerables suspensiones de términos que fueron soportadas en el carácter logístico de la entidad.

En conclusión de lo expuesto, debe señalar la Sala que por tratarse de un tema de conocimiento de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción y por el factor cuantía, si tendría conocimiento de un recurso de impugnación el Contralor General, toda vez que en este caso, el presunto daño según el auto de apertura es de \$354.000.000 y la menor cuantía del municipio de Cáchira conforme a la certificación de su tesorero corresponde a \$172.000.000.00 o el equivalente a 280 smmlv del año 2014.⁶⁰.

Este análisis llano le daría fuerza argumentativa al impedimento presentado por el Representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza y al escrito del accionante. Sin embargo, tal como se verá, ese primer plano no tiene la contundencia y complementariedad que un estudio integral ofrece cuando se analiza si el interés es directo, particular y subjetivo, y además, si genera un beneficio real y autónomo.

La investigación fiscal de la cual es sujeto Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, es incipiente y puede de acuerdo a su curso, llegar a diversas conclusiones según los artículos 46 a 54 de la Ley 610 de 2000, vale decir, que puede terminar con un fallo con o sin responsabilidad fiscal, un auto de archivo o en el peor de los casos en prescripción; lo que quiere decir, que el conocimiento de una segunda instancia por parte del Contralor General, es incierto o eventual.

Ahora bien, en el hipotético caso de que el Contralor General conociera por competencia el proceso de responsabilidad contra el aquí accionado, el beneficio o provecho por participar y o votar en su elección, no es directo ni autónomo, como tampoco inmediato, porque para su intervención es necesario que se produzcan varios actos anteriores por parte de otro u otros funcionarios, quienes primeramente deben definir la responsabilidad fiscal del investigado, teniendo en cuenta diversas actuaciones que se soportan en hechos, pruebas y presupuestos legales para llegar a proferir una providencia favorable o desfavorable, vale decir, que no depende de la voluntad o de los intereses del servidor público, sino de lo que se demuestre en el proceso. Idéntico proceso volitivo debe seguir el Contralor General si finalmente debe resolver la alzada contra una decisión desfavorable para el investigado, quien también debe ceñirse a lo probado y a las normas que regulan la materia, lo que significa que su actuación es reglada y no libre y discrecional.

⁶⁰ Resolución Orgánica 6397 de 2011, inciso 3º del artículo 3º.

Al marco legal de sujeción, se suma que el voto para la elección del alto funcionario fue secreto, lo que indica que no hay certeza de si el representante Carrillo Mendoza votó finalmente por quien fue electo.

Todo lo dicho indica que para el surgimiento indefectible del interés directo, tendría que demostrarse un compromiso personal entre las dos partes-electo y elegido- que evidenciara un resultado positivo a sus intereses, circunstancia que llevaría sin duda a la desinvestidura solicitada, pero que no es el caso concreto por ausencia total de prueba.

En complemento del argumento desestimatorio como sostuvo la Sala Plena⁶¹, existe una obligación constitucional del representante en tanto miembro del Congreso de la República que es, para elegir al Contralor General, lo cual consulta el interés general al cual está obligado a responder, que sumado a la autonomía funcional de ese dignatario respecto del cuerpo colegiado solo se comporta como su nominador y controlador político, pero nunca como *“una especie de instancia directiva de los destinos...”* de la Contraloría General de la República, porque no es un *“...agente delegado, dependiente, adscrito o vinculado ni al Senado ni al Congreso de la República”*⁶², análisis que le confiere a la Sala, como se dijo, la certeza de que no existió un interés directo, particular y actual, ni tampoco un beneficio real y autónomo, por parte del representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza al participar en la elección del Contralor General de la República, respondiendo así a las preguntas delineadas al inicio de este capítulo.

7.2.2. Siguiendo con los presupuestos del conflicto de intereses, la Sala verificará si la declaración de impedimento por parte del Representante demandado fue suficiente y si ello le impedía participar en los debates y votar.

La Ley 5 de 1992 que contiene el Reglamento del Congreso, establece como un derecho y un deber, la participación y decisión de los Congresistas en los debates y trámites de los asuntos sometidos a su consideración. No obstante que es la regla general, se pueden presentar situaciones y circunstancias que no permitan una clara y transparente actuación, particularmente cuando hay un conflicto de interés.

En esos casos la misma ley ha previsto la herramienta para evitar no solo la falta de objetividad e imparcialidad en su función, sino también y ya de manera subjetiva, una sanción que implique la pérdida de la investidura. Concretamente y para ilustrar lo señalado, los artículos 291 y 292, señalan unas reglas sobre el impedimento que se pueden enlistar de la siguiente manera:

⁶¹ Radicado número 11001-03-15-000-2009-00198-00, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁶² *Ídem.*

1. Que se presente por escrito.
2. Que se dirija al Presidente de la respectiva comisión o corporación legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento.
3. Que se entregue una vez se advierta el conflicto de intereses.
4. Si bien no hay requisitos sobre su contenido, debe expresarse la razón clara e inequívoca que lleva a presentar el impedimento, porque los demás parlamentarios deben tener los elementos de juicio para aceptarlo o negarlo.

El accionante afirmó que si bien Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza presentó impedimento, este fue timorato, *“...ya que no manifestó que tenía procesos de Responsabilidad Fiscal, en la Contraloría General de la República. Sino que seguían sujetos a la revisión de procesos derivados del ejercicio de funciones como Secretario de Infraestructura y Gobernador encargado del Departamento de Norte de Santander (2008-2011). Se pregunta el accionante, ¿si el Congresista presenta su impedimento y no le es aceptado como en el caso que nos ocupa a pesar de la existencia del conflicto de intereses, este conflicto desaparece?”*

En el caso bajo estudio, a diferencia de la apreciación del accionante, la Sala considera que el impedimento fue claro en los motivos que lo inspiraron. En efecto, en la transcripción que se hizo del mismo en el aserto probatorio, explicó además de lo dicho y reseñado en precedencia que, en virtud de lo dispuesto por la Ley 610 de 2000, sería el Contralor General de la República en Segunda Instancia quien determinaría la existencia o no de responsabilidad fiscal.

