

PERDIDA DE INVESTIDURA – Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades / VIOLACION DEL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Por haber dado lugar, como servidor público, a que el Estado fuese condenando al pago de una reparación patrimonial

Del contenido de la inhabilidad prevista en el precitado artículo 122 de la Carta Política se desprende que para su configuración es necesario que concurren los siguientes elementos: (i) que el Estado haya sido condenado patrimonialmente, y (ii) que dicha condena patrimonial se predique de la conducta de un servidor público, calificada como dolosa o gravemente culposa por una sentencia judicial ejecutoriada. (...) Está, entonces, acreditado el primero de los elementos necesarios para que se configure la inhabilidad, es decir la existencia de una condena patrimonial, derivada de los referidos fallos judiciales en los que fue condenada la Fiscalía a pagar al señor Baquero Namén los salarios y prestaciones dejados de percibir con motivo de su insubsistencia. 6.1.2.3. Que la condena sea producto de una conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada. El segundo elemento constitutivo de la inhabilidad NO está acreditado, en efecto: a) Si bien es cierto se encuentra demostrado que el Estado fue condenado en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho arrimado a este plenario, no existe en el expediente elemento de prueba alguno que otorgue certeza de que dicha condena se debió a la conducta dolosa o gravemente culposa de la demandada. En efecto, las aludidas providencias que declaran la responsabilidad patrimonial del Estado no hacen ningún tipo de calificación de la conducta de la señora Morales Hoyos, y en ese sentido se limitan a estudiar la legalidad del acto administrativo que dispuso la insubsistencia de un nombramiento, sin que en aquel proceso se diera participación alguna de la aquí demandada. b) Tampoco se acredita la inhabilidad por el hecho de que la condena impuesta a la Fiscalía General de la Nación se haya fundado en la desviación de poder con que se profirió el acto acusado, toda vez que ello no conduce a demostrar con certeza que el Estado fue condenado patrimonialmente por la conducta dolosa o gravemente culposa de la senadora. Al respecto se impone aclarar que una cosa es que la desviación de poder haga presumir el dolo del funcionario que expidió el acto para efectos de ejercer la acción de repetición, y otra que exista una sentencia judicial que declare expresamente que el Estado fue condenado por la conducta dolosa o gravemente culposa de dicho servidor público. En el primero de los casos se hace alusión a la regla contenida en el artículo 5 numeral 1 de la Ley 678 de 2001 que hace presumir el dolo cuando el agente público haya obrado con desviación de poder, mientras que el requisito constitutivo de la inhabilidad del inciso final del artículo 122 de la Constitución requiere la existencia de una sentencia judicial que de manera clara e inequívoca indique que la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público llevó a la condena en contra del Estado. c) Como puede verse, la demanda carece de argumentos fácticos y jurídicos serios que comprometan la investidura de la demandada en lo que tiene que ver con la supuesta violación al régimen de inhabilidades, toda vez que no se allegó ni se pidió decretar prueba alguna tendiente a demostrar la existencia de *una sentencia judicial ejecutoriada en la que se afirmara que el Estado fue objeto de una condena patrimonial producto de una conducta dolosa o gravemente culposa* de la entonces Fiscal, Viviane Aleyda Morales Hoyos, lo cual es apenas elemental entratándose de enrostrar, por esa causa, la inhabilidad que contempla el último inciso del artículo 122 superior.

PERDIDA DE INVESTIDURA – Trafico de influencias / TRAFICO DE INFLUENCIAS – Presupone que se haya antepuesto la calidad de congresista, y por tanto, no es posible que se configure esta causal antes de que el demandado ostentase la calidad de congresista

El actor señaló también como violado el numeral 5 del Artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, causal de pérdida de investidura por “tráfico de influencias debidamente comprobado”, cargo que se limitó a transcribir sin argumentar ningún hecho, ni allegar ningún elemento probatorio. No obstante, la Sala analizará el cargo con el objeto de reiterar los elementos constitutivos de la causal. (...) En el presente asunto es evidente que los hechos que dan lugar a la solicitud de pérdida de investidura ocurrieron cuando Viviane Aleyda Morales Hoyos era Fiscal General de la Nación y no ostentaba la calidad de congresista. En efecto, los supuestos fácticos que fundamentan la demanda se encuentran referidos a la época en la cual la demandada fungía como Fiscal General de la Nación, al punto tal de que el acto administrativo cuya nulidad fue declarada por el Tribunal Administrativo del Magdalena data del 24 de febrero de 2011 y fue proferido por la doctora Morales Hoyos en dicha calidad, mientras que su elección como congresista se remonta al 17 de julio 2014, fecha en la cual el Consejo Nacional Electoral profirió el acto de elección correspondiente. En consecuencia y sin que sean necesarias mayores disquisiciones, la Sala encuentra que este cargo carece de fundamentos argumentativos y de base probatoria, a lo que se suma que la causal de tráfico de influencias es, en este caso, de imposible ocurrencia, comoquiera que se encuentra sustentada en hechos que acaecieron cuando la parte accionada carecía de la calidad de congresista, lo cual resulta suficiente para declarar impróspera esta causal y despachar desfavorablemente la solicitud de pérdida de investidura por tráfico de influencias.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 183 / LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 296

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01462-00(PI)

Actor: EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ

Demandado: VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS

Decide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado la demanda de **pérdida de investidura** presentada por el ciudadano EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ en contra de la Senadora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS.

1.- LA DEMANDA

1.1.- Pretensiones:

En la demanda se formulan las siguientes:

*“1.- Que se declare o se decrete la pérdida de la investidura de Congresista de la señora **VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS**, Senadora de la República por la circunscripción nacional.”*

“2.- Que se comuniquen la sentencia, tanto al señor Ministro del Interior y Justicia, como al Consejo Nacional Electoral.”

1.2.- Fundamentos de hecho:

Los hechos que sirven de fundamento a la demanda son, en síntesis, los siguientes:

1.2.1.- Que Viviane Aleyda Morales Hoyos fue elegida Fiscal General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia el día once (11) de diciembre de 2010.

1.2.2.- Que siendo Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento de varios servidores públicos.

1.2.3.- Que según informes de prensa de la emisora radial La F.M. de la Cadena RCN, la Fiscalía fue condenada por el referido despido masivo de funcionarios, de lo cual da cuenta la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta. En dicha providencia se ordenó reintegrar a William Baquero Namén en el cargo de Director de Fiscalías Seccional Santa Marta, proceso en el cual la delegada del Ministerio Público solicitó que se iniciara acción de repetición contra Viviane Aleyda Morales Hoyos, quien, en su calidad de Fiscal General de la Nación, expidió los actos administrativos anulados.

1.2.4.- Que es importante destacar que Baquero Namén es primo de William Namén Vargas, quien siendo Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se opuso a la modificación del reglamento de la Corte, modificación que a la postre permitió la elección de Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación.

1.2.5.- Que todo lo anterior muestra que la Senadora cuya investidura se demanda incurrió en tráfico de influencias y violación al régimen de inhabilidades por desconocimiento de lo previsto en el artículo 122 de la Constitución Política.

1.3.- Fundamentos de Derecho.-

El actor afirma que con las conductas transcritas fueron violados: El artículo 122 inciso final y numerales 1º y 5º del Artículo 183 de la Constitución Política, y el numeral 1º del Artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, normas que regulan la pérdida de investidura de los Congresistas por violación del régimen de inhabilidades y tráfico de influencias.

El actor señaló también como violado el numeral 5 del Artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, causal de pérdida de investidura por “*tráfico de influencias debidamente comprobado*”, cargo que se limitó a transcribir sin argumentar ningún hecho, ni allegar ningún elemento probatorio.

2.- EL PROCESO

2.1. La demanda fue presentada personalmente por el actor en la Secretaría General del Consejo de Estado.¹

2.2. El Magistrado sustanciador, por auto admisorio fechado el 2 de junio de 2015, admitió la demanda, ordenó que le fuera notificado personalmente a la demandada y le puso de presente el plazo de que disponía para manifestarse sobre la solicitud de pérdida de investidura.²

¹ Folios 1 a 5 del cuaderno principal. La demanda fue presentada personalmente por el actor, quien exhibió la CC 78.016.832 de Cereté, el día 27 de mayo de 2015.

² Folios 38 – 39 del cuaderno principal Auto de fecha 2 de junio de 2015.

2.3. El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado, en nombre del Ministerio Público, fue debidamente notificado de la admisión de la demanda.³

2.4. La demanda no fue contestada.

2.5. El Magistrado Sustanciador dictó el auto de pruebas de fecha 17 de julio de 2015⁴.

2.6. Las pruebas fueron recaudadas.

2.7. La audiencia pública de pérdida de investidura fue debidamente convocada y se llevó a cabo -sin la presencia del actor- con asistencia de la demandada, de su apoderado y del Ministerio Público⁵, al final de la audiencia la demandada y el ministerio público dejaron por escrito sendos resúmenes de sus intervenciones.⁶

3.- PRUEBAS

Durante el proceso, fueron decretadas y recaudadas todas las pruebas solicitadas:

3.1. Allegadas con la demanda:

3.1.1.- Copia autentica de la Resolución No. 3006 de 17 de julio de 2014, proferida por el Consejo Nacional Electoral⁷, *“por medio de la cual se declara la elección del Senado de la República para el período 2014-2018 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales”*.

3.1.2.- Impreso o pantallazo de la consulta de procesos de fecha 24 de marzo de 2015, en la que se muestra la existencia del proceso 4700133100120130044001, en el cual el Tribunal Administrativo del Magdalena profirió sentencia confirmando la providencia del Juez Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta que accedió a las pretensiones de la demanda de

³ Folio 41 del cuaderno principal. El 9 de junio de 2015.

⁴ Folios 43 - 44 del cuaderno principal Auto de fecha 17 de julio de 2015,

⁵ Folios 96 – 98 del cuaderno principal. La audiencia pública fue realizada el 15 de septiembre de 2015.

⁶ Procuraduría folios 100 a 106. Apoderado demandada fls. 107-118.

⁷ Folios 6 - 18

nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por William Baquero Namén contra la Fiscalía General de la Nación.⁸

3.1.3.- Copia de varias noticias emitidas por distintos medios de comunicación⁹, en las cuales se informa de la condena impuesta a la Fiscalía General de la Nación en el proceso antes mencionado, promovido por William Baquero Namén, en las que se resaltan el hecho de que el Juez encontró probada la causal de desviación de poder¹⁰ y la solicitud del agente del Ministerio Público quien, en su alegato de conclusión, pidió que se iniciara acción de repetición contra Viviane Aleyda Morales Hoyos.¹¹

3.2.- Pruebas solicitadas a petición de la parte actora.

3.2.1.- El expediente judicial con radicado 47 001 33 31 001 2013 00440 01, tramitado por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, en el cual fungió como parte demandante William Baquero Namén¹².

El Juzgado respondió esta solicitud, remitiendo el expediente que consta del cuaderno principal y seis (6) anexos.¹³

3.2.2.- La copia auténtica de los documentos que dan cuenta del cumplimiento del fallo proferido en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho antes referido (Radicación 47 001 33 31 001 2013 00440 01).

3.2.3.- Comunicación de la Fiscalía General de la Nación en la que informa que no ha dado cumplimiento al fallo que puso fin al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 47 001 33 31 001 2013 00440 01, dado que, según su criterio, le es imposible hacerlo.¹⁴

⁸ Folios 19-20

⁹ Folio 21-34

¹⁰ A folio 579 del expediente: “...la Sala encuentra configurada la causal de desvío de poder alegada por el demandante (...)”

¹¹ La Procuradora Judicial que fungió como agente del Ministerio Público, encontró debidamente acreditados los presupuestos para iniciar la acción de repetición. Sin embargo el Tribunal Administrativo del Magdalena no se pronunció sobre el particular.

¹² Fueron allegados al expediente en calidad de préstamo siete (7) cuadernos contentivos del radicado 47 001 33 31 001 2013 00440 01.

¹³ Radicado 47 001 33 31 001 2013 00440 01

¹⁴ Folios 56 - 69.

3.3. Análisis del acervo probatorio.-

En síntesis, está acreditado en el expediente:

3.1. La calidad de ciudadano colombiano del actor.

3.2. La calidad de Senadora de la demandada.

3.3. La existencia de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho (actor William Baquero Namén vs. Fiscalía General de la Nación), en el cual se anuló el acto administrativo que declaró la insubsistencia de William Baquero Namén y se condenó a la demandada a reintegrarlo y a pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir (sentencia del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta y sentencia del Tribunal Administrativo de Magdalena que resolvió la apelación).

3.4. La difusión que hicieron algunos periódicos con respecto a la orden de reintegro de WILLIAM BAQUERO NAMÉN como Director Seccional de Fiscalías en el Departamento del Magdalena.

4.- LA AUDIENCIA PÚBLICA

El 15 de septiembre de 2015, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo celebró la Audiencia Pública establecida en la Ley 144 de 1994, con la presencia y participación de la demandada, su apoderado y del señor agente del Ministerio Público, quienes intervinieron en el orden legalmente establecido.¹⁵

4.1.- Intervención del Ministerio Público.

Luego de hacer un breve relato de lo acontecido en el proceso, de resumir la postura asumida por las partes y de referirse de manera sucinta a los elementos necesarios para configurar las causales de pérdida de investidura señaladas en la demanda, el Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de

¹⁵ Como ya se anotó, el demandante no concurrió a la audiencia.

Estado afirmó que, a juicio del Ministerio Público, debían denegarse las pretensiones de la demanda, exponiendo al efecto las siguientes consideraciones:

4.1.1. Que la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo No. 01 de 2009, se predica de aquellos servidores públicos que hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por delitos referidos al patrimonio del Estado o por su pertenencia a grupos armados ilegales, así como de aquellos que con su conducta dolosa o gravemente culposa, calificada por sentencia ejecutoriada, hayan dado lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial.

4.1.2. Que en lo relativo a la sentencia que califique la conducta del servidor público como dolosa o gravemente culposa, el Consejo de Estado, siguiendo la línea jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional, ha señalado que dicha sentencia debe ser de carácter penal, interpretación que no comparte el Ministerio Público en atención a que la interpretación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición en la que se funda tal tesis jurisprudencial, debe ser interpretada en conjunto y de manera armónica con las normas de derecho interno, siendo posible que los distintos Estados impongan restricciones al ejercicio de derechos políticos siempre que sean proporcionadas y razonables.

4.1.3. Que la causal referida al tráfico de influencias se configura, según lo ha fijado reiteradamente esta Corporación, al reunirse los siguientes requisitos: (i) la calidad de Congresista de la persona que ejerce la influencia, (ii) la invocación de dicha calidad al momento de ejercer la influencia, (iii) la circunstancia de recibir, hacer, dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, salvo las excepciones previstas en la Ley 5ª de 1992 y (iv) obtener beneficios del servidor público bajo cuyas funciones esté o vaya a estar el asunto respecto del cual el Congresista influye.

4.1.4. Que bajo los anteriores razonamientos resulta claro que, en este caso, es imposible decretar la pérdida de investidura, dado que no hay sentencia judicial que califique que la condena impuesta a la Fiscalía General de la

Nación se dio como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de la entonces Fiscal -hoy Senadora- y que la supuesta influencia ejercida por ella lo fue siendo Fiscal General y no congresista, elemento necesario para estructurar el tráfico de influencias.¹⁶

4.2.- Intervención de la demandada y de su apoderado.

4.2.1. La hoy senadora de la República, Viviane Aleyda Morales Hoyos, hizo uso de la palabra para manifestar que al desempeñarse como Fiscal General de la Nación dispuso de los cargos de libre nombramiento y remoción con estricto apego a la ley, teniendo en cuenta la nominación de personas que se encontraban en el régimen de carrera y evitando nombramientos que pudieran ser cuestionados por alguna eventual relación de los nombrados con algún sector político. Agregó que es importante tener en cuenta que contra de la providencia que puso fin al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por William Baquero Namén cursa una acción de tutela en el Consejo de Estado, y que la actuación del demandante en este proceso de investidura es a todas luces temeraria.