Esta motivación dejó en evidencia además de la existencia del proceso de responsabilidad fiscal en contra del accionado por el ejercicio funcional ejercido como secretario de infraestructura y gobernador encargado del Departamento de Norte de Santander, la posibilidad de que llegara a conocimiento del Contralor General en segunda instancia. Ese argumento fue valorado y negado por la plenaria, para con ello devolverle al representante Carrillo Mendoza el deber de participar y votar en la elección del Contralor General.

Entonces, a la pregunta del accionante sobre si desaparece el conflicto de intereses cuando se niega el impedimento, la Sala debe reiterar la posición jurisprudencial sobre este tópico, para indicar que una vez se resuelve el impedimento negándolo, la decisión es vinculante y al congresista no le cabe otra posibilidad que hacerse parte de la actividad

programada⁶³, como efectivamente lo hizo en este caso Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza y consta en la Gaceta del Congreso No. 529 de 24 de septiembre de 2014.

En conclusión de lo expuesto, Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza cumplió con la obligación prevista en los artículos 291 y 292, al presentar su impedimento motivado ante el Presidente del Congreso, el cual fue votado y negado por la plenaria, para luego participar en la elección del Contralor General de la República, como era su deber.

7.2.3 El tercer presupuesto del conflicto de intereses hace referencia a la ausencia de recusación.

Como se expuso líneas atrás, el congresista está en la obligación de manifestar su impedimento cuando considera que hay un conflicto de intereses frente a un determinado proyecto o decisión, no solo frente a él sino también respecto de las personas indicadas en el artículo 286 de la mencionada ley.

Pero si el congresista no expone su impedimento oportunamente a las Cámaras Legislativas, puede ser recusado y ello tiene un trámite particular ante la Comisión de Ética y Estatuto de Congresista, quien tiene 3 días hábiles para dar a conocer su conclusión mediante resolución motivada –artículo 294*ídem*- y los efectos son los mismos del impedimento –artículo 295 *ídem*-

La realidad fáctica de este caso demostró que la recusación no era procedente, dado que el representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza expresó por escrito su impedimento ante la plenaria del Congreso, ante su convencimiento de que existía un conflicto de interés al participar en la elección del Contralor General de la República, teniendo en curso un proceso de responsabilidad fiscal, iniciado cuando ejercía como servidor público en el departamento de Norte de Santander.

7.2.4. El cuarto presupuesto tiene que ver con la participación del congresista en el debate y o votación del trámite de una ley.

En relación con ese elemento debe reiterarse lo ya expuesto en cuanto a la habilitación del representante para actuar luego de ser negado el impedimento. Una vez la plenaria o la comisión según sea el caso estudia el impedimento y lo niega, debe regresar a su función y cumplir con su deber. Si por el contrario lo acepta “...*el respectivo presidente*

⁶³ Radicado: 11001-03-15-000-2010-01329-00(P.I) M.P. Danilo Rojas Betancourt y 11001-03-15-000-2009-00042-00 (P.I) M.P. Mauricio Torres Cuervo; 11001-03-15-000-2010-00087-00 (P.I) M.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

*excusará de votar al congresista y que la excusa así aceptada se entenderá válida para los efectos del párrafo del artículo 183 constitucional*⁶⁴.

En virtud de lo dicho, como en el caso que se estudia el Representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza manifestó su impedimento para participar en la elección del Contralor General de la República, no puede imputársele violación al régimen de conflicto de intereses, toda vez que cumplió con lo previsto en los artículos 291 y 292 de la Ley 5 de 1992.

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 del Representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, 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.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Presidente

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE
Vicepresidente

⁶⁴ Sentencia PI 0043 de 2009.

HUGO F. BASTIDAS BÁRCENAS

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ACLARACION DE VOTO

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03169-00(PI)

Actor: LUIS JESÚS BOTELLO GOMEZ

Demandado: WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA

Referencia: ACLARACION DE VOTO – JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.

Contenido: Introducción; 1.- La pérdida de investidura de congresistas como juicio de responsabilidad sancionatoria constitucional, 1.1.- el elemento subjetivo en la estructuración de las causales de pérdida de investidura, 1.2.- el elemento de proporcionalidad en el juicio de pérdida de investidura, 1.3.- conclusión y 2.- análisis del caso en concreto.

Con el respeto y consideración acostumbrada, presento la razón que me mueve a aclarar el voto respecto del fallo proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 20 de octubre de 2015.

Aunque compartí la decisión mayoritaria adoptada por la Sala, considero necesario aclarar el voto en cuanto al análisis jurídico de la pérdida de investidura, dado que se hace necesario dotar de mayor contenido sustantivo la estructuración de las causales de pérdida de investidura no solo desde una perspectiva objetiva sino también subjetiva (a título de dolo) y también se requiere abordar un juicio de proporcionalidad entre la conducta juzgada y la sanción a imponer. Así, la pérdida de investidura debe desarrollar elementos funcionales y proporcionales que la hagan acorde con la finalidad para la cual fue concebida por el constituyente, garante de los derechos de quienes son sujetos pasivos de dicha acción y proporcional en la aplicación de la sanción prevista en la Norma Superior.

1.- La pérdida de investidura de congresistas como un juicio de responsabilidad sancionatoria constitucional.

La acción de pérdida de investidura, establecida en la Constitución Política en los artículos 183 y 184 y desarrollada a nivel legislativo en la Ley 144 de 1994, se comprende como una especie de juicio sancionatorio de carácter constitucional en virtud del cual un

órgano judicial en única instancia (la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado) verifica la configuración de alguna de las causales de desinvestidura de los Congresistas y, en consecuencia, imputa a dicho actuar la sanción jurídica prescrita en la Carta Política que no es otra que la pérdida, intemporal, del derecho político pasivo de ser elegido para un cargo público de elección popular.