4.2.2. El apoderado de la demandante, por su parte, señaló que el hecho de que el Tribunal Administrativo del Magdalena haya declarado nulo el acto de insubsistencia del cargo que ostentaba William Baquero Namén en la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Marta, no da pie a que se configure la causal de inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Constitución Política, ya que en dicha providencia no se califica la conducta de la Senadora. Además, la Corte Constitucional ha señalado que, para la ocurrencia de la aludida inhabilidad, se requiere que la calificación de la conducta se de en una sentencia proferida en un juicio de carácter penal, lo cual hace aún más improbable que prosperen las prensiones del actor.

4.2.3. Indicó igualmente que tampoco se probó la causal de tráfico de influencias ya que los hechos a los que se refiere la parte actora acontecieron cuando la demandada era fiscal y no congresista. Finalmente pone de presente el oficio remitido al proceso por la Fiscalía General en el que se advierte que

¹⁶ Folios 100 a 106 del cuaderno principal.

las providencias judiciales que declararon la nulidad del acto de insubsistencia incurren en defecto fáctico y sustantivo por lo cual es imposible su acatamiento.

4.2.4. Solicita a la Corporación sancionar al actor, por su actuación evidentemente temeraria y constitutiva de mala fe.

4.3. El actor.-

Presentó extemporáneamente un escrito reiterando los argumentos de la demanda¹⁷ al cual adjuntó excusa médica por no haber podido asistir a la audiencia pública realizada el 15 de septiembre del año en curso.¹⁸

5.- DECISIÓN

Al no observar la Sala una causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a decidir el asunto *sub examine*, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

5.1.- Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de las solicitudes de pérdida de investidura de los Congresistas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 183, 184 y 237-5 de la Constitución Política, 1º de la Ley 144 de 1994 y 37-7 de la Ley 270 de 1996.¹⁹

5.2.- Legitimación.-

5.2.1. Legitimación por activa.-

¹⁷ Fls 120 y 121

¹⁸ Fls 122123.

¹⁹ La Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), Artículo 37 dispone que “La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: ... 7. Conocer de los casos de la pérdida de investidura de los Congresistas, de conformidad con la Constitución y la ley. Las sentencias que ordenen la pérdida de la investidura deberán ser aprobadas por los miembros de la Sala Plena y por las causales establecidas taxativamente en la Constitución.”

De la calidad de ciudadano se derivan los derechos políticos que, en concordancia con los artículos 40, 98, 99 y 184 de la Carta y con la Ley 144 de 1994²⁰, legitiman “a cualquier ciudadano” -entre otras cosas- a solicitar la pérdida de investidura de un congresista,²¹ como sucede en este caso.

Está probado en el expediente que el actor, Eduardo Carmelo Padilla Hernández, es ciudadano colombiano, identificado con la cédula de ciudadanía No.78.016.832 de Cereté.²² Su calidad de nacional lo legitima para actuar como parte activa en este proceso.

5.2.2. Legitimación por pasiva.-

La Carta Política establece que “*El Congreso de la República está integrado por el Senado y la Cámara de Representantes*”.²³ El artículo 1º de la Ley 144 de 1994 le asigna al Consejo de Estado la competencia para conocer de “*los procesos relativos a la pérdida de la investidura de los **Congresistas***” (resaltado ajeno al texto).

Está acreditado en el expediente que Viviane Aleyda Morales Hoyos fue elegida Senadora para el período constitucional 2014-2018²⁴, según consta en la copia autentica de la Resolución No. 3006 de 2014, proferida por el Consejo Nacional Electoral, “*por medio de la cual se declara la elección de Senado de la República para el período 2014-2018 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales*”²⁵.

Si bien no obra en el expediente prueba de su posesión como senadora, no puede perderse de vista que en poder por ella otorgado a su apoderado y en las actuaciones adelantadas por éste en el curso del proceso, se invocó la

²⁰ La Ley 144 de 1994 ordena: “*Artículo 1º.- El Consejo de Estado conocerá y sentenciará en única instancia los procesos relativos a la pérdida de la investidura de los Congresistas a solicitud de (...) cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución.*”

²¹ Folios 8 y 9.-

²² Folio 5.-

²³ Inciso segundo del Artículo 114 de la Carta .-

²⁴ Folio 12 vuelto.-

²⁵ Folios 6-18 del cuaderno principal

mencionada calidad, todo lo cual la legitima para actuar como parte pasiva en este proceso.

5.3. Problema jurídico.-

El problema jurídico que convoca la atención de la Sala consiste en determinar si la hoy Senadora Viviane Aleyda Morales Hoyos²⁶, incurrió en una de las causales de pérdida de investidura, invocadas en la demanda,²⁷ al haber proferido -cuando era Fiscal General de la Nación- el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento de William Baquero Namén como Director Seccional de Fiscalías²⁸, teniendo en cuenta que tal acto fue declarado nulo por sentencia del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta del 18 de marzo de 2014²⁹, la cual fue posteriormente confirmada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia del 18 de octubre de 2014,³⁰ providencias en las cuales se ordenó además, a título de restablecimiento del derecho, el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del retiro y hasta cuando se produjera su reintegro, así como la cancelación de los aportes a los organismos de seguridad social.

De conformidad con el inciso final del artículo 122 de la Carta, en concordancia con los artículos 183 (numerales 1 y 5) y 184 de la Constitución Política, y con los numerales 1 y 5 del Artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, debe establecer si es del caso decretar o no la pérdida de su investidura de Senadora.

De otra parte, el actor señaló como causal de pérdida de investidura, “*el tráfico de influencias debidamente comprobado*” (Art.296 numeral 5 de la Ley 5ª de 1992), sin fundamentar este cargo.

²⁶ Folios 6 - 18

²⁷ El actor afirma que con las conductas transcritas fueron violados: El artículo 122 (inciso) parte final y numerales 1º y 5º del Artículo 183 de la Constitución Política, y los numerales 1º y 5º del Artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, normas que regulan la pérdida de investidura de los Congresistas por violación del régimen de inhabilidades y Tráfico de influencias debidamente comprobado.

²⁸ La hoy senadora, obrando como Fiscal General de la Nación, expidió la Resolución núm. 0-0419 de 24 de febrero de 2011, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de William Baquero Namén como Director Seccional de Fiscalías de Santa Marta (Ver folio 1 del cuaderno principal del expediente radicado bajo el núm. 47001333100420130011601, allegado al presente proceso en calidad de préstamo).

²⁹ Folios 497 a 535 del cuaderno principal del expediente núm. 47001333100420130011601, allegado al presente proceso en calidad de préstamo.

³⁰ Folios 559 a 579 ibídem.

5.4. Metodología.

Para estudiar el presente asunto se debe verificar si los hechos aducidos por el actor están debidamente probados en el expediente, esto es, si a la luz de postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales se encuentran debidamente configurados los supuestos tipificados como causales jurídicas de pérdida de investidura y si los hechos invocados tienen sustento probatorio.

5.5. Consideración inicial.-

El ordenamiento jurídico contempla un estricto régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas, tendiente a garantizar, por una parte, que el ejercicio del poder político derivado de su alta investidura se haga con apego a la moralidad y en la forma digna que ello demanda y, de otra, evitar que la investidura congresional sea utilizada en favor de los parlamentarios y en detrimento de los demás ciudadanos, atentando contra la igualdad democrática. En síntesis, los asuntos sometidos a su cargo o que ellos requieran, no deben ser tratados con preferencia o prelación en razón de su investidura.

6.- CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA INVOCADAS.-

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario entrar a establecer cuáles son los elementos que configuran cada una de las causales invocadas en la demanda y verificar si estos se encuentran o no acreditados en el expediente a fin de resolver el problema jurídico.

6.1.- Violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades por estar incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 122 inciso final de la C.P.

6.1.1. Fuente normativa.-

Esta causal se encuentra prevista en el artículo 183 numeral 1 de la Carta Política. A su vez, la supuesta inhabilidad alegada está consagrada en el

artículo 122 último inciso de la Constitución ibíd., normas que a la letra disponen:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“Artículo 183. Los Congresistas perderán su investidura:

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

“Artículo 122. (...) Modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, (SIC) con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.” (Negrilla fuera de texto).

6.1.2. Elementos constitutivos de la causal.-

Del contenido de la inhabilidad prevista en el precitado artículo 122 de la Carta Política se desprende que para su configuración es necesario que concurren los siguientes elementos: (i) que el Estado haya sido condenado patrimonialmente, y (ii) que dicha condena patrimonial se predique de la conducta de un servidor público, calificada como dolosa o gravemente culposa por una sentencia judicial ejecutoriada.

6.1.2.1. Condena patrimonial al Estado.

El primer elemento constitutivo de la inhabilidad está acreditado en el expediente, en efecto:

a) Se advierte que dentro de las pruebas allegadas al expediente se encuentra el expediente del proceso 47-001-2331-002-2013-00440-00, promovido por el señor William Baquero Namén, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA, contra la Fiscalía General de la Nación.

b) Según se aprecia a folios 1 a 54, la demanda tenía por objeto que se declarara la nulidad de la Resolución No. 0-0419 de febrero 24 de 2011, expedida por la Fiscal General de la Nación, Viviane Aleyda Morales Hoyos, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento de William Baquero Namén como Director Seccional de Fiscalías de Santa Marta, y se ordenara, a título de restablecimiento del derecho, reintegrarlo al cargo que ocupaba o a uno de igual o mayor jerarquía y a pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir con motivo de la insubsistencia.

c) Se observa en el plenario que, luego de surtir el trámite procesal, el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta dictó fallo de primera instancia accediendo a las pretensiones de la demanda, es decir, anuló el acto administrativo y en consecuencia condenó a la Fiscalía General de la Nación a reintegrar al actor y a pagarle los salarios y prestaciones que había dejado de percibir³¹.

d) Obra en el expediente el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la decisión del Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta³²

e) Está también probado que el recurso de apelación de la Fiscalía fue desatado negativamente por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante sentencia de 8 de octubre de 2014³³, en el sentido de confirmar en su integridad la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta.

6.1.2.2. Prueba de la condena contra el Estado.-

³¹ Folios 497 a 536 del cuaderno No. 1 de anexos.

³² Folios 537 a 552 del cuaderno No. 1 de anexos.

³³ Folios 559 a 579 del cuaderno No. 1 de anexos.

Está, entonces, acreditado el primero de los elementos necesarios para que se configure la inhabilidad, es decir la existencia de una condena patrimonial, derivada de los referidos fallos judiciales en los que fue condenada la Fiscalía a pagar al señor Baquero Namén los salarios y prestaciones dejados de percibir con motivo de su insubsistencia.

6.1.2.3. Que la condena sea producto de una conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada.

El segundo elemento constitutivo de la inhabilidad **NO** está acreditado, en efecto:

a) Si bien es cierto se encuentra demostrado que el Estado fue condenado en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho arrimado a este plenario, no existe en el expediente elemento de prueba alguno que otorgue certeza de que dicha condena se debió a la conducta dolosa o gravemente culposa de la demandada. En efecto, las aludidas providencias que declaran la responsabilidad patrimonial del Estado no hacen ningún tipo de calificación de la conducta de la señora Morales Hoyos, y en ese sentido se limitan a estudiar la legalidad del acto administrativo que dispuso la insubsistencia de un nombramiento, sin que en aquel proceso se diera participación alguna de la aquí demandada.

b) Tampoco se acredita la inhabilidad por el hecho de que la condena impuesta a la Fiscalía General de la Nación se haya fundado en la desviación de poder con que se profirió el acto acusado, toda vez que ello no conduce a demostrar con certeza que el Estado fue condenado patrimonialmente por la conducta dolosa o gravemente culposa de la senadora. Al respecto se impone aclarar que una cosa es que la desviación de poder haga presumir el dolo del funcionario que expidió el acto para efectos de ejercer la acción de repetición, y otra que exista una sentencia judicial que declare expresamente que el Estado fue condenado por la conducta dolosa o gravemente culposa de dicho servidor público.

En el primero de los casos se hace alusión a la regla contenida en el artículo 5 numeral 1 de la Ley 678 de 2001 que hace presumir el dolo cuando el agente público haya obrado con desviación de poder, mientras que el requisito constitutivo de la inhabilidad del inciso final del artículo 122 de la Constitución requiere la existencia de una sentencia judicial que de manera clara e inequívoca indique que la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público llevó a la condena en contra del Estado.

c) Como puede verse, la demanda carece de argumentos fácticos y jurídicos serios que comprometan la investidura de la demandada en lo que tiene que ver con la supuesta violación al régimen de inhabilidades, toda vez que no se allegó ni se pidió decretar prueba alguna tendiente a demostrar la existencia de *una sentencia judicial ejecutoriada en la que se afirmara que el Estado fue objeto de una condena patrimonial producto de una conducta dolosa o gravemente culposa* de la entonces Fiscal, Viviane Aleyda Morales Hoyos, lo cual es apenas elemental entratándose de enrostrar, por esa causa, la inhabilidad que contempla el último inciso del artículo 122 superior.

Además, la sentencia de 8 de octubre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena – Descongestión # 1, es posterior a la inscripción, elección y posesión de la demandada como senadora para el periodo constitucional 2014-2018, y el contenido normativo del último inciso del artículo 122 de la Constitución Política implica la previa existencia del fallo condenatorio en su contra.

e) En cuanto al valor probatorio de las notas periodísticas allegadas con la demanda, la Sala reitera la posición asumida en la sentencia de 14 de julio de 2015 proferida dentro del proceso de pérdida de investidura (SU) 110010315000201400105-00, en la que se dijo:

El valor probatorio de las noticias, opiniones, reportajes, columnas en los diversos medios de comunicación

La Sala Plena Contenciosa debe nuevamente pronunciarse sobre el alcance o valor probatorio de las noticias, opiniones, reportajes, columnas aparecidas en los diversos medios de comunicación, esta vez, para ampliar

la regla que fijó la Sala en la sentencia de 29 de mayo de 2012³⁴, según la cual estas solo pueden “ ... servir como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos.”

Es decir, aquellos solo podían ser apreciados si en conjunto con otras pruebas, se llegaba a la certeza del hecho registrado.

En esta ocasión, la regla del valor probatorio de estos se ampliará para indicar que también se les reconoce este, cuando estemos en presencia de i) hechos notorios y/o públicos y ii) transcriban declaraciones o comunicaciones de servidores públicos.

La regla general que se ha venido aplicando desde 2012 por esta Corporación, señala que los reportajes, fotografías, entrevistas, crónicas, noticias que aparecen en los diversos medios de comunicación tiene valor probatorio si en conjunto con otros medios de prueba, permiten determinar o corroborar hechos alegados en el respectivo proceso.

Por sí solos, entonces, solo sirven para determinar que un hecho se registró, sin que puedan tenerse como prueba de lo que en ellos se dice reproducir³⁵.

El fundamento de dicha regla, estuvo en que ellos, considerados de forma aislada no cumplían ninguno de los requisitos para que se les reconociera valor probatorio, en tanto que lo único que podían probar era el registro de un hecho, pero no la veracidad ni la certeza del mismo³⁶.

Por tanto, las diferentes Secciones o Subsecciones de la Corporación, así como la Sala Plena Contenciosa, de forma unánime y constante, negaron el valor probatorio de aquellos, porque no se podían asimilar a ninguno de los medios de prueba aceptados en el ordenamiento procesal.