Queda fuera de toda duda que la pérdida de investidura corresponde a un procedimiento de carácter estrictamente judicial no solo porque el conocimiento del asunto se encomienda a un órgano (particularmente una Sala con funciones judiciales) que materialmente integra dicha rama del poder público⁶⁵ sino, más importante aún, por cuanto el razonamiento que tiene lugar al momento de adoptar la decisión de desinvestidura debe estar amparada en argumentos de estricto rigor jurídico.

Siendo entonces un proceso de carácter judicial, es preciso reiterar que el deber de motivar una decisión judicial deviene exigible desde la doble perspectiva convencional y constitucional. Desde la primera de éstas, los artículos 8 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y la protección judicial permiten establecer los lineamientos generales a partir de los cuales se consagra el ejercicio de una labor judicial garante de los Derechos Humanos.

En el campo específico del deber de motivar las decisiones judiciales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”*⁶⁶. **La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.**⁶⁷ (Resaltado propio), justificándose esta exigencia de los funcionarios judiciales en el derecho que tienen los ciudadanos de ser juzgados “por las razones que el derecho suministra”⁶⁸ además de generar credibilidad de las decisiones judiciales en un Estado que se precie de ser democrático.

A su turno, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la falta de motivación siquiera mínima de motivación de una decisión judicial lleva a decir que ésta *“reproduce las*

⁶⁵ La Corte Constitucional en varios fallos ha reiterado ello al sostener: “Esta Corte ha señalado que la pérdida de investidura encarna el ejercicio de una función típicamente jurisdiccional, de competencia del Consejo de Estado, en cuanto concierne a su declaratoria (artículo 184 C.P).” Corte Constitucional, sentencia C-319 de 1994. Reiterado, entre otras, en C-247 de 1995 y C-254A de 2012.

⁶⁶ Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 144, 153 y 164. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. ECHR, Case of Hadjianstasiou v. Greece, Judgment of 16 December 1992, para. 23.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de noviembre de 2007 caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 5 de agosto de 2011, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Reiterado, entre otras, en el Caso Tristán Donoso c. Panamá, fallo de 27 de enero de 2009; Caso López Mendoza c. Venezuela, fallo de 1º de septiembre de 2011; Opinión Consultiva Oc 21/14 de 19 de agosto de 2014.

*simples inclinaciones o prejuicios de quien debe resolver un asunto*⁶⁹, siendo constitutivo de una vía de hecho⁷⁰ y, por otro lado, también ha precisado que en el ejercicio de aplicación de las normas jurídicas los jueces pueden apoyarse en los precedentes judiciales y en las reglas de validez de la labor hermenéutica, respetando la autonomía de la que constitucionalmente gozan los jueces⁷¹.

En este orden de ideas, vale la pena destacar que el razonamiento jurídico se presenta como un caso especial del razonamiento práctico, es decir, el enfocado a discutir enunciados normativos como aquello que es prohibido, permitido u ordenado⁷² pero a luz del sistema jurídico vigente⁷³, que descansa en la formulación de proposiciones y argumentos tendientes a demostrar la justificación de las premisas que constituirán el sustento de la decisión adoptada⁷⁴, procedimiento éste que puede ser intersubjetivamente controlado por los potenciales destinatarios de la decisión, ofreciendo certeza jurídica⁷⁵; es por ello que se ha sostenido que el discurso jurídico conlleva una pretensión de corrección que implica que lo decidido *“en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pued[e] ser racionalmente fundamentado”*⁷⁶.

Lo anterior se opone a considerar los juicios de pérdida de investidura como escenarios para la discusión de la moralidad de las actuaciones que se presentan en el sector público; ello por cuanto si bien la moral comprende un sistema normativo que pretende referirse a valoraciones prescriptivas sobre lo que se considera como bueno o malo en las acciones humanas, no menos cierto es que esta, la más de las veces, es personal,

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-607 de 2000.

⁷⁰ Considerado posteriormente como una causal específica de procedibilidad de las acciones de tutela.

⁷¹ Ha dicho la Corte Constitucional que “aunque la Carta Política reconoce la independencia de los jueces, no por ello sus decisiones pueden desligarse de los principios y valores constitucionales. Así las cosas, decisiones anteriores de la Corte identifican entre los criterios ordenadores de la función jurisdiccional, derivados de las dimensiones de la autonomía judicial, dos fronteras definidas: (i) El respeto al precedente jurisprudencial y (ii) La observancia de las reglas de validez de la labor hermenéutica propia de la decisión judicial.” Corte Constitucional, sentencia T-1130 de 2003.

⁷² Señala Peczenik al respecto: “La argumentación jurídica da respuesta a cuestiones prácticas, es decir, decide lo que uno hará o puede hacer.”. PECZENIK, Aleksander. Derecho y razón. México, Editorial Fontamara, 2000 p. 12

⁷³ Alexy señala que se trata de un caso especial en tanto que i) se discuten cuestiones prácticas “sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido”, ii) la discusión se efectúa a la luz de la pretensión de corrección y iii) por corresponder a una discusión jurídica, ésta se presenta bajo condiciones de limitación. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 207

⁷⁴ Al respecto Taruffo señala: “...los juicios de valor pueden ser justificados a partir de hacer explícito el criterio de valoración utilizado, y sobre todo demostrando que, a partir de ese criterio de valoración, derivan como consecuencia lógica diversas ponderaciones específicas en el caso, lo que indica que también existe una lógica de los juicios de valor:

Ahora bien, regresando al tema de la necesaria obligación de que la motivación sea completa, podemos derivar que también los juicios de valor que el juez formula, y que pos supuesto condicionan la forma en la cual toma la decisión, deben ser justificados.”. TARUFFO, Michele. Proceso y decisión. lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 102-103.