Así, por ejemplo, se indicó que las informaciones periodísticas, crónicas, entrevistas, reportajes, fotografías, no podían ser asimilados a un testimonio, por cuanto no cumplían ninguno de los requisitos legales de este, en tanto no eran rendidos ante funcionario judicial –el principio de inmediación no se observaba-, ni frente a ellas se garantiza el principio de contradicción, esencial para el acatamiento del derecho al debido proceso³⁷.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tampoco los admitió como una confesión o declaración de parte, pues, para ello, se requería la ratificación³⁸.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de mayo de 2012. Expediente 110010315000201101378-00. Actor: Jairo Adbeel Ovalle Londoño. Demandados: Bernardo Miguel Elías Vidal y Musa Besaile Fayad. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de junio 6 de 2007. Expediente AP-00029, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

³⁶ Sobre el particular, es importante advertir que a nivel internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, que aquellos no pueden tener un valor probatorio por cuanto “... son emitidas con la finalidad de llamar la atención del lector y así tener oportunidad de obtener una mayor comercialización del periódico en el cual se encuentran insertas; [y que] por ello, la veracidad de tales notas se ve disminuida”. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra nota 24, párr. 146; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, supra nota 44, párr. 25, y Caso Garibaldi Vs. Brasil, supra nota 32, párr. 70. Caso Radilla Pacheco Vs. Estado Unidos Mexicanos.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de marzo 2 de 2006, expediente 16587. Consejera Ponente, Ruth Stella Correa Palacio.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia de Junio 26 de 2008. Expediente. 22453. En el mismo sentido, sentencia de 10 de noviembre de 204. Expediente 18128. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo.

En cuanto a las fotografías, se aceptó que solo podían probar el estado del hecho al momento en que fue tomada, en donde la convicción del juez, entonces, depende de los medios de prueba allegados al proceso, y que permitan, en aplicación de la sana crítica, establecer la veracidad de lo que en ellas se refleja.

El único alcance que la jurisprudencia admitió en relación con las publicaciones en los medios de comunicación es que estos eran documentos, entendidos como los definió el profesor Hernando Devis Echandía “*toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera...*”³⁹.

En ese sentido, los reportajes, fotografías, entrevistas, crónicas que aparecen en los diversos medios de comunicación **son representativos** del hecho que se dice registrar, pero no sirven para probar, **por sí solos**, la existencia de lo que en ellos se plasma, dice, narra o cuenta, pues estos, para que tengan valor probatorio deben ser valorados en conjunto con los medios de prueba allegados al proceso –regla general a partir de 2012-.

Es decir, hasta la fecha se ha diferenciado entre la publicación en sí misma considerada y lo que en ella se divulga, para restarle valor probatorio a lo que en ella se registra sino está acompañada de otros medios probatorios.

Por tanto, el convencimiento del juez frente a la entrevista, la columna o la declaración en el medio, no depende de lo que en ellas se dice, sino de los medios de prueba idóneos para determinar si lo que en ellos se plasma es veraz.

Razón por la que generalmente se exige el testimonio, por ejemplo, del que ofreció la declaración, entrevista, crónica, reportaje, para que ratifique lo que enunció en el medio, así como otras circunstancias para lograr o llegar a la llamada verdad procesal.

La regla expuesta será reiterada por la Sala Plena Contenciosa en esta ocasión, pero a partir de esta decisión, aquella será complementada en estos dos eventos: i) cuando en dichos medios se reproducen hechos públicos y/o notorios y ii) cuando en ellos se reproducen declaraciones y/o manifestaciones de servidores públicos, Vgr. Congresistas, Presidente de la República, Ministros, Alcaldes, Gobernadores, etc.,

Estas excepciones son las mismas que introdujo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia⁴⁰ y que en razón de su relevancia e importancia, serán acogidas por la Sala Plena de lo Contencioso a partir de esta decisión.

En efecto, según el criterio de ese órgano de justicia, cuando en dichos medios se recojan hechos públicos o notorios, declaraciones o manifestaciones públicas de funcionarios del Estado, estos deben ser

³⁹ Esta definición se puede encontrar en PARRA QUIJANO Jairo “Manual de Derecho Probatorio” Librería del Profesional. Bogotá, 2002. Pág. 493, quien no concuerda con la definición en cuanto se advierte que es una prueba histórica indirecta, pues esta característica no la permite definir.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra nota 24, párr. 146; Caso Fairen Garbi y Solís Corrales, de 15 de marzo de 1989, párr. 145. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, supra nota 44, párr. 25, Caso Garibaldi Vs. Brasil, supra nota 32, párr. 70. Caso Radilla Pacheco Vs. Estado Unidos Mexicanos. Igualmente, Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia, caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia

valorados, razón por la que su inserción en el respectivo medio de comunicación es una prueba del hecho y no simplemente de su registro.

En la sentencia del caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, de 29 de julio de 1988, acogiendo lo dicho en un fallo de la Corte Internacional de Justicia de 1984, señaló lo siguiente:

“146. A un gran número de recortes de prensa aportados por la Comisión no puede dárseles el carácter de prueba documental propiamente dicha. Muchos de ellos, sin embargo, constituyen la manifestación de hechos públicos y notorios que, como tales, no requieren en sí mismos de prueba; **otros tienen valor, como ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional** (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, supra 130, párrs. 62-64) en cuanto reproducen textualmente declaraciones públicas, especialmente de altos funcionarios de las Fuerzas Armadas, del Gobierno o de la propia Corte Suprema de Justicia de Honduras, como algunas emanadas del Presidente de esta última; finalmente, otros tienen importancia en su conjunto en la medida en que corroboran los testimonios recibidos en el proceso respecto de las desapariciones y la atribución de esos hechos a las autoridades militares o policiales de ese país.” (negrilla fuera de texto).

En el primer caso, es decir, frente a los hechos públicos y/o notorios, no requieren ser probados en los términos de los artículos 176 del Código de Procedimiento Civil y 167 del Código General del Proceso, razón por la que el registro noticioso servirá simplemente como una constatación gráfica de lo que es conocido por la comunidad.

La razón, el hecho notorio según la definición del profesor Hernán Fabio López Blanco, es aquel que *“dadas las características que originaron su ocurrencia se supone conocido por la generalidad de los asociados, cualquiera que sea su grado de cultura y conocimientos dentro de un determinado territorio y en determinada época, pues la notoriedad puede ser mundial, continental, regional o puramente municipal y estar referida a un determinado lapso, de modo que lo en determinado proceso podría erigirse como un hecho notorio, en otro no necesariamente tiene esa connotación.”*⁴¹

Y, como lo señala el mencionado autor, no requiere de prueba porque ella resultaría superflua, precisamente por el conocimiento general que se tiene de él.

El aporte de medios de prueba en donde el hecho notorio y/o público fue registrado, le permitirá al juez contar con mayores elementos de convicción, sin que ello implique que el hecho requería de prueba, pues, se repite, su apreciación o cognición por una generalidad, hace innecesaria su prueba.

En el caso de las declaraciones o manifestaciones de los servidores públicos divulgadas, reproducidas y/o transmitidas en los diferentes medios de comunicación, en razón de la investidura y de su posición en la sociedad, tendrán que ser desvirtuadas.

⁴¹ LOPÉZ BLANCO, Hernán Fabio. “Procedimiento Civil” Tomo 3. Pruebas. Editorial Dupré. Segunda Edición 2008. Pág. 58.

En otros términos, estos serán valorados conforme a las reglas previstas para las pruebas documentales. Por tanto, esas declaraciones o manifestaciones públicas, recogidas o registradas en diversos medios de comunicación darán fe de su contenido, sin perjuicio de su contradicción por parte de quien en su contra se aducen.

De esta manera, la Sala Plena Contenciosa adiciona y complementa la postura que, hasta la fecha de esta decisión, solo reconocía a los reportajes, entrevistas, crónicas registradas en los diferentes medios de comunicación valor probatorio si, en conjunto con otras pruebas, le permitían al funcionario judicial llegar a la convicción sobre la veracidad del hecho registrado en ellos⁴².”

Atendiendo la regla jurídica explicada se tiene que las notas periodísticas allegadas por la parte actora no muestran que se haya proferido una decisión judicial que se encuentre ejecutoriada en la que se declare que la responsabilidad patrimonial del Estado se debió a la conducta dolosa o gravemente culposa de la Senadora, y se limitan a dar cuenta de un hecho que ya está acreditado, la nulidad del acto de insubsistencia del cargo que desempeñaba William Baquero Namén, hecho que por sí solo no configura la inhabilidad de que trata el último inciso del artículo 122 de la Carta Política.

Bajo las consideraciones que anteceden, es claro para la Sala que la demandada no violó el régimen de inhabilidades y que la solicitud de pérdida de investidura carece de sustento.

Además, se hace innecesario realizar análisis alguno en relación con el carácter -penal o civil- que debe tener la sentencia que califique “*de dolosa o gravemente culposa la actuación del servidor público*”, toda vez que no hay ninguna providencia que ésto afirme. La inexistencia de dicho pronunciamiento judicial excluye a la Sala de hacer cualquier consideración adicional al respecto. En tal sentido, los argumentos que en ese punto hicieran tanto el agente del Ministerio Público como el apoderado de la demandada no serán estudiados, ya que, se reitera, es impertinente hacer reflexiones sobre providencias inexistentes.

6.2.- Tráfico de influencias.-

⁴² Es importante advertir que esta regla que el Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, expuso en la providencia de 2012, es la misma que ha defendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1988, en las decisiones reseñadas en otros apartes de esta providencia.

El actor señaló también como violado el numeral 5 del Artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, causal de pérdida de investidura por “*tráfico de influencias debidamente comprobado*”, cargo que se limitó a transcribir sin argumentar ningún hecho, ni allegar ningún elemento probatorio. No obstante, la Sala analizará el cargo con el objeto de reiterar los elementos constitutivos de la causal.

6.2.1. Fuentes normativas

Esta causal se encuentra prevista en el artículo 183 numeral 5 de la Constitución Política y en el artículo 296 numeral 5 de la Ley 5ª de 1992, en donde se establece lo siguiente:

“Artículo 183 de la Constitución Política.- Los congresistas perderán su investidura: [...]

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

Artículo 296 de la Ley 5ª de 1992.- Causales. La pérdida de la investidura se produce: [...]

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.”

6.2.2. Fuentes Jurisprudenciales – Elementos constitutivos de la causal

La Sala Plena del Consejo de Estado, al referirse en concreto a esta causal, sostuvo⁴³:

*“En cuanto a esta causal, que no está legalmente definida, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado, de forma reiterada, que la misma **“presupone anteponer la investidura de congresista ante un servidor público, quien, bajo tal influjo psicológico, realiza una actividad que no adelantaría de no ser por la calidad de quien se lo solicita. Consiste en una relación de doble envío en donde el congresista, gracias a la investidura que posee, crea en el destinatario de su influencia la decisión de realizar el hacer solicitado”**. Como elementos estructurantes de la causal de pérdida de investidura, “Por tráfico de influencias debidamente comprobado”, se han establecido los siguientes: **a) Que se trate de persona que ostente la calidad de Congresista; b) Que se invoque esa calidad o condición; c) Que se reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con las salvedades o excepciones**”.*

⁴³ Sentencia de 27 de abril de 2010, Consejero ponente: William Giraldo G., Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00935-00(PI),

contempladas en la Ley 5ª de 1992, en cuanto a las gestiones de los congresistas en favor de sus regiones; y d) Que sea con el fin de obtener beneficio de un servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer. Ahora bien, la relación de estos sujetos (congresista - funcionario público), para la configuración de esta causal de pérdida de investidura, no requiere que sea de carácter jerárquico, ya que lo realmente importante es la posibilidad de influenciar a cualquier funcionario público sin importar la condición que el mismo ostente dentro de la estructura organizacional del Estado, con la finalidad de conseguir provecho de su actuar⁴⁴ (el resaltado es de la Sala)

En el presente asunto es evidente que los hechos que dan lugar a la solicitud de pérdida de investidura ocurrieron cuando Viviane Aleyda Morales Hoyos era Fiscal General de la Nación y no ostentaba la calidad de congresista. En efecto, los supuestos fácticos que fundamentan la demanda se encuentran referidos a la época en la cual la demandada fungía como Fiscal General de la Nación, al punto tal de que el acto administrativo cuya nulidad fue declarada por el Tribunal Administrativo del Magdalena data del 24 de febrero de 2011 y fue proferido por la doctora Morales Hoyos en dicha calidad, mientras que su elección como congresista se remonta al 17 de julio 2014, fecha en la cual el Consejo Nacional Electoral profirió el acto de elección correspondiente.

En consecuencia y sin que sean necesarias mayores disquisiciones, la Sala encuentra que este cargo carece de fundamentos argumentativos y de base probatoria, a lo que se suma que la causal de tráfico de influencias es, en este caso, de imposible ocurrencia, comoquiera que se encuentra sustentada en hechos que acaecieron cuando la parte accionada carecía de la calidad de congresista, lo cual resulta suficiente para declarar impróspera esta causal y despachar desfavorablemente la solicitud de pérdida de investidura por tráfico de influencias.

7.- SOLICITUD DE SANCION AL ACTOR POR TEMERIDAD

⁴⁴ Sobre el sentido y alcances de la causal de tráfico de influencias debidamente comprobado, se pueden consultar las siguientes sentencias de Sala Plena: de 28 de noviembre de 2000. Rad. AC-11349. M.P. Olga Inés Navarrete Barrero; 30 de agosto de 2005. Rad. 11001-03-15-000-2005-00446-00(PI). M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; 15 de mayo de 2007. Rad. 11001-03-15-000-2006-01268-00(PI). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; En cuanto se refiere a los elementos de la causal, se pueden consultar las de Sala Plena de 8 de marzo de 2008. Rad. 11001-03-15-000-2007-01054-00(PI). M.P. Susana Buitrago Valencia y 17 de abril de 2007. Rad. 11001- 03-15-000-2006-00192-00 (PI). M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

Corresponde a la Sala pronunciarse en relación con las solicitudes elevadas tanto por el agente del Ministerio Público como por la parte demandada, en el sentido de sancionar al actor por temeridad, dado que, en criterio de aquellas, la solicitud de pérdida de investidura no tiene ningún fundamento fáctico ni jurídico.

En efecto, el apoderado de la Senadora cuestionada, de manera explícita solicitó *“que se apliquen las sanciones correspondientes al advertirse temeridad y mala fe en la acusación por parte del accionante”*⁴⁵ El agente del Ministerio Público, por su parte, al terminar su intervención en la audiencia pública realizada el 15 de septiembre de 2015, formuló en ella una solicitud similar, por considerar que la demanda promovida por el abogado Eduardo Carmelo Padilla Hernández carece de sindéresis y constituye una falta de respeto hacia el Consejo de Estado, tal como puede constatarse en el DVD que contiene la grabación de dicha audiencia (minutos 15:31 a 16:50).

Pues bien, la temeridad consiste en la actitud torticera y desleal que se predica de un sujeto a través de la cual pretende instrumentalizar indebidamente el aparato judicial para lograr un provecho propio, defraudando de ese modo la buena fe del operador jurídico. Por eso, se requiere que la temeridad sea de tal entidad que al Juez no le asista duda alguna de la reprochable conducta del sujeto, siendo ello necesario para no incurrir en la aplicación de medidas sancionatorias que desestimulen la relación de proximidad que debe existir entre las personas y la administración de justicia, máxime cuando se trata de medios de control como el de pérdida de investidura que pueden ser ejercidos por cualquier ciudadano en aras de proteger la dignidad en el ejercicio de la función pública y no la tutela de un derecho particular y subjetivo.

En consecuencia, se requiere que la actitud de quien se acusa temerario denote el abuso del derecho de acción, lo cual no se evidencia en el presente asunto aun cuando las pretensiones del actor serán despachadas desfavorablemente.

⁴⁵ Ver folio 118 del expediente.

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

FALLA:

Primero.- DENEGAR la solicitud de pérdida de investidura de Congresista de la doctora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- DENEGAR la solicitud de sanción por temeridad elevada por la parte demandada y por el Ministerio Público.

Tercero.- COMUNICAR esta providencia a las mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para su conocimiento y fines pertinentes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión de la fecha.