⁷⁵ “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.”. AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Ibíd. p. 208.

subjetiva, cambiante en tanto que reflejan las consideraciones íntimas que los individuos puedan tener sobre determinados tópicos políticos, sociales o culturales. En este orden de ideas, nada más nefasto para la vigencia del Estado de Derecho que prohijar una postura según la cual se justifique exclusivamente una decisión judicial a partir de razones éticas o morales particulares o subjetivas, ya que algo así, en últimas, socava los principios que fundamentan el Estado Social y Democrático de Derecho.

Ligado a esta idea también resulta que pugna con el acceso efectivo a un recurso judicial y las garantías judiciales concebir la pérdida de investidura como una suerte de responsabilidad política, pues allí no son las razones del derecho las que gobiernan la decisión⁷⁷ sino la conveniencia, oportunidad política y lo que conciba la opinión pública sobre la cosa pública.

En este orden de ideas, tomando en consideración el ejercicio de la labor judicial, la potencial afectación de los derechos políticos del sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura y la necesaria lectura de dicha institución a la luz de los principios y normas convencionales y constitucionales, es claro que dicha figura sólo puede ser conceptualizada como una de las especies de la responsabilidad jurídica por violación de deberes de conducta de los congresistas. De allí, entonces, que encuentra su justificación como institución sancionatoria especial de ciertos dignatarios elegidos popularmente.

Descomponiendo dicha conceptualización es claro que se trata de a) responsabilidad jurídica (que no ética, política o moral), por cuanto las premisas de análisis de la decisión se desprenden, obligatoriamente, del ordenamiento jurídico de derecho positivo colombiano y que b) se configura por violación de deberes normativos de conducta de los Congresistas, en su calidad de servidores públicos, en tanto y cuanto las causales erigidas por el constituyente para la sanción de desinvestidura están orientadas, estrictamente, a modelar el obrar que deben seguir los miembros del legislativo en su calidad de tal, lo que ha dado pie para que la doctrina afirme que la pérdida de investidura *“trata de un mecanismo procesal que se caracteriza por la aplicación directa de los principios básicos de nuestra convivencia como organización política democrática, reconducida a través de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflictos de intereses y demás hipótesis establecidas en las normas reguladoras”*⁷⁸ (Resaltado propio).

⁷⁷ Sobre responsabilidad política Visintini anota: “Por responsabilidad política se entiende aquella que puede resultar a cargo de quien es titular de poderes públicos y que se presenta frente a los electores o, si se trata de ministros, frente al parlamento. Se afirma habitualmente que la responsabilidad política no es una verdadera y propia responsabilidad jurídica, ya porque en ella falta esa relación, prevista en el sistema normativo, entre un cierto hecho y determinadas consecuencias desfavorables, ya porque se discute si las consecuencias desfavorables que siguen a ella se pueden calificar como sanciones.” VISINTINI, Giovanna. ¿Qué es la responsabilidad civil? Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 27.

⁷⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Ibíd.*, p. 794.

En este mismo sentido la jurisprudencia de esta Corporación ha dejado claro que se trata de una acción de carácter sancionatorio judicial. Así, en fallo de 19 de agosto de 2014 se dijo:

“Con fundamento en la jurisprudencia contencioso administrativa de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la constitucional, puede decirse que la pérdida de investidura de los Congresistas **es una acción de naturaleza constitucional**⁷⁹, **autónoma, de carácter sancionatorio, que puede ser regulada [pero que no puede ampliarse o restringirse las causales fijadas por la Carta Política para el caso de los congresistas], en virtud de que se inicia un juicio**⁸⁰ que **puede culminar con la imposición de una sanción (...) de carácter jurisdiccional**⁸¹, la cual reviste altísima gravedad en razón a que separa al Senador o Representante a la Cámara del ejercicio de su cargo para el que fue electo por votación popular, y, además, lo inhabilita de manera intemporal y permanente para ser candidato y para ocupar la misma condición de congresista, o algún cargo de elección popular en el futuro⁸².”⁸³ (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, algunas de las características que tornan en especialmente particular a la pérdida de investidura de los congresistas son, entre otras: i) que se trata de un procedimiento conocido por una autoridad judicial, ii) en única instancia ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de manera privativa, iii) que gravita en

⁷⁹ La Constitución Política consagró la acción de pérdida de investidura con el fin de rescatar el prestigio y la respetabilidad del Congreso y garantizar el ejercicio transparente, efectivo y probo de la actividad legislativa, por quienes representan la voluntad popular. Se trata de una acción constitucional autónoma que consagra un régimen estricto para los congresistas, dada la necesidad de salvaguardar la institución y hacer realidad los postulados de la Carta Política”. [subrayado fuera del texto] Corte Constitucional, Sentencia C-254A del 29 de marzo de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁰ La pérdida de investidura ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa como un juicio de responsabilidad política, que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la transgresión del estricto código de conducta que la Constitución establece y que los Congresistas deben observar. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de enero de 1998, Exp. AC 5397, M.P.: Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 23 de marzo de 2010, Exp. 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI) y Corte Constitucional, sentencia T-544 del 28 de mayo de 2004, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-935 del 14 de diciembre de 2009, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-254A del 29 de marzo de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-1285 del 7 de diciembre de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. En relación con la naturaleza sancionatoria de la pérdida de investidura, la Corte Constitucional ha resaltado que “para el caso de los Congresistas, ésta tiene una particularidad sancionatoria de tipo político que es declarada jurisdiccionalmente conforme a las causales taxativamente previstas en la Constitución”.

⁸² La Constitución Política establece “**Artículo 179.** No podrán ser congresistas: (...) 4. Quienes hayan perdido la investidura de congresistas.”. La Ley 617 de 2000 señala “**Artículo 30.** De las inhabilidades de los Gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador: 1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”; “**Artículo 33.** De las inhabilidades de los diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: 1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”; “**Artículo 37.** Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así: Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital: 1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”; “**Artículo 40.** De las inhabilidades de los Concejales. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así: Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: Ley 617 de 2000 35/60 1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.”

⁸³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 19 de agosto de 2014, exp. 2010-01110.

torno a la estructuración de ciertas causales taxativamente dispuestas en la Constitución Política [lo que hace que el legislador no pueda modular su contenido normativo bien sea ampliando o restringiendo su alcance], iv) promovida por iniciativa popular o por la propia Corporación legislativa y cuyo resultado, de acreditarse los cargos formulados, v) lleva a la aplicación de una única sanción: la pérdida intemporal del derecho político a ser elegido para un cargo de elección popular, esto es, la afectación del derecho al sufragio pasivo y, finalmente, como consecuencia de tales características se exige vi) asegurar la efectividad de garantías judiciales tales como: congruencia, debido proceso, interpretación restrictiva, interpretación *pro homine*, demostración de la culpabilidad del sujeto pasivo de la acción.

1.1- El elemento subjetivo en la estructuración de las causales de pérdida de investidura.

Desarrollados los elementos teóricos que justifican la calificación del juicio de pérdida de investidura como parte de un derecho sancionatorio constitucional especial, se hace necesario desentrañar las garantías jurídico-sustanciales que rodean dicha institución para, desde allí, caer en la necesaria exigencia de la valoración del tipo subjetivo de la conducta típica imputada al congresista, dicho con otras palabras, se trata del elemento de la culpabilidad.

Así, es preciso destacar que el accionar del poder punitivo del Estado necesariamente está llamado a observar los principios y valores que informan el derecho al debido proceso sustancial, el acceso material y/o efectivo a la administración de justicia y a las garantías judiciales. Por consiguiente, como no puede ser otra manera, debe seguirse en este punto el marco jurídico convencional y constitucional colombiano a fin de desentrañar y comprender, en todo su esplendor, el alcance de tales garantías.

En este orden de ideas, se tiene que el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fija que *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*, mientras que el 15.1 del mismo Pacto refiere que *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”*.

Por su parte, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”* lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 9 que precisa: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”*.

A lo que se agrega que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el artículo 8 establece garantías que son aplicables a todo tipo de procedimientos, sean estos de naturaleza judicial o administrativa⁸⁴. Particularmente ha sostenido que dichos órganos *“tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”*⁸⁵ o que *“las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”*⁸⁶.

Finalmente, el artículo 29 de la constitución Política enseña que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*, señala las exigencias de tipicidad previa a la comisión de la conducta enjuiciada, juez natural y reglas procedimentales preestablecidas. Igualmente, el inciso cuarto de dicho artículo recuerda que *“toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*.

Al tiempo que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que *“los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento y para controlar la potestad sancionatoria”*⁸⁷.

De lo anterior, resulta evidente que en el marco del derecho positivo convencional y constitucional colombiano, la acción de pérdida de investidura (en tanto manifestación especial del derecho sancionatorio judicial) debe ser tramitada y decidida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo con total apego de las garantías que informan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente (en este caso) a los sujetos pasivos de dicho medio de control judicial.

Siendo así cuanto precede, síguese que la estructura de análisis dogmático de la pérdida de investidura de congresistas demanda, por necesidad, la configuración de un doble análisis de tipicidad (objetiva y subjetiva) y un elemento de proporcionalidad, pues estando proscrito en dicho juicio sancionatorio la responsabilidad objetiva no basta con la constatación fáctica o fenomenológica de los elementos estructuradores de la conducta

⁸⁴ “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.” Caso Baena Ricardo c. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Igualmente, en el caso Claude Reyes c. Chile, en sentencia de 19 de septiembre de 2006, la Corte sostuvo: “El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.”

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein c. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Claude Reyes c. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-310 de 1997.

generadora de desinvestidura para atribuir la sanción prevista en la Constitución, pues queda faltando en dicho raciocinio el elemento subjetivo que no es otra cosa que la atribución normativa de esa conducta objetivamente demostrada a título de dolo.

Dicha exigencia de valoración subjetiva de la conducta encuentra justificación en razón al juicio de reproche jurídico-sancionatorio que se pretende perseguir con la imposición de la desinvestidura de la calidad de congresista, lo que sólo se puede llevar a cabo con respeto del principio de dignidad humana⁸⁸ que no es otra cosa (para el interés del caso) que reconocer a un individuo su condición de ser humano, dotado de raciocinio y de libre albedrío para actuar⁸⁹.

Y es que la observancia de dicho principio de dignidad humana es lo que evita que se cosifique o trate al ser humano como si fuera un objeto o cosa material o su instrumentalización al servicio de otros fines externos a su ser, pues, como ya lo había dicho Kant *"la pena judicial (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real"*⁹⁰ (Resaltado propio).

Por consiguiente, acreditada la estructuración fáctica de una de las causales de pérdida de investidura, debe abordarse el juicio subjetivo de imputación de responsabilidad el cual consistirá en auscultar si el (o la) Congresista demandado(a) conocía (o debía conocerlo) la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó hacia la realización de dicho actuar (u omisión).

Se trata, se repite, de un juicio de carácter normativo de modo tal que la valoración de dicho grado doloso de la conducta no debe comportar elementos psicológicos de intencionalidad subjetiva o individual; pues de lo que se trata es de acreditar el conocimiento del sujeto pasivo de las consecuencias probables de su acción u omisión respecto de dicho obrar, elemento éste que está presente, de manera específica, en cada una de las causales de pérdida de investidura⁹¹ y que la persona enjuiciada debería conocer según su rol y ubicación dentro del preciso contexto en que se desenvuelve.

⁸⁸ Sobre la dignidad humana como principio constitucional la Corte Constitucional ha precisado que tal reconocimiento central en el ordenamiento jurídico "exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico". Corte Constitucional, Sentencia T-645 de 1996. Reiterado en: T-521 de 1998, T-611 de 2013, entre otras.

⁸⁹ "Persona es el sujeto, cuyas acciones son imputables. La personalidad moral, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional sometido a leyes morales (...) de donde se desprende que una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí misma". KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Madrid, Tecnos, 1ªed, 1989, p. 167.

⁹⁰ KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Madrid, Tecnos, 1ªed, 1989, p 168.

⁹¹ Se afirma ello sin perjuicio de que la jurisprudencia considere la constatación eminentemente objetiva de ciertas causales en razón a su propia configuración y estructura normativa.

Por consiguiente, no se estructurará el tipo sancionatorio de pérdida de investidura si se demuestra que el agente enjuiciado cometió la conducta (o la omisión) por torpeza, imprudencia o impericia, pues resulta claro que estas causales están estructuradas desde la perspectiva dolosa, razón por la cual la tipicidad culposa está excluida al no disponerlo así expresamente el constituyente. Ello se constata con el sólo hecho de apreciar que el constituyente no previó una modalidad sancionatoria atenuada en la pérdida de investidura.

Misma circunstancia se predicará en aquellos eventos donde falte la acreditación probatoria del elemento de tipicidad subjetiva dolosa en el obrar del Congresista, pues, se repite: la sola constatación de cierto suceso fáctico no agota el juicio de pérdida de investidura, pues falta allí el elemento subjetivo valorativo de la acción.

1.2.- El elemento de proporcionalidad en el juicio de pérdida de investidura.

Ya se ha dicho que la pérdida de investidura supone una limitación al ejercicio del derecho político a ser elegido en un cargo de elección popular, sanción ésta con carácter vitalicio. Se trata de una restricción a un derecho humano (artículo 23 CADH⁹²) y fundamental (artículo 40 Constitución⁹³) reconocido en el marco jurídico convencional y constitucional colombiano.

En cuanto a la reglamentación para el ejercicio de los derechos políticos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que ésta *“debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática”*⁹⁴ de tal manera que so pretexto de reglamentación no puede el Estado imponer

⁹² Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

⁹³ Constitución Política. Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 23 de junio de 2005. Caso Yatama c. Nicaragua.

restricciones indebidas para el ejercicio de este derecho y/u otros reconocidos a nivel convencional o constitucional⁹⁵.

Por consiguiente, resulta claro que en todo momento corresponde a las autoridades internas de cada Estado reglamentar y aplicar las normas relativas a los derechos políticos en consonancia con el principio de proporcionalidad, lo que para el caso de la acción de pérdida de investidura de los congresistas se traduce en la necesaria consideración de la proporcionalidad de la sanción a imponer (que es una única) y la gravedad de la falta cometida por quien es juzgado, de modo tal que logre vislumbrarse en esa situación jurídica una aplicación razonable, justa y proporcional de la sanción dispuesta por el constituyente, por cuanto *“la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial”*^{96, 97}.

⁹⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de agosto de 2008. Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos. En este caso la corte expuso lo siguiente respecto de los derechos políticos:

“157. Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado.

(...)

Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención.”

⁹⁶ STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

⁹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”,

Al disponerse de una única sanción gravísima para el Congresista hallado responsable en un juicio de pérdida de investidura, se impone reconocer que aún en ciertos casos donde materialmente se constate la configuración típica (objetiva y subjetiva dolosa) de una causal de pérdida de investidura, habrá que emitirse un juicio de valor sobre la conducta que se juzga a fin de distinguir entre ciertas faltas que resultan insignificantes o de menor entidad de cara a la teleología y fin que se persigue con la institución de la pérdida de investidura y otras que por su trascendencia, modalidad, impacto o relevancia suponen un verdadero ataque grave o gravísimo a la investidura y dignidad congresional y, por contera, al propio juego democrático – deliberativo en Colombia.

Puede, entonces, la jurisprudencia de esta Corporación construir, a partir de referentes objetivos y claros, elementos conceptuales que le permitan vislumbrar, en cada causal de pérdida de investidura, la gravedad de la conducta juzgada y, a partir de allí, indagar si es proporcionalidad imponer la desinvestidura del congresista; ello por cuanto el constituyente no reconoció graduación y/o modalidades de dosimetría al momento de imponer la sanción al congresista incurso en una de las causales de procedencia de la acción.

Ello es así por cuanto el principio de proporcionalidad, que debe sustentar todas las decisiones dentro del juicio de pérdida de investidura, invita a analizar **i)** que la medida (sanción de desinvestidura) sea adecuada para satisfacer el interés perseguido por el Constituyente (idoneidad), esto es, que se cumpla con los principios medulares del ejercicio de la función pública de la que está investido un congresista, como son: la dignidad, transparencia, eficacia e imparcialidad en todos los actos o actuaciones durante su periodo constitucional⁹⁸, **ii)** que se trate de la medida menos lesiva al derecho político del enjuiciado, esto es, que la sanción a imponer no puede sustentarse sólo en un objetivo ejemplarizante si esto implica la negación de los derechos políticos del mismo [llámese violación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 40 de la Constitución] y **iii)** que se justifique, en un análisis de ponderación⁹⁹, que la importancia de la satisfacción que se persigue con la imposición de la sanción de desinvestidura es mayor que el grado de afectación del derecho político al sufragio pasivo del congresista enjuiciado (proporcionalidad en estricto sentido), con base en los siguientes criterios: a) gravedad de la conducta o comportamiento; b) implicaciones para

Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); "El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración", en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

⁹⁸ Constitución Política. Artículo 209; cuyo desarrollo se encuentre, entre otras, en el artículo 3° de la Ley 489 de 1998.

⁹⁹ La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro". ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epilogo). 2° edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

la vulneración de la dignidad de la investidura, c) negación o descomposición del principio democrático e d) intensidad temporal y material de la conducta realizada y que representa un impacto sustancial y relevante para el ejercicio de la investidura.

Estas consideraciones de proporcionalidad en el juicio de pérdida de investidura llevan a sostener que en los casos donde se valore como levísima o leve la conducta desplegada por el congresista enjuiciado no habrá lugar a considerar la imposición de la sanción prevista por el constituyente (la desinvestidura) pues salta de bulto de desproporcionalidad entre una sanción severa, intemporal a un derecho humano fundamental político y la significación y el grado de afectación de la conducta enjuiciada.

Contrario sensu si el Juez, luego de un análisis ponderado llega a colige que está en presencia de un obrar grave o gravísimo del congresista demandado, no habrá duda del merecimiento del castigo que prevé el ordenamiento jurídico, pues en tal caso sí puede estructurarse una situación de proporcionalidad sanción y la conducta que motivó su interposición.

1.3.- Conclusión

Se trata de una propuesta funcional y proporcional de la institución de la pérdida de investidura que reconoce que en cualquier tipo de juicio sancionatorio es indispensable conjugar elementos valorativos con relevancia jurídica para la atribución de responsabilidad. Ello se traduce en que **a)** la estructuración de una causal de pérdida de investidura demanda dos ejercicios valorativos: un ejercicio objetivo de constatación fáctica de los supuestos de la causal y otro donde se valora subjetivamente la conducta a fin de verificar si ésta le es atribuible al congresista a título de dolo, siendo sólo esta modalidad la admitida en el ordenamiento constitucional; por otra parte, **b)** un juicio de valor que recae sobre la entidad de la conducta, de modo tal que son merecedoras de la sanción de desinvestidura aquellos comportamientos que por su trascendencia, modalidad, impacto o relevancia se configuren objetivamente como graves o gravísimos.

En términos esquemáticos la propuesta de análisis es del siguiente tenor:

Esquema de valoración funcional y proporcional de la pérdida de investidura		
Tipicidad de la causal de pérdida de investidura		Proporcionalidad de la sanción
Imputación objetiva de la causal.	Imputación subjetiva de la causal a título de dolo.	Valoración, con parámetros objetivos, de la gravedad de la conducta. Conductas graves y gravísimas son merecedoras de la sanción de desinvestidura, al existir proporcionalidad entre el acto (u omisión) y la sanción impuesta.

2.- Caso concreto.

En el caso que ocupó la atención de la Sala, el actor invocó la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades, dispuesta en el artículo 183.1 de la Constitución Política, puntualmente al “*régimen de conflicto de intereses*”.

En el caso que ocupó la atención de la Sala se verifica que no se configuró, si quiera, los elementos fácticos estructuradores de la causal de *violación al régimen de conflicto de intereses*, pues, a juicio del fallo, no se probó el interés directo, particular y actual ni un beneficio real y autónomo (fls 40-43 del fallo).

Sin embargo, desde ya se debe dejar por sentado que los elementos del juicio de pérdida de investidura no se contraen a la constatación de los aspectos objetivos de la causal, pues – como se ha afirmado a lo largo de esta aclaración – se requiere la valoración subjetiva de la conducta a título de dolo y, además, en el ámbito de la proporcionalidad, juzgar la graduación de la conducta cometida por el congresista, pues si ella corresponde a comportamientos graves o gravísimos. Sólo de esta manera se garantizará la vigencia de los principios convencionales y constitucionales al interior de este procedimiento especial creado por el constituyente para la depuración de costumbres políticas malsanas de los congresistas.

En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto,

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ACLARACION DE VOTO

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03169-00(PI)

Actor: LUIS JESÚS BOTELLO GOMEZ

Demandado: WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA

Referencia: ACLARACION DE VOTO – DANILO ROJAS BETANCOURTH.

Con el acostumbrado respeto, me permito manifestar mi discrepancia con algunas de las motivaciones incluidas por la Sala en la sentencia del 20 de octubre de 2015, por medio de la cual se decidió mantener la investidura del congresista Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza, pues considero que resultan innecesarias y problemáticas las consideraciones efectuadas en relación con la causal de impedimento que se configuraría en cabeza del congresista demandado, por el hecho de haber participado en la elección del nuevo Contralor General de la República a pesar de que actualmente se tramita en la entidad de control, un proceso de responsabilidad fiscal en contra del representante a la Cámara accionado. Los motivos de mi desacuerdo con tales argumentaciones, son los siguientes:

1. Lo primero que debe aclararse es que se comparte la decisión de mantener la investidura del congresista demandado, comoquiera que éste, cuando se iba a realizar la votación correspondiente a la elección del Contralor General de la República, manifestó el impedimento fundado en que estaba pendiente de decisión del proceso de responsabilidad fiscal que se estaba tramitando en la entidad que sería regentada por el cargo materia del proceso electoral. Dicha situación, de conformidad con la jurisprudencia citada en la sentencia de cuya argumentación parcialmente me aparto, era suficiente para denegar la solicitud de pérdida de investidura, pues uno de los requisitos indispensables y concurrentes para que se entienda

configurada la causal de conflicto de intereses, es que el representante o senador demandado no haya formulado el correspondiente impedimento. En este punto consideramos, como se dice en el fallo, que el congresista demandado no podía marginarse de la votación una vez que le fue denegado el impedimento, comoquiera que los congresistas a los que se les resuelve negativamente una solicitud de ser apartados de la sesión –lo que incluye también los eventos de recusación–, se encuentran obligados a participar en la misma, lo cual es un aspecto que no puede ser dejado al fuero interno de los integrantes del parlamento.

2. Ante la anterior comprobación, resultaba irrelevante preguntarse si “... *¿Al representante Wilmer Ramiro Carrillo le existía un interés directo, particular y actual, en la elección del Contralor General de la República? ¿Había en su actuación una razón subjetiva que le impidiera una decisión ecuánime y desinteresada, de acuerdo a la exigencia normativa? ¿De la elección del funcionario derivaría un provecho o utilidad en su beneficio? ¿El beneficio era real y autónomo?...*” (pág. 38 de la sentencia); pues resultaba suficiente verificar que el congresista demandado había manifestado el correspondiente impedimento.

3. Sobre el mismo punto, no se comparte la cita que se hace de la sentencia del 23 de marzo de 2010 –C.P. Hugo Bastidas– (página 37, nota al pie n.º 61), en donde se afirma que no habría conflicto de intereses en los congresistas que votaron para la elección del Procurador General de la Nación que, al mismo tiempo, tuvieran una investigación pendiente en el organismo de control pues, según se dijo en el mencionado fallo, los congresistas estarían actuando a través de un voto secreto, en procura del interés general, y el Procurador electo, por su parte, no es agente de los congresistas que lo eligieron. Creemos que con esa línea de argumentación puede llegar a abrirse la puerta al intercambio de votos por favores de parte del funcionario electo, en lo cual el voto secreto no suele ser un mecanismo suficiente para evitar ese tipo de contubernios. Si prosperara ese modo de razonar, como parece que ocurrió en los *obiter dicta* expresados en la sentencia adoptada

el 20 de octubre de 2015, sería como afirmar que no se presenta el conflicto de intereses en ninguna votación secreta, lo cual es contraevidente.

4. Acerca de este mismo aspecto, en la sentencia mayoritariamente aprobada se dijo que, para efectos de evidenciar el conflicto de intereses, sería necesaria la demostración de un acuerdo entre el congresista y el aspirante a ser elegido en determinada votación (pág. 42), lo que a mi juicio implica un hecho de demostración casi imposible, que a su vez puede hacer nugatorio el mecanismo ciudadano de la pérdida de investidura frente a otros casos en los cuales el representante o senador se haya abstenido de expresar el correspondiente impedimento, que no es lo que ocupó la atención de la Sala en el caso de la referencia.

5. En los anteriores términos quedan expresadas las razones de mi desacuerdo con algunas de las consideraciones expuestas en la sentencia del 20 de octubre de 2015, cuyas decisiones acompañó plenamente.

Atentamente,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Fecha *ut supra*

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ACLARACION DE VOTO

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03169-00(PI)

Actor: LUIS JESÚS BOTELLO GOMEZ

Demandado: WILMER RAMIRO CARRILLO MENDOZA

Referencia: ACLARACION DE VOTO – STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Aunque estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, en el sentido de que el congresista demandado no debe perder su investidura, me veo obligada a aclarar mi voto en cuanto me parece que para fundamentar el fallo habría sido suficiente sostener –como se hace en el folio 46 de la providencia– que el *“Representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza manifestó su impedimento para participar en la elección del Contralor General de la República, [razón por la cual] no puede imputársele violación al régimen de conflicto de intereses, toda vez que cumplió con lo previsto en los artículos 291 y 292 de la Ley 5ª de 1999”*.

En pocas palabras, los largos párrafos incluidos en los folios 42 a 43 de la sentencia, en lugar de arrojar luces sobre la materia, oscurecen, confunden y están de más, precisamente porque, como la propia sentencia lo reconoce, constituyen meras hipótesis –no abordadas, discutidas ni aprobadas en Sala– las cuales, como se podrá constatar enseguida, no tienen nada que ver, ni se relacionan –directa o indirectamente– con lo finalmente decidido que quedó resumido en el folio 46 de la sentencia y que transcribí en el párrafo anterior.

“Ahora bien, en el hipotético caso de que el Contralor General conociera por competencia el proceso de responsabilidad contra el aquí accionado, el beneficio o provecho por participar y o votar en su elección, no es directo ni autónomo, como tampoco inmediato, porque para su intervención es necesario que se produzcan varios actos anteriores por parte de otro u otros funcionarios, quienes primeramente deben definir la responsabilidad fiscal del investigado, teniendo en cuenta diversas actuaciones que se soportan en hechos, pruebas y presupuestos legales para llegar a proferir una providencia favorable o desfavorable, vale decir, que no depende de la voluntad o de los intereses del servidor

público, sino de lo que se demuestre en el proceso. Idéntico proceso volitivo debe seguir el Contralor General si finalmente debe resolver la alzada contra una decisión desfavorable para el investigado, quien también debe ceñirse a lo probado y a las normas que regulan la material, lo que significa que su actuación es reglada y no libre y discrecional. // Al marco legal de sujeción, se suma que el voto para la elección del alto funcionario fue secreto, lo que indica que no hay certeza de si el presentante Carrillo Mendoza votó finalmente por quien fue electo. // todo lo dicho indica que para el surgimiento indefectible del interés directo, tendría que demostrarse un compromiso personal entre las dos partes –elector y elegido– que evidenciara un resultado positivo a sus intereses, circunstancia que llevaría sin duda a la desinvestidura solicitada, pero que no es el caso concreto por ausencia total de prueba. // En complemento del argumento desestimatorio como sostuvo la Sala Plena, existe una obligación constitucional del representante en tanto miembro del Congreso de la República que es, para elegir al Contralor General, lo cual consulta el interés general a cual está obligado a responder, que sumado a la autonomía funcional de ese dignatario respecto del cuerpo colegiado solo se comporta como nominador y controlador político, pero nunca como ‘una especie de instancia directiva de los destinos...’ de la Contraloría General de la República, porque no es un ‘... agente delegado, dependiente, adscrito o vinculado ni al Senado ni al Congreso de la República, análisis que le confiere a la Sala, como se dijo, la certeza de que no existió interés directo, particular y actual, ni tampoco un beneficio real y autónomo, por parte del representante Wilmer Ramiro Carrillo Mendoza al participar en la elección del Contralor General de la República, respondiendo así a las preguntas delineadas al inicio de este capítulo”.

En consecuencia, puesto que el congresista demandado se declaró impedido y su impedimento fue declarado infundado, la única posibilidad congruente con el ordenamiento jurídico era que participara en la elección del Contralor General de la República. Así las cosas, los largos párrafos que introducen otras hipótesis supuestamente orientadas a fundamentar la parte resolutive de la providencia, resultan por entero superfluos, al margen –se repite– de que tampoco fueron discutidos, ni aprobados por la Sala Plena.

En los términos que anteceden dejo sentados los motivos que tengo para aclarar mi voto.

Fecha *ut supra*

Stella Conto Díaz del Castillo