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente
Aclaración de voto

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Vicepresidente

HERNAN ANDRADE RINCÓN

ROCÍO ARAUJO OÑATE

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Aclaración de voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Aclaración de voto

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Aclaración de voto

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Aclaración de voto

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Aclaración de voto

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Aclaración de voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

GABRIEL R. VALBUENA HERNÁNDEZ

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

ALBERTO YEPES BARREIRO

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
Secretario General

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01462-00(PI)

Actor: EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ

Demandado: VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Comparto la sentencia aprobada mayoritariamente por la Sala Plena Contenciosa, que negó la solicitud de pérdida de investidura de la Senadora Viviane Aleyda Morales Hoyos.

No obstante lo anterior, me aparto de las consideraciones que sirvieron de sustento a la decisión, pues considero que el artículo 122 de la Constitución Política, norma en que se fundamentó el actor en el proceso analizado por la Sala, no establece una causal de pérdida de investidura, por las siguientes razones:

ARTICULO 122 CP. *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

(...)

<Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> **Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.**

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia

ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Como se advierte, los incisos 5º y 6º modificados por el Acto Legislativo 1 de 2009, establecen una INHABILIDAD para ser candidato a cargos de elección popular o servidores públicos, pero no establece expresamente que incurrir en la conducta descrita en el inciso 5º, tenga como consecuencia la pérdida de investidura del congresista.

Por el contrario, el constituyente previó que la ley podría prever otras sanciones a las conductas descritas en el inciso 5º, pero la única consecuencia que estableció directamente fue la prohibición de ser elegido en las condiciones descritas en la norma, pues el inciso 5º inicia “**Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley**”, y la única sanción que establece la lectura de los dos incisos es una “prohibición” o “imposibilidad” de ser inscrito o elegido, no señala una consecuencia diferente.

La anterior conclusión es aplicable al último inciso de la norma, toda vez que inicia con la palabra “Tampoco” que es un adverbio y según el RAE es «*para negar algo después de haberse negado otra cosa*», es decir que, para esta conducta también se aplican las sanciones previstas en la ley, ninguna otra.

El constituyente considera que la sanción a las conductas descritas en los dos últimos incisos del art. 122 CP, es la “prohibición” o “imposibilidad” de inscribir o elegido, esa es la sanción constitucional, sin perjuicio de que la ley prevea otras sanciones por los mismos hechos (disciplinarias, penales, electorales, etc).

En ese contexto, debe recordarse que la pérdida de investidura se adelanta a través de un proceso jurisdiccional de naturaleza disciplinaria, que concluye con la imposición de la sanción, cuando se demuestra la transgresión de las causales que de **manera taxativa** ha dispuesto la Constitución y que son las únicas que dan lugar a despojar de la investidura a los congresistas⁴⁶.

Dada la naturaleza sancionatoria y jurisdiccional del proceso de pérdida de investidura, está sometido a la garantía constitucional del debido proceso, según la cual, «*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)*».

⁴⁶ En este sentido se ha pronunciado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en las sentencias de 10 de diciembre de 2002, Exp. 2002-1027 (PI-055); de 13 de julio de 2004, Exp. PI-2004-0454; de 13 de julio de 2006, Exp. 2005-01132; de 8 de febrero de 2011, Exp. PI-2010-0990; de 17 de enero de 2012, Exp. 2011-00708 y de 17 de julio de 2012, Exp. 2011-00438, entre otras

Por lo anterior, tanto el Consejo de Estado, como juez natural de la pérdida de investidura, como el demandado se rigen por el *principio de legalidad*, con el cual se garantiza que la conducta establecida en la Constitución Nacional es la única sancionable, lo que hace que toda interpretación extensiva implique la vulneración del debido proceso, pues el acto que se imputa debe adecuarse a la descripción contenida en la respectiva causal.

De acuerdo con lo anterior, las causales de pérdida de investidura son las establecidas en el artículo 183 de la Constitución. Con base en el principio de legalidad, la violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades a que hace referencia el numeral 1º del artículo 183 de la Constitución, remite únicamente a las causales especiales previstas en los artículos 179 y 180 CP, que establecen las causales de inhabilidad y de incompatibilidad para los congresistas, respectivamente, y que prevén expresamente como consecuencia de esas conductas la pérdida de investidura. A estas causales deben incluirse las conductas previstas en los artículos 109⁴⁷ y 110⁴⁸ CP que, a pesar de no estar en el catálogo de conductas de los artículos 179 y 180 CP, consagran claramente la sanción de pérdida de investidura.

En ese sentido, debo señalar que la sentencia del 19 de agosto de 2014 de la Sala Plena Contenciosa⁴⁹ resulta ilustrativa en cuanto precisó las causales que la Constitución establece como de pérdida de investidura⁵⁰, así:

«14.3 En cuanto a dichas causales, la Constitución estableció en su artículo 183 un catálogo taxativo y cerrado para los Congresistas que: i) incurran en las causales de inhabilidad, incompatibilidad o conflictos de intereses; ii) inasistan a las sesiones donde se voten proyectos de ley o de acto legislativo o se voten mociones de censura; iii) no se posesionen dentro de un término determinado; iv) incurran en indebida destinación de dineros públicos; o en tráfico de influencias debidamente comprobado.

⁴⁷ **CP. Art. 109.** Financiación partidos políticos. (...) Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, **será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo.** La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto. (...)

⁴⁸ **CP. Art. 110.** Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. **El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura.**

⁴⁹ PI-2010-001110, M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁰ No obstante lo anterior no comparto que en esta sentencia se haya incluido como causal de pérdida de investidura, lo dispuesto en el artículo 272 CP, pues en esta norma tampoco se señala que la elección en cargos de elección popular de quien se desempeñó en el año anterior como contralor constituya causal de pérdida de investidura. La citada norma constitucional prevé: **ARTICULO 272.** La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. // La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. // Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo. // Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato. // Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal. // Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley. // No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.// **Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.**

14.4 Ahora bien, además de las causales enumeradas de forma expresa por el artículo referido, la Constitución también prevé la pérdida de investidura de los Congresistas que incurran en las siguientes conductas: v) violación de los topes máximos de financiación de las campañas políticas, debidamente comprobada [artículo 109]; vi) efectuar cualquier tipo de contribución a partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan [artículo 110], y finalmente, vii) haber ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental distrital o municipal e inscribirse como candidato para un cargo de elección popular antes de cumplir un año de haber cesado en las funciones en el respectivo órgano de control.

14.13 Por consiguiente, la taxatividad y la reserva constitucional que ostenta el régimen de inhabilidades de los Congresistas impide que se generen causales de pérdida de investidura diferentes a las contenidas en el texto constitucional. Al respecto, esta Corporación se pronunció en los siguientes términos:

*“Ahora bien, las inhabilidades para ser elegido en los cargos de representación popular, constituyen una restricción al derecho constitucional de carácter fundamental y político que tiene todo ciudadano a ser elegido, razón por la cual, dada su naturaleza prohibitiva, su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre **debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya consagrado el constituyente o el legislador, en razón a que no es posible su aplicación extensiva o analógica.***

En cuanto al régimen de inhabilidades de los Congresistas ha señalado esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, que tales causales de inhabilidad son únicamente las señaladas, de modo taxativo, por los artículos 110, 179, 272, inciso último, de la Constitución Política y las adicionales que la ley señale en el futuro con fundamento en la autorización expresa del penúltimo inciso del precitado artículo 179, por lo que no puede la ley, fuera de este último caso, adicionar nuevas causales de inhabilidad que impliquen la pérdida de investidura, como quiera que fue la propia Constitución Política la que se reservó y agotó el catálogo de las mismas⁵¹». (Negritas fuera de texto).

Las anteriores razones serían, a mi juicio, suficientes para haber denegado la solicitud de pérdida de investidura de la congresista demandada.

Con todo respeto,

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

⁵¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 4 de noviembre de 1994, Exp. AC-2062, C.P.: Álvaro Lecompte Luna; del 27 de enero de 1998, Exp. AC-5397, C.P: Ricardo Hoyos Duque; del 10 de diciembre de 2002, Exp. PI-055, C.P: Germán Ayala Mantilla; y del 13 de julio de 2004, Exp. PI-0454, C.P.: Ana Margarita Olaya Forero. Véase también el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 24 de abril de 1997.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01462-00(PI)

Actor: EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ

Demandado: VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – DANILO ROJAS BETANCOURTH

1. Aunque comparto la decisión mayoritariamente aprobada, me permito manifestar mi discrepancia con las motivaciones expuestas en las páginas 15 y 16 de la sentencia, en donde se admite la posibilidad de que la inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, se configure con base en una sentencia que resuelve una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que, si bien se pone de presente una falsa motivación o una desviación de poder por parte de la administración, no se califica como dolosa o gravemente culposa la conducta del funcionario que profirió la decisión materia de juzgamiento en sede de control de legalidad. Textualmente afirmó la Sala:

Del contenido de la inhabilidad prevista en el precitado artículo 122 de la Carta Política se desprende que para su configuración es necesario que concurren los siguientes elementos: (i) que el estado haya sido condenado patrimonialmente, y (ii) que dicha condena patrimonial se predique de un servidor público, calificada como dolosa o gravemente culposa por una sentencia judicial ejecutoriada.

(...)

Está, entonces, acreditado el primero de los elementos necesarios para que se configure la inhabilidad, es decir la existencia de una condena patrimonial, derivada de los referidos fallos judiciales en los que fue condenada la Fiscalía a pagar al señor Baquero Namén los salarios y prestaciones dejados de percibir con motivo de su insubsistencia.

2. Al respecto, considero que el primer presupuesto para que se configure la causal de inhabilidad, sólo se cumple cuando existe una sentencia judicial

en la que se califique la conducta del funcionario, cosa que a mi juicio puede ocurrir, por ejemplo, en una sentencia proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sea en sede del llamamiento en garantía admitido y tramitado contra el funcionario que actuó como órgano de la conducta estatal, o en sede de la acción de repetición promovida por la entidad en contra de su servidor, tal como lo he manifestado en otras ocasiones⁵².

3. En ese orden, no basta con la simple condena patrimonial a cargo del Estado –que fue el único requisito cumplido en el *sub lite*–, pues es necesario, además, que en el marco de la misma decisión judicial –por virtud de un llamamiento en garantía–, o a la sazón de una acción de repetición, se haya calificado como dolosa o gravemente culposa la conducta de la persona respecto de quien se persigue la desinvestidura por configuración de los supuestos establecidos en la parte final del artículo 122 de la Constitución Política.

4. Además, considero que son inanes todos los argumentos que en este sentido se consignaron en la providencia mayoritariamente adoptada, pues al final no se observa constancia de ejecutoria de la sentencia a la que se refieren las mencionadas disquisiciones, las cuales abren la puerta a todo un universo de discusiones relacionadas con la tipicidad de la causal de inhabilidad, las cuales fueron evadidas en las motivaciones de las cuales discrepo.

5. En los anteriores términos dejo explicadas las razones de mi discrepancia con las consideraciones expuestas en las páginas 14 a 16 de la sentencia mayoritariamente aprobada el 1º de marzo de 2016, pues lo cierto es que no existe una sentencia judicial en la que se califique como dolosa o gravemente culposa la conducta de la congresista Viviane Aleyda Morales Hoyos, desacuerdo que no es impedimento para que el suscrito acompañe

⁵² Ver salvamento de voto de la sentencia adoptada dentro del proceso n.º 2012-00059, actor: Julio César Ortiz Gutiérrez, demandado: Rafael Romero Piñeros.

la decisión mayoritariamente adoptada, que fue la de denegar la solicitud de pérdida de investidura.

Atentamente,

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Fecha *ut supra*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01462-00(PI)

Actor: EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ

Demandado: VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS

Referencia: SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO – STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Aunque comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Sala en el sentido de “**DENEGAR** la solicitud de pérdida de investidura de Congresista de la doctora VIVIANE MORALES HOYOS”, discrepo de algunos de los motivos aducidos en sustento de la misma.

Con el fin de ilustrar las razones de mi disenso, debo destacar, en primer lugar, la necesidad de distinguir entre la responsabilidad estatal por el daño antijurídico y la generada en razón de la nulidad de un acto con restablecimiento del deber del agente estatal de responder con fines de repetición. En ese marco, se impone diferenciar, asimismo, la presunción de dolo y culpa grave prevista en la ley para determinados casos y su inoponibilidad cuando el agente estatal no fue llamado a la controversia en la que se impuso la condena.

De igual forma, ha de tenerse presente lo que acontece en un proceso de nulidad con efectos erga omnes en el que, por igual razón, la desviación de poder o la falsa motivación hacen presumir el dolo o la culpa grave, de los efectos de la condena que se profiere en el proceso de reparación directa.

En el asunto resuelto por la Sala se alegó la configuración de la causal prevista por el artículo 122 C.P. –se desataca–:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Para sustentar la configuración de la causal, se adujo que la Congresista demandada emitió un acto posteriormente declarado nulo por desviación de poder, motivo por el cual se presume que incurrió en conducta dolosa o gravemente culposa.

Con todo, no es, como lo sostiene erradamente la sentencia de la que me aparto, que se está ante una circunstancia distinta a la prevista por el artículo 5º, numeral 1º de la Ley 678 de 2001. Por el contrario, siempre que se demuestra que un funcionario público o agente estatal actuó con desviación de poder o falsa motivación, se presume que su conducta es dolosa o gravemente culposa –presunción de carácter legal que el funcionario debe poder desvirtuar en la oportunidad procesal correspondiente, con todas las garantías del debido proceso–.

Debo advertir que si acompaño la decisión, eso se explica porque el 20 de julio de 2014, vale decir al tiempo de que la senadora tomaba posesión ninguna condena contra el Estado en razón del cumplimiento de sus deberes como Fiscal General se encontraba ejecutoriada y en firme. Esto es, no requería desvirtuar la culpa grave y el dolo originado en la condena que el 14 de octubre siguiente se confirmaría y quedaría en firme.

Ello es así porque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena – Descongestión No. 1, para confirmar la nulidad del acto emitido por la entonces Fiscal General de la Nación Viviane Morales por desviación de poder, *“es posterior a la inscripción, elección y posesión de la demandada como senadora para el periodo constitucional 2014-2018, y el contenido normativo del último inciso del artículo 122 de la Constitución implica la previa existencia del fallo condenatorio en su contra”*, como atinadamente lo establece la decisión mayoritaria.

Así las cosas, la congresista demandada no violó el régimen de inhabilidades, porque el fallo que declaró la nulidad del acto proferido por ella con sustento en la desviación de poder fue posterior a su inscripción, elección y posesión como congresista para el periodo constitucional 2014-2018.

Debo apartarme sí de la motivación que parece sujetar la decisión que resuelve la pérdida de investidura por la causal formulada establecida en los artículos 122 y 183.1, al trámite previo de la acción de repetición. Es de anotar que tratándose esta última de un medio de control restringido, en cuanto a la legitimación por activa, si se considera que su titularidad recae en la entidad afectada con la condena y el ministerio público, lo insinuado se convierte en un obstáculo insalvable y es que no resulta constitucionalmente admisible sujetar una acción pública a esta condición.

Cabe considerar, eso sí, cuando la situación fáctica lo permita –no en el asunto de la referencia– la acción de pérdida de investidura como el espacio apropiado para desvirtuar la presunción de dolo o culpa grave, preservando así la autonomía de la acción constitucional, misma que se deriva de la Carta Política con el entendimiento de la jurisprudencia constitucional y de esta Corporación.

Resta destacar, finalmente, que en la providencia de la que me separo de modo parcial se sostiene que, en cuanto al valor probatorio de las noticias, opiniones, reportajes, columnas en los diversos medios de comunicación, la

Sala reitera la posición asumida en la sentencia de 14 de julio de 2015. Sin embargo la jurisprudencia actualizada se encuentra contenida en la sentencia fallada por la Sala Plena el de 30 de Junio de 2015⁵³.

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

Fecha *ut supra*

**Stella Conto Díaz del Castillo
Magistrada**

⁵³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 30 de Junio de 2015, Rad. No. nº 11001-03-15-000-2013-00115-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Con salvamento de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo.