



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Núm. único de radicación: 11001-03-15-000-2018-01116-00

Actor: Holger Horacio Díaz Hernández

Demandado: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

Temas: Tutela contra providencia judicial por: i) defecto fáctico y ii) defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial e inobservancia de normas jurídicas.

Derechos Fundamentales Invocados: i) Debido proceso, ii) igualdad y iii) participación política

Derechos Fundamentales Amparados: Ninguno

La Sala decide la acción de tutela presentada por el señor Holger Horacio Díaz Hernández contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado porque, a su juicio, la sentencia de 19 de septiembre de 2017, proferida dentro del medio de control de pérdida de investidura identificado con el número único de radicación 110010315000201401602-00, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la participación política.

La presente providencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollarán a continuación.

I. ANTECEDENTES

La solicitud

1. El actor, actuando en nombre propio, presentó solicitud de tutela porque, a su juicio, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de

Estado, al proferir la sentencia de 19 de septiembre de 2017, dentro del medio de control de pérdida de investidura identificado con el número único de radicación 110010315000201401602-00, vulneró sus derechos fundamentales invocados *supra*.

Presupuestos fácticos

2. Los presupuestos fácticos en los cuales se fundamenta la solicitud de tutela son los siguientes:

3. Señaló que en el año 2010 fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Santander para el periodo constitucional 2010-2014 y que se desempeñó como miembro de esa Corporación en la Comisión Séptima.

4. Afirmó que el señor Pablo Bustos Sánchez presentó demanda en ejercicio del medio de control de pérdida de investidura¹ porque estimó que se encontraba incurso en las causales 1.º y 5.º del artículo 183 de la Constitución Política², relacionadas con la violación de los regímenes de incompatibilidades y conflicto de intereses y de tráfico de influencias debidamente comprobado.

5. Lo anterior, por su participación en la deliberación y votación del proyecto de ley que reformaba el Sistema General de Seguridad Social, hoy Ley 1438 de 19 de enero de 2011³, i) pese a que su cónyuge, Gloria Lucía Quiroz Hernández, tenía un vínculo laboral con Saludcoop EPS y existían relaciones comerciales con la IPS Salud con Calidad; y ii) por las presuntas exigencias económicas hechas al entonces representante legal de la EPS, señor Carlos Gustavo Palacino Antía, como contraprestación por la gestión en el referido proyecto de ley.

¹ La demanda fue radicada en la Secretaría General del Consejo de Estado el 27 de junio de 2014.

² “[...] Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
[...]

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

[...].”

³ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

Sentencia de 19 de septiembre de 2017 proferida, en única instancia, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del proceso de pérdida de investidura identificado con número único de radicación 110010315000201401602-00

6. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia de 19 de septiembre de 2017, decidió:

“[...] 1°. DECRÉTASE la pérdida de investidura del ex representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández, identificado con cédula de ciudadanía 8.732.300, solicitada por el ciudadano Pablo Bustos Sánchez, conforme a lo indicado en la parte motiva [...]”.

7. Como fundamento de la decisión, consideró que se encontraban configurados los elementos estructurales de la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, en la medida que estaba acreditado que el congresista demandado, pese al interés directo, actual, cierto y personal frente al proyecto de Ley “01 de 2010, Senado, 106 de 2010 Cámara”, no se declaró impedido para actuar como ponente del proyecto de Ley 126 de 2010 Cámara en condición de autor, en razón a que su esposa estaba vinculada laboralmente a Saludcoop EPS y porque tenía intereses frente a la IPS Salud con Calidad Ltda.

8. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado concluyó, manifestando que:

“[...] Los elementos de juicio, allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y sin más disquisiciones sobre el particular, nos conducen a decretar la pérdida de investidura del ex representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández [...]”.

La solicitud de tutela

Pretensiones

9. El actor solicitó en su escrito de tutela:

“[...] 1. Se declare que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en su sentencia del 19 de septiembre de 2017 de la cual fue sustanciador el Dr. Carmelo Perdomo Cuéter y formadas con voto afirmativo

los (sic) restantes Magistrados mencionados al inicio de este escrito y que corresponde a la radicación No. 11001-03-15-000-2014-01602-00 sobre pérdida de investidura, se vulneró (sic) mis derechos fundamentales de debido proceso (i), de igualdad (ii) y políticos (iii) como representante a cámara de representantes por el departamento de Santander.

2. Que, como consecuencia de tal decisión, se anule la referida sentencia y se ordene a la Sala Administrativa (sic) su corrección que –por tratarse de yerro sustancial de falta absoluta de prueba del elemento subjetivo de la conducta endilgada y objetivo de la misma por desconocimiento del artículo 286 de la Ley 5 de 1992- no puede ser otra que la revocatoria del fallo atacado, ya que una declaratoria de tutela por violación en que incurrió la sentencia –no del trámite- no puede retrotraerse por reiniciar el proceso ni menos para practicar las pruebas que no se practicaron oportunamente. Entre otras razones, porque no las había ni las hay.

3. Se advierta a la Corporación accionada la imposibilidad de reiterar yerros de tal naturaleza e índole [...]”.

10. El actor, en el presente asunto, señala que la autoridad judicial demandada incurrió en los defectos fáctico y sustantivo por desconocimiento del precedente judicial e inobservancia de la norma pertinente.

11. Sobre el defecto fáctico, indicó que la sentencia cuestionada, en ninguno de sus apartes, hizo referencia a la responsabilidad subjetiva o aspecto psíquico de la conducta atribuida, esto es, el conocimiento de la falta y la voluntad de cometerla o en la negligencia indebida. Al respecto, señaló:

“[...] al no aportar el Consejo de Estado prueba alguna de que debía declararme impedido antes de los debates o votación del proyecto de ley y que, sabiéndolo, opté por omitir la presentación del impedimento, no era posible decretar la pérdida de investidura. Con mayor razón aflora la violación constitucional si se sabe que el Consejo de Estado no solo eludió la práctica de la prueba para demostrar el elemento subjetivo de la conducta sino que ni siquiera buscó una sola referencia o argumentos sobre dicha subjetividad, la que estaba obligado a cuestionar, ponderar y deducir de modo explícito en sus dos componentes: (i) conocimiento cierto y (ii) voluntad real de cometerla [...]”.

12. En cuanto al defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, señaló que la autoridad judicial demandada desconoció la sentencia SU-424 de 11 de agosto de 2016⁴, proferida por la Corte Constitucional, en la que, a su juicio, se indicó que, en los procesos de pérdida de investidura, era necesario tener en cuenta los principios que gobiernan el derecho sancionatorio, como la legalidad, la aplicación de la ley más favorable, el *non*

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 11 de agosto de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

bis in idem y la presunción de inocencia; principio último del que se deriva el de culpabilidad que, en el ámbito del derecho penal, refiere a la “[...] *necesidad de demostrar una responsabilidad subjetiva en la comisión de un delito (conducta [...])*”.

13. Agregó que el Consejo de Estado⁵, en casos anteriores, ha precisado que la resolución de los procesos de pérdida de investidura “[...] *está determinada por la prueba de las circunstancias que encuadren dentro de las descritas por la Constitución, así como por la presencia de una responsabilidad subjetiva [...]*”.

14. Señaló que la sentencia cuestionada estaba obligada a discurrir, demostrar y probar los elementos objetivos (normativos) de la conducta atribuida, así como los subjetivos de la misma, “[...] *sin el cual la falta atribuida apenas queda probada en una de sus caras, faltando –de Perogrullo- la otra [...]*”; debido a que la providencia, al momento de analizar el cargo referido a la supuesta violación del régimen de intereses, se limitó al contorno normativo y jurisprudencial de la causal y a analizar la ocurrencia de los elementos estructurales de la causal de pérdida de investidura, sin tener en cuenta el precedente constitucional, con lo cual, a su juicio, violó el derecho fundamental al debido proceso porque la decisión “[...] *quedó a mitad de la vía, alinderada apenas en la responsabilidad objetiva o el llamado “dolus in re ipsa” [...]*”.

15. Respecto del defecto sustantivo por inobservancia de la norma, manifestó que la autoridad judicial demandada no adujo la trasgresión de una ley sino de la jurisprudencia de la propia Corporación “[...] *basándose en que existía un conflicto de intereses, al no declararme impedido desde el momento en que asumí la ponencia del proyecto de ley [...]*”, atribución que, a su juicio, constituye un error que vulnera el debido proceso sustancial, debido a que la norma que regula la figura de los impedimentos de los congresistas es la prevista en el artículo 286 de la Ley 5ª de 17 de junio de 1992⁶, normativa de la

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de junio de 2010, M.P. Filemón Jiménez Ochoa, número único de radicación 11001-03-15-000-2009-00598-00.

⁶ “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”. Artículo 286. Aplicación. Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de

que se infiere que el impedimento debe declararse a partir de los debates y de la votación del proyecto respectivo, no antes ni después de estos.

16. Al respecto, resaltó que, en la sesión conjunta de Senado y Cámara celebrada el 16 de noviembre de 2016, manifestó su impedimento con fundamento en que “[...] *actualmente mi cónyuge ocupa la Gerencia Regional de una EPS del Régimen Contributivo [...]*”, solicitud que fue negada por unanimidad en el Congreso, en razón a que, para ese momento, su esposa ya no ocupaba el referido cargo, situación que desvirtúa el elemento subjetivo de la conducta atribuida comoquiera que, contrario a lo señalado en la sentencia accionada, sí se declaró impedido oportunamente para participar en los debates y en la votación, contexto en el que se enmarca el artículo 286 de la Ley 5.

17. Expuso que, no era posible que el Consejo de Estado declarara la pérdida de su investidura, con fundamento en jurisprudencia de la Corporación, que, a su juicio, no es “*ratio decidendi*”, y de la sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005⁷ de la Corte Constitucional, toda vez que dichos pronunciamientos difieren del contenido de la norma en cita, que establece que los impedimentos deben declararse a partir de los debates y de la votación del proyecto respectivo y no desde la designación de ponente del proyecto de ley.

18. Mencionó que la autoridad judicial demandada también desconoció el contenido del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que la conducta por la que se le impuso la pérdida de la investidura no constituye un acto de corrupción que puede dar lugar a una condena en materia penal, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.º de la Ley 412 de 6 de noviembre de 1997⁸, caso en el cual, el Consejo de Estado

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 [...].

⁷ Corte Constitucional, sentencia de 19 de octubre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

⁸ “*Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis*”.

[...]

Artículo I. Definiciones. Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

“*Función pública*”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o el servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

no sería el juez competente.

19. Agregó que la sentencia cuestionada vulneró los derechos fundamentales invocados en el entendido que ninguno de los otros congresistas⁹ que se declararon impedidos en la sesión conjunta de Senado y Cámara de 16 de noviembre de 2016, por “[...] *una razón igual o más poderosa que la aducida por mí [...]*”, perdieron la investidura; además, la restricción de derechos políticos deviene únicamente de procesos penales y no de los de naturaleza sancionatoria.

Actuación

20. El proceso de la referencia fue radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 12 de abril de 2018¹⁰, fecha en la cual fue asignado por reparto a la Consejera de Estado, doctora María Elizabeth García González¹¹.

21. Los Consejeros de Estado, doctores María Elizabeth García González, Oswaldo Giraldo López y Roberto Augusto Serrato Valdés, manifestaron impedimento para conocer del asunto, mediante escrito de 16 de abril de 2018, invocando para ello la causal prevista en el numeral 6.º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, en razón a que suscribieron la sentencia objeto de controversia en sede de tutela¹².

22. Por no existir *quorum* para resolver el impedimento manifestado por los demás integrantes de la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado para conocer del presente asunto, este Despacho Sustanciador ordenó el sorteo de conjueces, mediante auto de 26 de abril de 2018¹³.

"Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

"Bienes", los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

⁹ Martha Cecilia Rodríguez Orrego, Claudia Janneth Wilchez, Luis F. Ochoa Zuluaga, Elías Raad Hernández, Liliana Benavidez Solarte, Edison Delgado Ruíz, Holger Horacio Díaz Hernández y Libardo García Guerrero.

¹⁰ Cfr. folio 1 del expediente de tutela.

¹¹ Cfr. folio 87 *ibidem*.

¹² Cfr. folio 89 *ibidem*.

¹³ Cfr. folio 91 *ibidem*.

23. Mediante sorteo realizado en la misma fecha, esto es, el 26 de abril de 2018, se designaron como conjueces los doctores Martín Bermúdez Muñoz, Juan Carlos Henao Pérez y Camilo Calderón Rivera.

24. Por auto de 4 de mayo de 2018¹⁴, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado¹⁵ resolvió declarar fundados los impedimentos.

25. El Despacho sustanciador, por auto de 15 de junio de 2018¹⁶, admitió la acción de tutela y dispuso notificar a los magistrados de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, concediéndoles el término de tres (3) días para que rindieran informe sobre el particular.

26. De igual manera, dispuso vincular al señor Pablo Bustos Sánchez, concediéndole el mismo término de tres (3) días para rendir el informe.

Intervenciones de la parte accionada y la parte vinculada

27. El Consejero de Estado, doctor Carmelo Perdomo Cuéter, informó que las razones que fundamentan la decisión que se controvierte en sede de tutela se encuentran consignadas en la parte motiva de la misma providencia. Textualmente, indicó:

“[...] El suscrito Consejero de Estado, titular del despacho al que correspondió la ponencia del fallo dictado dentro del expediente de pérdida de investidura 11001-03-15-000-2014-01602-00, en la oportunidad indicada en el proveído admisorio de 15 de junio de 2018, recibido el 29 siguiente en este despacho, se pronuncia respecto de la acción de tutela del epígrafe, en el sentido de que en lo concerniente a los hechos sobre los cuales se fundamenta me atengo a lo que se demuestre durante el trámite, y en cuanto dice relación con los motivos de inconformidad con la providencia de 19 de septiembre de 2017 proferida dentro del referido asunto, somos del criterio que las razones que le sirvieron de fundamento están consignadas en sus motivaciones, las que deben dar suficientemente cuenta de las mismas [...]”.

28. Durante el presente trámite, el señor Pablo Bustos Sánchez guardó

¹⁴ Cfr. folio 103 *ibidem*.

¹⁵ Integrada por el Consejero de Estado Hernández Sánchez Sánchez y los Conjueces, doctores Martín Bermúdez Muñoz, Juan Carlos Henao Pérez y Camilo Calderón Rivero.

¹⁶ Cfr. folio 108 a 109 *ibidem*.

silencio¹⁷.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia de la Sala

29. Esta Sección es competente para conocer de este proceso, de conformidad con los artículos 1.º y 32 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1.º del Decreto núm. 1983 de 30 de noviembre de 2017¹⁸, por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.

Generalidades de la acción de tutela

30. La acción de tutela ha sido instituida como instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente indicados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

Problemas jurídicos

31. En el caso *sub examine*, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala consisten en: i) determinar si, en efecto, es procedente la acción de tutela, acreditándose el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales y, de ser así, ii) establecer si la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al proferir la sentencia de 19 de septiembre de 2017, dentro del proceso de pérdida de investidura identificado con el número único de radicación 110010315000201401602-00, incurrió en **defecto fáctico** al dar por probado el elemento subjetivo de la conducta atribuida, y en **defecto sustantivo** por i)

¹⁷ El auto admisorio de la acción de tutela le fue notificado al vinculado través de mensaje de datos enviado el 22 de junio de 2018 (fl. 110).

¹⁸ “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”.

desconocimiento del precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 11 de agosto 2016¹⁹, y ii) por la inobservancia de los artículos 286 de la Ley 5ª y 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

32. A fin de resolver tales interrogantes, para esta Sala resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y su evolución jurisprudencial; y ii) los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

33. Posteriormente y en caso de acreditarse el cumplimiento de los requisitos generales, procederá a solucionar el caso concreto, para lo cual hará referencia a los siguientes aspectos: iii) el defecto fáctico; iv) el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial; v) el defecto sustantivo por inobservancia de las normas pertinentes; y, finalmente, vi) la Sala procederá al estudio de los hechos probados, del caso concreto y las conclusiones de la Sala.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

34. Con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bello, en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena²⁰, en sentencia de 31 de julio de 2012, consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales – *sin importar la instancia y el órgano que las profiera* - que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la ley y la propia doctrina judicial.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia SU 424 de 11 de agosto de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de julio de 2012, C.P. María Elizabeth García González, Número único de radicación 11001.03.15-000-2009-01328-00.

Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales

35. Esta Sección²¹ adoptó como parámetros a seguir los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

36. Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como requisitos generales de procedibilidad de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales: i) la relevancia constitucional del asunto; ii) el uso de todos los medios de defensa judiciales salvo la existencia de un perjuicio irremediable; iii) el cumplimiento del principio de inmediatez; iv) la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; v) la identificación clara de los hechos causantes de la vulneración y su alegación en el proceso, y vi) que no se trate de tutela contra tutela.

37. Además de estas exigencias, la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos requisitos especiales de procedibilidad, que la propia Corte Constitucional los ha considerado como las causales concretas que “[...] de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial [...]”²².

38. Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: i) orgánico; ii) procedimental absoluto; iii) fáctico; iv) material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente; y viii) violación directa de la Constitución.

39. De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2012. C.P. María Elizabeth García González, Número único de radicación 11001-03-15-0002009-01328-02.

²² Corte Constitucional, sentencia T-619 de 3 de septiembre de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial: en primer orden, debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo término, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera “[...] *dejar sin efecto o modular la decisión* [...]”²³ que encaje en dichos parámetros.

40. Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

41. El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014²⁴.

Análisis del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

42. De acuerdo con los parámetros planteados en el acápite anterior, la Sala entrará a examinar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, según la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, acogida por la Sala Plena de esta Corporación.

43. En el caso bajo examen, la Sala advierte que la acción de tutela cumple con los requisitos generales que exige la sentencia C-590 del 2005, para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, dado que:

44. Es evidente que la cuestión que se discute reviste relevancia constitucional, comoquiera que se controvierte la presunta vulneración de los derechos

²³ Corte Constitucional, sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de agosto de 2014, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, número único de radicación 11001 03 15 000 2012 02201 01.

fundamentales del señor Holger Horacio Díaz Hernández al debido proceso, a la igualdad y a la participación política.

45. La Sala debe hacer énfasis, en que en el presente caso se cumple con el **requisito de la relevancia constitucional** dentro del marco de la acción de tutela contra providencias judiciales, i) toda vez que se trata de la posible afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la participación política, y además, ii) la parte actora expuso las razones jurídicas por las cuales en su criterio la autoridad judicial accionada incurrió en un posible **defecto fáctico y un defecto sustantivo** por desconocimiento del precedente judicial e inobservancia de la norma pertinente.

46. Cumplió con el principio de inmediatez²⁵; en la medida en que la solicitud de amparo se interpuso dentro de un plazo razonable²⁶ después de notificada la sentencia de 19 de septiembre de 2017, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

47. No existen medios ordinarios y/o extraordinarios de defensa judicial eficaces y eficientes con los cuales la accionante pueda lograr la protección de los derechos invocados.

47.1 Esta Sala precisa que, si bien la sentencia que se controvierte en sede de tutela fue objeto de recurso de apelación por presunta indebida notificación de la providencia y por la posibilidad de una segunda instancia en aplicación de la Ley 1881 de 15 de enero de 2018²⁷; este recurso fue rechazado por

²⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de agosto de 2014, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Número único de radicación 11001-03-15-000-2012-02201-01. En dicho pronunciamiento, en lo pertinente, se sostuvo: “[...] Anótese que el término o plazo de inmediatez no es único. Eso explica que las diversas secciones del Consejo de Estado hayan fijado pautas diferentes sobre este aspecto.

Por eso, la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente. Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad. La regla general del plazo de seis meses se acoge, además, teniendo en cuenta: i) que el plazo ha sido considerado como razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y; ii) se trata de una decisión judicial adoptada en un proceso jurisdiccional [...]”.

²⁶ La Sala encuentra acreditado dentro del expediente, que la providencia fue notificada el 30 de octubre de 2017, y la presente acción de tutela fue presentada el 12 de abril de 2018.

²⁷ “Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”.

improcedente, mediante auto de 18 de mayo de 2018, con fundamento en que la sentencia quedó debidamente notificada conforme al artículo 230 de la Ley 1437 y, porque la norma invocada no era aplicable al caso en razón a que la decisión censurada había quedado ejecutoriada con anterioridad a la promulgación de la Ley 1881; actuación contra la cual también se formuló recurso de reposición y, en subsidio, de queja. El recurso de reposición fue resuelto el 6 de junio de 2018, en el sentido de no reponer la providencia recurrida, y el de queja, considerado improcedente mediante auto de 31 de julio de 2018; sin embargo, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, este fue tramitado y decidido como recurso de súplica, en el sentido de confirmar la decisión de rechazar el recurso de apelación formulado contra la sentencia proferida en única instancia²⁸.

47.2 Igualmente, se aclara que la Corte Constitucional, en sentencia SU-632 de 21 de octubre de 2017²⁹, señaló que la acción de tutela es procedente contra sentencias proferidas dentro de procesos de pérdida de investidura, en los eventos en los que no se hubiere agotado el recurso extraordinario de revisión, regulado en el artículo 248 de la Ley 1437, siempre y cuando los argumentos que fundamentan el mecanismo de amparo no encuadren en ninguna de las causales de revisión previstas en la ley.

47.3. Frente al tema, la Corte Constitucional consignó en la citada sentencia, lo siguiente:

“[...] (ii) Agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios. En la sentencia T-214 de 2010 se desarrollaron cuidadosamente los términos de la subsidiariedad aplicable a la tutela contra los fallos dictados por la Sección Primera del Consejo de Estado que decretan la pérdida de investidura de un servidor en segunda instancia. En síntesis, allí se ilustró que con base en la Ley 617 de 2000, ese Tribunal ha declarado la improcedencia del recurso extraordinario-especial de revisión previsto por la Ley 144 de 1994, sin embargo, a partir de la sentencia C-520 de 2009 se abrió la posibilidad de impetrar el recurso extraordinario de revisión, regulado hoy en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011 siempre y cuando este sea idóneo ni eficaz en el asunto específico.

Sobre el particular observa la Sala que en este caso se agotaron las instancias ordinarias, sin embargo, no se acudió al recurso extraordinario de revisión.

²⁸ Información establecida a través del Sistema de Información Judicial Colombiano.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-632 de 21 de octubre de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Como ha señalado esta Corte, para proceder al estudio de una acción de tutela contra una providencia judicial es requisito que la discusión jurídica hubiese sido agotada ante los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, debido a que, como regla general, estos medios creados por el legislador constituyen el escenario natural para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los asociados.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que existen ciertos casos excepcionales en los que los mencionados medios ordinarios no salvaguardan adecuada o prontamente los derechos fundamentales de los ciudadanos, razón por la que excepcionalmente resulta procedente el amparo constitucional. Por tal motivo, tratándose de una acción de tutela en la que no se agotó el recurso extraordinario de revisión debe examinarse si los reproches elevados por el actor a través de los defectos alegados en el escrito de tutela, pueden ser resueltos por medio del recurso extraordinario de revisión establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En diversas ocasiones la Corte ha resaltado la finalidad que cumple el recurso extraordinario de revisión, como excepción al principio de cosa juzgada, ya que permite enmendar los errores o irregularidades cometidas en determinada providencia, para que en aplicación de la justicia material, se profiera una nueva decisión que resulte acorde al ordenamiento jurídico.

En ese sentido, quien cuestiona una sentencia de pérdida de investidura, en principio, requiere agotar el recurso extraordinario de revisión. No obstante, dado que las causales del mismo son taxativas y puede que en ella no sea posible tramitar los defectos que se analizan a través de una tutela contra providencia judicial, de encontrarlas no idóneas resultará procedente esta última cuando el defecto alegado no pueda ser tramitado a través del recurso de revisión.

El artículo 248 de la Ley 1437 de 2011 regula el recurso extraordinario de revisión y lo define de la siguiente manera: “[e]l recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos”. Por su parte, el artículo 250 de la misma ley, expone las siguientes causales por las cuales procede el citado recurso:

[...]

La Sala observa que el accionante alega la existencia de los defectos sustantivo y fáctico. Los dos en contra de la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado en la que se adujo que su renuncia para aspirar al cargo de alcalde no era una situación de fuerza mayor que lo eximiera de su deber de posesionarse en el puesto para el que fue elegido popularmente.

Adicionalmente, ha aceptado que el recurso de revisión no se identifica con algunos de los reproches que pueden ser formulados en sede de tutela a través de la doctrina de los defectos específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Así, por ejemplo, en la sentencia T-935 de 2009 se advirtió que los defectos sustantivo y fáctico alegados por el actor en dicha oportunidad no tenían “cabida dentro de las causales legalmente previstas para la procedencia de dicho recurso, al tenor de lo señalado por el artículo 188 del mismo estatuto [C.C.A.], por lo tanto, tampoco era menester agotarlo en el caso concreto”.

En este caso, la Corte encuentra que comparadas las causales de revisión con los defectos propuestos por el demandante, los reproches que eleva el accionante contra la sentencia de la Sección Primera no pueden ser resueltos por el recurso extraordinario de revisión, pues ninguna de las causales hace referencia a la discusión de la existencia de defectos. En efecto, aquí lo que se cuestiona es la supuesta inobservancia de tres documentos que probarían la renuncia del accionante a su cargo de concejal, y la presunta interpretación errada de las causales de pérdida de investidura previstas en el artículo 179, numeral 8, de la Carta Política, y en el artículo 48, numeral 3, de la Ley 617 de 2000 efectuada por el Tribunal Administrativo de Antioquia y la Sección Primera del Consejo de Estado. Por lo tanto, se entiende superado el requisito de subsidiariedad.

Como consecuencia, siguiendo la técnica adoptada en las sentencias T-935 de 2009, T-214 de 2010 y SU-501 de 2015, esta Sala comprueba que ninguno de los defectos alegados por el accionante consiste en un hecho sobreviniente y, en consecuencia, atendiendo que no cuenta con más medios de defensa, concluye que el caso cumple con este criterio general de procedibilidad [...].”

47.4. En el caso *sub examine*, se observa que el actor alega que la sentencia cuestionada incurre, entre otros, en defectos fáctico y sustantivo, en tanto que la autoridad judicial accionada omitió practicar la prueba que acreditara la configuración de la culpabilidad de la conducta atribuida; el desconocimiento del precedente constitucional relacionado con el elemento subjetivo en el proceso sancionatorio; y la inobservancia de los artículos 286 de la Ley 5 y 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; reproches que, a juicio de la Sala, no son susceptibles de controversia mediante el recurso extraordinario de revisión. Por lo anterior, se entiende superado el requisito de subsidiariedad.

48. En la acción de tutela no se alega un defecto procedimental, por lo que no es necesario determinar la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad.

49. El señor Holger Horacio Díaz Hernández identificó los hechos y los derechos cuya vulneración alega; y

50. Por último, no se trata de una acción de tutela contra sentencia de tutela.

Caso concreto

51. Ahora bien, teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos generales y para efectos de determinar si la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al proferir la sentencia de 19 de septiembre de 2017, vulneró los derechos fundamentales invocados en la solicitud de tutela presentada por el actor, la Sala abordará el estudio del caso concreto en los siguientes términos:

Defecto fáctico -reiteración jurisprudencial-

52. Esta Sección ha identificado los eventos en que se configura una causal de procedibilidad³⁰ por defecto fáctico:

*“[...] En lo que respecta al **defecto fáctico**, la jurisprudencia³¹ ha determinado que se presenta cuando la valoración probatoria realizada por el juez resulta arbitraria o abusiva por: a) dejar de valorar pruebas debidamente allegadas, b) valorar las que debió haber desconocido (por no haber sido arrimadas en debida forma); y, c) por interpretar el acervo de manera irracional; siempre que esas pruebas resulten ser determinantes en el sentido del fallo; de lo contrario, se entiende que las interpretaciones que realice el juez de instancia se encuentran dentro de la autonomía e independencia propias del juez natural.*

El defecto fáctico se estructura desde cualquiera de sus dos dimensiones, i) la negativa que se presenta “cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez;” mientras que, ii) la positiva, se configura “cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución.”³²[...]”³³

³⁰ “En términos generales, dicha figura resulta de la actuación de los funcionarios con poder judicial de manera arbitraria y caprichosa, sin fundamento objetivo y razonable, apartada de los parámetros constitucionales y legales, sin operancia de los principios de legalidad y seguridad jurídica, por la imposición del interés propio de aquéllos, mediante comportamientos que prima facie parecieran reflejar los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico vigente, dada la calidad de autoridad del funcionario que la profiere y de la potestad que ejercita, pero que bajo un examen más estricto tales supuestos resultan descartados.” (Corte Constitucional, sentencia T-204 de 2008, M.P. Hernando Herrera Vergara).

³¹ Corte Constitucional, sentencias T-737 de 25 de septiembre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; SU-447 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo; y, T-535 de 20 de agosto de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

³² *Ibidem*.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de marzo de 2017, C.P. Roberto Augusto Serrano Valdés, Número único de radicación 11001-03-15-000-2017-00420-00.

53. En este orden de ideas, el defecto fáctico se configura cuando el juez de manera arbitraria y caprichosa: i) omite valorar los medios probatorios debidamente allegados al proceso, ii) le da pleno valor a las pruebas que debió haber desconocido y iii) por haber efectuado una interpretación irrazonable del acervo probatorio.

54. Se debe resaltar que para la configuración de dicho defecto la prueba en cuestión debe ser determinante o relevante para el sentido de la decisión judicial.

55. Además, con fundamento en los principios constitucionales de independencia y autonomía judicial, los jueces tienen un amplio margen de apreciación para la valoración de las pruebas.

56. Textualmente, señaló:

“[...] La jurisprudencia ha reconocido, a partir del principio constitucional de autonomía e independencia judicial, el amplio margen que tienen los jueces al momento de efectuar la valoración de las pruebas aportadas al proceso conforme a las reglas de la sana crítica; no obstante, también ha advertido que tal poder comporta un límite ya que no puede ser ejercido de manera arbitraria, en tanto puede lesionar derechos fundamentales [...]”³⁴

Defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial

57. La Sala considera que es necesario señalar que en nuestro ordenamiento jurídico se han desarrollado en torno a las decisiones judiciales, entre otras, las siguientes figuras jurisprudenciales: la doctrina probable, el antecedente jurisprudencial, el precedente jurisprudencial, la sentencia de unificación y la extensión de la jurisprudencia.

58. Dichas figuras encuentran su fundamento legal en los artículos 4.º de la Ley 169 de 31 de diciembre de 1896³⁵ y el 270 de la Ley 1437 de 18 de enero de

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-267 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁵ “Sobre reformas judiciales”. (Doctrina probable).

2011³⁶; así como su respaldo jurisprudencial en las sentencias C-836 de 2001³⁷, C-816 de 2011³⁸, C-179 de 2016³⁹ y T-102 de 2014⁴⁰.

59. En relación con esta causal, la Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente el concepto del precedente judicial, definiéndolo así:

*“[...] conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver **que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia** [...].”⁴¹* (Destacado fuera de texto).

60. Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, a la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.

61. Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional⁴², según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez (precedente horizontal). En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-457 de 2008⁴³ indicó:

*“[...] En relación a la aplicación del precedente, esta Sala de Revisión en sentencia T-158 de 2006 señaló: **“Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los***

³⁶ “se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-816 de 1 de noviembre de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-179 de 13 de abril de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-102 de 25 de febrero de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-482 de 13 de junio de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T- 760A de 10 de octubre de 2011, M. P: Juan Carlos Henao Pérez.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-457 de 13 de mayo de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación [...]”. (Destacado fuera de texto).

62. Sin embargo, la misma Corte ha precisado que, salvo en materia constitucional, cuya doctrina es obligatoria⁴⁴, la regla del respeto del precedente no es absoluta, debido a que la interpretación judicial no puede tornarse inflexible frente a la dinámica social, ni petrificarse, o convertirse en el único criterio tendiente a resolver una situación concreta.

63. Lo anterior se traduce en el reconocimiento de un conjunto de supuestos en los cuales resulta legítimo apartarse del precedente judicial vigente, desarrollados jurisprudencialmente y recogidos en pronunciamientos anteriores de la Sala⁴⁵, a saber: i) la disanalogía o falta de semejanza estricta entre el caso que origina el precedente y el que se resuelve con posterioridad; ii) una transformación significativa de la situación social, política o económica en la que se debe aplicar la regla definida con anterioridad con fuerza de precedente; iii) un cambio en el orden constitucional o legal que sirvió de base a la toma de las decisiones adoptadas como precedentes; iv) la falta de claridad o consistencia en la jurisprudencia que debe ser tomada como referente, y v) la consideración que esa jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.

64. En efecto, esta Sala⁴⁶ ha reconocido que, “[...] en los eventos referidos, el juez que se separa del precedente asume una especial carga de argumentación, en virtud de la cual debe exponer, de manera clara, razonada y completa, **las razones en las que fundamenta el cambio de posición jurisprudencial** [...]”⁴⁷, para lo cual resulta obligatorio referirse a este -al

⁴⁴ Corte Constitucional, ver sentencias C-083 de 1° de marzo de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-037 de 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; y, SU-640 de 5 de noviembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia 13 de marzo de 2013, M.P. Guillermo Vargas Ayala, Número único de radicación 11001-03-15-000-2012-02074-00.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Corte Constitucional, ver sentencias T-1625 de 23 de noviembre de 2000, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez y T-161 de 8 de marzo de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

precedente-, analizarlo respecto del caso concreto y fundamentar con suficiencia los motivos y las normas en que se sustenta la decisión de apartarse.

65. Así las cosas, y como lo ha sostenido la Sala, **solo el desconocimiento injustificado de un precedente es el que da lugar a la configuración del defecto sustantivo**, como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales⁴⁸.

Defecto sustantivo por inobservancia de una norma jurídica

66. La Corte Constitucional ha identificado los eventos en que se configura el defecto sustantivo:

*“[...] En sentido amplio se está en presencia del vicio cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica.”*⁴⁹

En estricto sentido, lo configuran los siguientes supuestos:

a. El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente⁵⁰ o porque ha sido derogada⁵¹, es inexistente⁵², inexequible⁵³ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador⁵⁴.

b. No se hace una interpretación razonable de la norma⁵⁵.

c. Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes⁵⁶.

d. La disposición aplicada es regresiva⁵⁷ o contraria a la Constitución⁵⁸.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, ver sentencias de: 13 de marzo de 2013, M.P. Guillermo Vargas Ayala, Número único de radicación 11001-03-15-000-2012-02074-00; y, 18 de abril de 2013, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, Número único de radicación: 11001-03-15-000-2012-01797-00.

⁴⁹ Corte Constitucional, ver sentencias: SU-159 de 6 de marzo de 2002, T-295 de 31 de marzo de 2005 y T-743 de 24 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-043 de 27 de enero de 2005, T-657 de 10 de agosto de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 de 31 de agosto de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-033 de 1º de febrero de 2010, y T-792 de 1º de octubre de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-189 de 3 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-205 de 4 de marzo de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵² Corte Constitucional, sentencia T-800 de 22 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-522 de 18 de mayo de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-159 de 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencias T-051 de 30 de enero de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y, T-1101 de 28 de octubre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencias T-462 de 5 de junio de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnett; T-842 de 9 de agosto de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-814 de 19 de octubre de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

e. El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición⁵⁹.

f. La Decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma⁶⁰.

g. Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente [...]”.

67. En ese orden de ideas, uno de los eventos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales es cuando el juez incurre en un defecto sustantivo por haber aplicado indebidamente una norma jurídica que sirvió como fundamento para el sentido de la decisión judicial.

68. Respecto del defecto **sustantivo**, la Corte Constitucional⁶¹ ha precisado que se presenta cuando “[...] **la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica [...]**”⁶². (Destacado por la Sala).

Análisis del caso en concreto

69. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio, para posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-018 de 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-086 de 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-231 de 13 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-807 de 26 de agosto de 2004, M.P. Clara Inés Vargas.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia SU-195 del 12 de marzo de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶² Corte Constitucional, sentencias SU-159 del 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Espinosa; T-043 del 27 de enero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-295 del 31 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-657 del 10 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-686 del 31 de agosto de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-743 del 24 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-033 del 1º de febrero de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y, T-792 del 1º de octubre 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Acervo y análisis probatorios

70. Para resolver el caso *sub judice*, esta Sala seguirá rigurosamente los parámetros elaborados por la Corte Constitucional respecto al defecto fáctico y al defecto sustantivo, con el fin de determinar si, efectivamente, la entidad accionada incurrió en los yerros mencionados, para lo cual revisará y valorará el acervo probatorio:

70.1. Documentos que corresponden a dos (2) notas periodísticas denominadas “[...] *Carlos Palacino y el desfaldo a la Salud: ¿dónde esté el Fiscal General [...]*” y “[...] *Águilas que cazan moscas [...]*” en la cual se relaciona un correo electrónico enviado por el Representante Holger Horacio Díaz Hernández al representante legal de Saludcoop EPS, el 29 de noviembre de 2010, en los siguientes términos:

“[...] De: “Holger Díaz Hernández” <holgerdiaz@hotmail.com>

Fecha: 29, 2010 10:07 p.m.

Asunto: Buenas noches, te envié el texto definitivo del proyecto aprobado en las comisiones septimas (sic), te quiero molestar porque hace 2 meses no han vuelto a consignar, NIT 804010319-3. Muchas gracias. Holger

*Para: <carlospalaciono@hotmail.es>[...]*⁶³.

70.2. Oficio sin número de fecha 6 de septiembre de 2014, suscrito por el representante legal de la sociedad Salud con Calidad Ltda., en el que se menciona que el señor Holger Horacio Díaz Hernández “[...] **estuvo vinculado a esta empresa en el cargo de gerente durante el periodo comprendido entre el 10/11/2000 y el 31/12/2001 [...]**” y, que la sociedad “[...] **Salud con Calidad, ha tenido relación comercial con Saludcoop desde el año 2001 [...]**”⁶⁴. (Destacado por la Sala).

70.3. Oficio S.G.CERTI.042/2017 suscrito por el Secretario General de la Cámara de Representantes en el que se hace constar que el señor Holger Horacio Díaz Hernández “[...] *fue elegido como Representante a la Cámara por*

⁶³ Cfr. folio 46 a 55 del cuaderno 1 del expediente de pérdida de investidura con número único de radicación 110010315000201401602-00.

⁶⁴ Cfr. folio 252 a 254 *ibidem*.

la circunscripción electoral del departamento de Santander, para el periodo Constitucional 2010-2014, tomando como posesión el 20 de julio de 2010 [...]”⁶⁵.

70.4. Gaceta del Congreso núm. 505 de 2010, en la que consta la instalación del Congreso para el periodo constitucional 2010-2014 y la asistencia del Representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández⁶⁶.

70.5. Certificación suscrita por el Secretario General de la Cámara de Representantes en la que se señala que el señor Holger Horacio Díaz Hernández se desempeñó como ponente coordinador del proyecto de ley número 126 de 2010 Cámara, sobre reforma a la salud, documento del que se destaca:

“[...] 1. el señor Holger Horacio Díaz Hernández no presentó impedimento en la discusión y aprobación realizada en sesiones plenarias de la Corporación del proyecto de ley No. 001 de 2010 Senado, acumulado con los proyectos de ley No. 095 de 2010, 143 de 2010 y 147 de 2010 Senado – 106 Cámara, hoy Ley 1438 de 2011 “POR MEDIO DE LA CUAL SE REFORMA EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”. Sin embargo, durante la plenaria realizada el 6 de diciembre de 2010, en la cual se discutió y aprobó en segundo debate la Ley de interés, se dejó la siguiente constancia:

“Hay que dejar nueva constancia de que los Representantes Diela Liliana Benavides, Luis Fernando Ochoa, Martha Ramírez y Holger Díaz, presentaron impedimentos en la Comisión y les fue negado.

2. Que el doctor HOLGER HORACIO DÍAZ HERNÁNDEZ se desempeñó como ponente coordinador del referido proyecto y posteriormente fue designado conciliador del mismo [...]”⁶⁷. (Destacado por la Sala).

70.6. Acto administrativo de 6 de marzo de 2013, mediante el cual la Procuradora General de la Nación (E) ordena la apertura de investigación disciplinaria contra el representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández por presuntos hechos irregulares en el trámite legislativo a favor de Saludcoop S.A.⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. folio 260 *ibidem*.

⁶⁶ Cfr. folio 265 a 274 *ibidem*.

⁶⁷ Cfr. folio 261 a 263 *ibidem*.

⁶⁸ Cfr. folio 282 a 290 *ibidem*.

70.7. Certificación, listado y comprobantes de pagos realizados por Saludcoop EPS a la señora Gloria Lucía Quiroz esposa del señor Holger Horacio Díaz Hernández, por concepto de “*Reportes de nómina*”⁶⁹; entre los que se incluye la bonificación especial de \$17.550.000.00 pagada el 14 de enero de 2011.

70.8. Copia de los contratos de trabajo a término indefinido y de los otros sí a los referidos contratos, suscritos entre Saludcoop EPS como empleador y la señora Gloria Lucía Quiroz como trabajadora⁷⁰.

70.9. Relación de los pagos realizados por Saludcoop EPS a la sociedad Salud con Calidad Ltda⁷¹.

70.10. Audiencia de testimonio del señor Carlos Gustavo Palacino Antía, practicada por esta Corporación, en el proceso de pérdida de investidura con número único de radicación 110010315000201401602-00, el 4 de mayo de 2016⁷².

70.11. Certificado de existencia y representación legal de Salud con Calidad Ltda., Servicios de Salud con Calidad, documento del que se advierte: i) la constitución de la sociedad mediante escritura pública núm. 2368 de 10 de noviembre de 2000, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bucaramanga, por los señores Holger Horacio Díaz Hernández, Gloria Lucía Quiroz Hernández y Franklin Norberto Quiroz Díaz; y, ii) la cesión de la totalidad de las cuotas del señor Holger Horacio Díaz Hernández a Franklin Norberto Quiroz Díaz a través de la escritura pública 412 de 12 de marzo de 2010⁷³.

70.12. Oficio núm. 1030 de fecha 10 de noviembre de 2016, suscrito por la Secretaria de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en el que se remitió al proceso de pérdida de investidura con número único de radicación 11001031500020401602-00, copia del expediente identificado con número de radicación IUS-251471-2011, adelantado contra el Representante a

⁶⁹ Cfr. folio 308 a 326 del cuaderno 2 *ibidem*.

⁷⁰ Cfr. folio 328 a 344 *ibidem*.

⁷¹ Cfr. folio 346 a 347 *ibidem* y 713 del cuaderno 3.

⁷² Cfr. folio 601 a 612 del cuaderno 3 *ibidem*.

⁷³ Cfr. folio 677 a 780 *ibidem*.

la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández por “[...] *el cruce de correos con el entonces presidente de la E.P.S. Saludcoop, Carlos Palacino [...]*” y presuntas irregularidades incursión en conflicto de intereses⁷⁴, actuación que terminó con archivo del proceso disciplinario.

70.13. Oficio suscrito por el Representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández, dirigido a la Presidente de las comisiones séptimas permanentes, sesiones conjuntas, de fecha 16 de noviembre de 2010, denominado “[...] **SOLICITUD DE DECLARATORIA DE IMPEDIMENTO MOTIVO: PRESUNTO CONFLICTO DE INTERESES [...]** *que me impide participar en cualquier forma en la discusión y trámite de las iniciativas legislativas [...]. FUNDAMENTOS DE HECHO: Actualmente mi cónyuge ocupa la Gerencia Regional de una EPS del Régimen Contributivo [...]*”⁷⁵. (Destacado por la Sala).

70.14. Acta 01 de 16 de noviembre de 2016 de las comisiones séptimas de Salud y Seguridad Social del Congreso de la República, sesiones conjuntas, en la que consta que la referida solicitud de impedimento fue sometida a votación de los congresistas, con un resultado de nueve “SI” y tres “NO”; sin embargo, la presidenta de las Comisiones, señora Dilian Francisca Toro Torres manifestó: “[...] *Es que no aclararon perdónenme, que la esposa del Representante Holger, presentó renuncia, entonces qué impedimento puede haber, cuándo presentó renuncia? El jueves presentó renuncia, ya se la aceptaron? Si, ya se la aceptaron, entonces no tiene ningún impedimento. Entonces volvamos a comenzar la votación, dado que la esposa del Representante presentó carta de renuncia el jueves y fue aceptada. Por favor señor Secretario volver a llamar lista. Ya está radicado vamos a votarlo [...]*”; intervención con fundamento en la cual se realizó una nueva votación en la que se obtuvo doce votos por el “NO”⁷⁶. (Destacado por la Sala).

70.15. Escrito mediante el cual la señora Gloria Lucía Quiroz Hernández le manifiesta al presidente del Grupo Saludcoop, señor Carlos Gustavo Palacino Antía “[...] **RENUNCIA IRREVOCABLE** al cargo de Gerente Regional del

⁷⁴ Cfr. folio 682 *ibidem* y anexos 4, 5, 6 y 7.

⁷⁵ Cfr. folio 7 del anexo 1.

⁷⁶ Cfr. folio 34 a 35 *ibidem*.

GrupoSaludcoop (sic) Santander [...] por circunstancias familiares [...], de **fecha 11 de noviembre de 2010**⁷⁷. (Destacado por la Sala).

70.16. Formato único de hoja de vida de persona natural suscrito por el señor Holger Horacio Díaz Hernández, en el que consignó datos personales, formación académica y experiencia laboral, relación en la que se consignó que su cónyuge era la señora Gloria Lucía Quiroz Hernández; empero, no se mencionó la actividad comercial que tuvo con la sociedad Salud con Calidad Ltda.

70.17. Copia de las Gacetas 933, 934, 935, 1.026 y 1.063 de 2010, en las que se advierte la intervención, participación y votación del Representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández al proyecto de ley de reforma a la salud⁷⁸.

70.18. Oficio SG-2-2472-13 de 26 de agosto de 2013, mediante el cual el Secretario General de la Cámara de Representantes informa a la Procuraduría General de la Nación la relación de las “*[...] Actas de Plenaria en las que intervino H.R Díaz Hernández [...] Proyectos en los que fue autor o ponente H.R Díaz Hernández [...]*”⁷⁹.

70.19. Copia del proyecto de Ley número 126 de 2010 Cámara “*por medio de la cual se regula el servicio público de Seguridad Social en Salud, se sustituye el Libro 11 de la Ley 100 de 1993, se adopta el Estatuto Único del Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, presentado por el Representante Holger Horacio Díaz Hernández en condición de autor a la Secretaría General de la Cámara de Representantes el 26 de octubre de 2010⁸⁰.

70.20. Copia de quince (15) contratos de prestación de servicios asistenciales para el Plan Obligatorio de Salud POS, celebrados entre Saludcoop EPS y

⁷⁷ Cfr. folio 168 del anexo 4.

⁷⁸ Cfr. folio 117, 135, 153, 171, 184, 204, 219, 223, 231, 231, 236, 237, 241, 243, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 261 del anexo 5.

⁷⁹ Cfr. folio 1 a 3 del anexo 7.

⁸⁰ Cfr. anexo 7.

Salud con Calidad Ltda., respectivamente en condición de contratante y contratista⁸¹.

70.21. Certificación suscrita por el Coordinador de Acreencias y Recursos Humanos de Saludcoop EPS En Liquidación, en la que se menciona que “[...] de acuerdo con los registros del aplicativo de nómina Kactus la señora GLORIA LUCÍA QUIROZ HERNÁNDEZ identificada con cédula de ciudadanía N° 51.882.565, laboró en la empresa SALUDCOOP EPS HOY EN LIQUIDACIÓN desempeñando los siguientes cargos: - GERENTE REGIONAL SANTANDER desde el día 17 de julio del año 2006 hasta el día 12 de noviembre del año 2010. - GERENTE REGIONAL SANTANDER desde el día 24 de enero del año 2011 hasta el día 30 de noviembre del año 2015 [...]”⁸².

Cargo por defecto fáctico

71. En su escrito de tutela, el actor adujo que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado incurrió en defecto fáctico por haber omitido practicar la prueba que demuestra la no configuración del elemento subjetivo de la conducta atribuida. El actor indicó que:

“[...] al no aportar el Consejo de Estado prueba alguna de que debía declararme impedido antes de los debates o votación del proyecto de ley y que, sabiéndolo, opté por omitir la presentación del impedimento, no era posible decretar la pérdida de investidura. Con mayor razón aflora la violación constitucional si se sabe que el Consejo de Estado no solo eludió la práctica de la prueba para demostrar el elemento subjetivo de la conducta sino que ni siquiera buscó una sola referencia o argumentos sobre dicha subjetividad, la que estaba obligado a cuestionar, ponderar y deducir de modo explícito en sus dos componentes: (i) conocimiento cierto y (ii) voluntad real de cometerla [...]”.

72. Por su parte, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sentencia cuestionada efectuó el siguiente análisis de las pruebas que demostraban los elementos estructurales de la causal de violación del régimen de conflicto de intereses atribuida al Representante demandado. Al respecto, se consignó:

“[...] Ahora bien, la Sala procede a estudiar la causal de violación del régimen

81 Cfr. folio 2 a 174 del anexo 8.

82 Cfr. folio 181 *ibidem*.

de conflicto de intereses, endilgada al accionado, a partir de los tres elementos que la estructuran y el material probatorio obrante en el expediente, así:

i) «Que la persona señalada de adelantar la actuación violatoria del régimen de conflicto de intereses, ejerza o haya ejercido la investidura de Congresista de la República».

En efecto, se encuentra demostrada la calidad de representante a la Cámara que ostentó el demandado durante el período constitucional 2010-2014, quien además integró la comisión constitucional permanente séptima de esa Cámara, que conforme al artículo 2° de la Ley 3ª de 1992⁸³, conoce, entre otros temas, de seguridad social.

ii) «La existencia de un interés directo, particular y actual del Congresista, ya sea de orden moral o económico, en la deliberación o decisión de un tema específico a cargo del Congreso».

Al respecto, de los elementos probatorios arrimados al expediente, se tiene que (a) el demandado fue fundador y socio de la institución prestadora de salud (IPS) Salud con Calidad Ltda. entre el período comprendido durante el 10 de noviembre de 2000 y el 12 de marzo de 2010, así como su gerente desde el 10 de noviembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001; (b) en el «FORMATO ÚNICO - HOJA DE VIDA persona natural», que obra en los archivos del Congreso de la República, no aparece registrada esa actividad societaria ni el cargo de gerente que ejerció en la mencionada empresa; (c) en el correo electrónico de 29 de noviembre de 2010 que dirigió al representante legal de Saludcoop EPS, se evidencia su interés frente a alguna suma adeudada a la aludida IPS (Nit 804010319-3); (d) esta sociedad tuvo relaciones comerciales con Saludcoop EPS del 2002 al 2014; y (e) su cónyuge Gloria Lucía Quiroz Hernández se desempeñó en Saludcoop EPS como coordinadora regional IPS del 1° de julio de 2006 al 31 de marzo de 2007; directora regional de prestación de servicios del 1° de abril de 2007 al 31 de mayo de 2010; y gerente regional Santander del 1° de junio al 11 de noviembre de 2010 (con una asignación básica mensual en la modalidad de salario integral de \$13'500.000), pues le fue aceptada la renuncia a partir del 12 siguiente; sin embargo, volvió a vincularse el 24 de enero de 2011 para ejercer el empleo de gerente regional (con una asignación mensual de \$14'040.000).

De igual modo, se observa que el 26 de octubre de 2010 el demandado presentó como autor, junto con otros representantes a la Cámara, el proyecto de ley 126 de 2010, por el cual «[...] se regula el servicio público de seguridad social en salud, se sustituye el Libro II de la Ley 100 de 1993, se adopta el Estatuto Único del Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», acumulado, entre otros proyectos, al «01 de 2010 Senado, 106 de 2010 Cámara», por el que «[...] se Reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», respecto del cual fue designado como ponente, con otros parlamentarios, y cuyo informe de ponencia para primer debate en comisiones séptimas conjuntas de Senado de la República y Cámara de Representantes, «con proposición de debate (Positiva)», se autorizó publicar el 11 de noviembre de 2010, en el que se indica que los proyectos acumulados tienen, entre otros objetivos: (i) fortalecer la rectoría, la acción sostenible y conjunta de los actores del sistema de seguridad

⁸³ «Por la cual se expiden normas sobre las Comisiones del Congreso de Colombia y se dictan otras disposiciones».

social en salud, a partir de incentivos transparentes y efectivos, (ii) lograr el equilibrio contractual y operativo entre aseguradores y prestadores de salud del sistema, (iii) reafirmar que sea el aseguramiento el modelo financiero en el sistema, optimizar el flujo, la eficiencia y el uso adecuado de sus recursos, (iv) eliminar las barreras de acceso en salud, tales como, copagos y cuotas moderadoras en la prestación de servicios ambulatorios, hospitalarios y en la entrega de medicamentos, (v) el equilibrio entre los actores del sistema, y (vi) establecer el esquema de rectoría, operación, financiación, seguimiento, medición de resultados y condiciones de prestación del servicio de salud.

No obstante, el parlamentario accionado el 16 de noviembre de 2010 radicó escrito contentivo de manifestación de impedimento por conflicto de intereses, porque su cónyuge ocupaba la gerencia regional de una EPS del régimen contributivo, pero le fue negado, luego de que la presidenta de las comisiones séptimas conjuntas aclarara que en días anteriores se le aceptó la renuncia a aquella.

Por lo tanto, la Sala advierte que se encuentra configurado el interés directo, actual, cierto y personal del congresista, toda vez que el proyecto de ley buscaba fortalecer el financiamiento del sistema general de seguridad social en salud, cuyos actores, entre otros, son las entidades promotoras de salud (EPS)⁸⁴ y las instituciones prestadoras de salud (IPS)⁸⁵, frente a las cuales era evidente el beneficio económico de su cónyuge, ya que ejercía un cargo de carácter directivo en Saludcoop EPS, cuyo representante legal tenía relaciones de confianza con ella y su esposo, situación que se evidencia en el precitado correo electrónico y en el testimonio del señor Carlos Gustavo Palacino Antía.

Igualmente, resulta indiscutible el interés particular que tenía el congresista investigado respecto de la sociedad Salud con Calidad Ltda., de la que tan solo dejó de ser socio el 12 de marzo de 2010 (condición que no relacionó en su hoja de vida), habida cuenta de que pidió, de manera sutil, del entonces representante legal de Saludcoop EPS (con la cual tuvo relaciones contractuales dicha IPS para esa época) el pago adeudado de unos meses a favor de esta.

iii) «Que a pesar de ello, el Congresista participó efectivamente del respectivo trámite, sin haber manifestado su impedimento para actuar o sin haber sido recusado para los efectos».

Sobre este aspecto, resulta oportuno anotar que el trámite de un proyecto de ley tiene su génesis desde la designación del respectivo ponente, la cual se halla regulada en el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, que preceptúa:

[...]

⁸⁴ Ley 100 de 1993: «Artículo. 177.-Definición. Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley».

⁸⁵ Ley 100 de 1993: «Artículo. 185.-Instituciones prestadoras de servicios de salud. Son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley».

De las normas antes transcritas se deduce que una vez radicado un proyecto de ley, a este se le designará un ponente, que tendrá la tarea de estudiarlo, así como de preparar y presentar el correspondiente informe de ponencia⁸⁶ para primer debate, en el cual puede proponer una de dos opciones: su discusión o su archivo, conforme al inciso 4° del artículo 157 de la Ley 5ª de 1992.

Precisado lo anterior, resulta incuestionable que la participación en el trámite del proyecto de ley no solo implica la intervención en los debates y votaciones, pues, en el caso del ponente, este adquiere su conocimiento desde cuando es designado como tal, ya que su estudio conllevará la realización de un informe, en el que, se insiste, puede recomendar a la respectiva comisión el debate del proyecto, con lo cual cumpliría el objetivo de darle impulso.

Por consiguiente, en el caso concreto surgía el deber del congresista demandado, en aras de la transparencia en el ejercicio de la función legislativa y del interés general, tanto de abstenerse de presentar en condición de autor el proyecto de ley «126 de 2010 Cámara», como de apartarse del estudio del aludido proyecto de ley «01 de 2010 Senado, 106 de 2010 Cámara» desde su designación como ponente, sobre los cuales era evidente su interés personal, pero, pese a ser consciente del impedimento que recaía sobre él, en especial, porque su esposa laboraba en Saludcoop EPS, solo pretendió retirarse de su conocimiento inmediatamente antes de empezar el debate (16 de noviembre de 2010), y obviamente después de preparar y presentar el informe de ponencia (cuya publicación se autorizó el 11 de noviembre de 2010), junto con otros congresistas, con quienes proponía la discusión del proyecto de ley.

Sobre este último aspecto, resulta menester destacar que pese a que el informe de ponencia para primer debate no fue refrendado por el demandado, tal como lo deja entrever la nota secretarial publicada en la gaceta 913 de 2010, lo cierto es que en el aludido informe no se explica la razón de ello, pero sí aparece su nombre como miembro del grupo de ponentes que estudiaron el correspondiente proyecto de ley y prepararon ese documento.

Como se observa en los precitados artículos 286 y 291 de la Ley 5ª de 1992, la exigencia para declararse impedido no se contrae solo a la participación en los debates o votaciones, pues el conocimiento en caso de los ponentes de los proyectos de ley, surge desde el momento mismo en que son designados en esa condición, puesto que de su informe dependerá que la respectiva comisión o plenaria debata o archive el proyecto, de ahí que el artículo 293 de dicha normativa contemple esta posibilidad, es decir, que en caso de que sea el ponente quien se declare impedido, el presidente designe uno nuevo.

*Por lo tanto, el demandado, se itera, debía declararse impedido desde su designación como ponente del proyecto de ley «[...] 01 de 2010 Senado, 106 de 2010 Cámara, por medio de la cual se Reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, y **sus Proyectos Acumulados:** 95 de 2010 Senado, 143 de 2010 Senado, 147 de 2010 Senado, 160 de 2010 Senado, 161 de 2010 Senado, 182 de 2010 Senado, 035 de 2010 Cámara, 087 de 2010 Cámara, 111 de 2010 Cámara y **126 de 2010 Cámara** [...]», el cual (se insiste) favorecía a los actores del sistema general de seguridad social en salud, entre otros, a las EPS e IPS, pues era evidente su interés particular, en la medida en que su esposa ejercía un cargo directivo en*

⁸⁶ Constitución Política, artículo 160, «[...] Todo Proyecto de Ley o de Acto Legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y deberá dársele el curso correspondiente».

Saludcoop EPS, empleo que dejó de desempeñar el 12 de noviembre de 2010, día a partir del cual le fue aceptada su renuncia.

Sin embargo, la cónyuge del congresista volvió a ser contratada por Saludcoop EPS (24 de enero de 2011, mes en el cual le pagaron \$17'550.000 por concepto de bonificación especial, rubro que había devengado en el 2007 por valor de \$901.000), con posterioridad a la promulgación en el diario oficial de 19 de enero de 2011 de la Ley 1438, «Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», lo que demuestra claramente el proceder consciente del demandado frente al interés que le generaba el mencionado proyecto de ley y el deber correlativo que tenía de apartarse de su conocimiento, de cuyo estudio pretendió separarse tan solo después de elaborado y presentado el informe de ponencia a las comisiones séptimas conjuntas de Senado de la República y Cámara de Representantes, cuando su esposa (supuestamente) había perdido vínculo contractual con la citada EPS (12 de noviembre de 2010).

La Sala reprocha ese actuar del congresista investigado, toda vez que además de ocultar su actividad comercial con la IPS Salud con Calidad, procuró hacer lo mismo respecto del interés que tenía frente al citado proyecto de ley, habida cuenta de que su esposa rompió su vínculo laboral con Saludcoop EPS, casualmente, antes del trámite de los debates y votaciones (12 de noviembre de 2010), por lo que presentó el impedimento antes de que aquellos empezaran (16 de noviembre de 2010), momento en el que los demás congresistas participantes estimaron que no había lugar a este, pues su cónyuge había renunciado.

*En consecuencia, se encuentran configurados los elementos estructurales de la causal de pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de conflicto de intereses, toda vez que el congresista demandado, pese al interés directo, actual, cierto y personal que tenía frente al proyecto de ley «[...] 01 de 2010 Senado, 106 de 2010 Cámara, por medio de la cual se Reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, y **sus Proyectos Acumulados:** 95 de 2010 Senado, 143 de 2010 Senado, 147 de 2010 Senado, 160 de 2010 Senado, 161 de 2010 Senado, 182 de 2010 Senado, 035 de 2010 Cámara, 087 de 2010 Cámara, 111 de 2010 Cámara y **126 de 2010 Cámara** [...]», conoció de este en su condición de ponente, junto con otros congresistas, cuyo informe de ponencia (publicación autorizada el 11 de noviembre de 2010) proponía su sometimiento a debate, sin que se declarara impedido para actuar como tal (pues su esposa ostentaba la calidad de gerente regional de Saludcoop EPS y él tenía intereses claros frente a la IPS Salud con Calidad), dándole, por el contrario, impulso al trámite legislativo. Incluso debió abstenerse de presentar, en condición de autor, el proyecto de ley 126 de 2010 Cámara, que se acumuló al precitado, por lo que desde ese momento se configuró el conflicto de intereses.*

Los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y sin más disquisiciones sobre el particular, nos conducen a decretar la pérdida de investidura del ex representante a la Cámara Hólger Horacio Díaz Hernández, como en efecto se decidirá [...]». (Destacado de la Sala).

73. Ahora bien, respecto al defecto fáctico por irregularidades en la apreciación del material probatorio la Corte Constitucional ha dicho⁸⁷:

“[...] De hecho, esta Corporación ha identificado que “el yerro en la apreciación del material probatorio constitutivo del defecto fáctico debe ser flagrante, protuberante y manifiesto, a tal punto que en razón de él se desconozca “la realidad probatoria del proceso”⁸⁸ Por lo anterior, ha señalado que el vicio fáctico debe tener una relación intrínseca con el sentido de la decisión judicial, de modo que, de no concurrir ese error manifiesto, la sentencia hubiera adoptado un sentido distinto. Quiere ello decir que, el yerro debe ser relevante, no solo en términos de protección del derecho al debido proceso, sino también respecto a la controversia jurídica materia de la decisión judicial”⁸⁹ [...]”.

74. En otros pronunciamientos frente al defecto fáctico, también la Corte ha señalado⁹⁰:

“[...] También la jurisprudencia Constitucional ha precisado que en la circunstancia de alegarse la posible existencia de un defecto fáctico, el juez de tutela debe restringirse a un ámbito muy limitado de análisis ya que no puede dejar de lado la discrecionalidad y autonomía judicial cobijadas por la sana crítica del juez ordinario. En palabras de la Corte: “la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez natural al material probatorio es extremadamente reducida, pues el respeto por los principios de autonomía judicial, juez natural, e inmediatez, impide que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio”⁹¹.

*No obstante, el operador judicial ostente un amplio margen de valoración probatoria sobre el cual fundamentará su decisión y formará libremente su convencimiento⁹², “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)”⁹³, esta facultad nunca podrá ser ejercida de manera arbitraria, pues dicha valoración lleva intrínseca “la adopción de criterios **objetivos**⁹⁴, no simplemente supuestos por el juez, **racionales**⁹⁵, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y **rigurosos**⁹⁶, esto es, que materialicen la función de administración de justicia*

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-121 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia T-107 de 28 de febrero de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸⁹ *Ibidem*

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-448 de 22 de agosto de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia T-214 de 16 de marzo de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹² Corte Constitucional, sentencia T-902 del 1 de septiembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994, MP. Antonio Barrera Carbonell.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-1300 del 6 de diciembre de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia”.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994, MP. Antonio Barrera Carbonell.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-538 del 29 de noviembre 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”⁹⁷[...]”.

75. Esta Sala debe hacer énfasis en que el actor no indicó qué pruebas no fueron valoradas y en qué condiciones influía esa valoración en la decisión final. Recuérdese que, para la configuración del defecto fáctico, la parte actora, además de indicar cuáles medios probatorios no fueron valorados por el operador judicial, debe argumentar que dichas pruebas eran relevantes y trascendentales en el proceso y, en ese orden de ideas, si hubieran sido tenidas en cuenta por el juez, el sentido de la decisión judicial hubiera sido diferente.

76. No obstante, esta Sala observa que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no incurrió en defecto fáctico, toda vez que en su providencia tuvo en cuenta las pruebas documentales y testimoniales oportunamente allegadas y practicadas en el proceso de pérdida de investidura con número único de radicación 110010315000201401602-00, de las cuales se demostró que:

76.1 El señor Holger Horacio Díaz Hernández fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Santander para el periodo 2010-2014; que perteneció a la Comisión Séptima de la Cámara, **en la que presentó como autor** el proyecto de Ley 126 de 2010 Cámara, “*por medio de la cual se regula el servicio público de Seguridad Social en Salud, se sustituye el Libro 11 de la Ley 100 de 1993, se adopta el Estatuto Único del Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, **el 26 de octubre de 2010.**

76.2 Para el periodo constitucional referido, el señor Holger Horacio Díaz Hernández se encontraba casado con la señora Gloria Lucía Quiroz Hernández, con quien constituyó la sociedad Salud con Calidad Ltda., en noviembre de 2000, en la cual el actor era socio y gerente hasta marzo de 2010, cuando cedió la totalidad de las cuotas accionarias.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-159 del 5 de marzo de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

76.3 Que la sociedad Salud con Calidad Ltda., tuvo relaciones comerciales con Saludcoop EPS entre los años de 2004 a 2014.

76.4 Que la señora Gloria Lucía Quiroz Hernández tuvo vínculo laboral con Saludcoop EPS entre el 17 de julio de 2006 y el 12 de noviembre de 2010 y, el 24 de enero de 2011 hasta el 30 de noviembre de 2015, en el cargo de Gerente Regional de Santander.

76.5 Que el **16 de noviembre de 2010**, el Representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández manifestó impedimento para participar en la discusión y trámite de los proyectos de ley relacionados con la reforma a la salud por configurarse un conflicto de intereses porque su esposa Gloria Lucía Quiroz Hernández ocupaba un cargo de Gerente Regional en una EPS del régimen contributivo.

76.6 Este impedimento fue negado por los congresistas de las comisiones séptimas conjuntas de Senado y Cámara de Representantes, de Salud y Seguridad Social, por cuanto, a la cónyuge del representante le había sido aceptada la renuncia al cargo el 12 de noviembre de 2010; sin embargo, la señora Quiroz Hernández se reintegró al mismo cargo el 14 de enero de 2011, **mes en el que recibió una bonificación especial de \$17.550.000.00 por parte de Saludcoop EPS.**

76.7 Que del correo electrónico del señor Holger Horacio Díaz Hernández se envió un mensaje al correo electrónico del señor Carlos Gustavo Palacino Antía en el que se mencionó el envío del “[...] *texto definitivo del proyecto aprobado en las comisiones septimas (sic) [...]*” y la falta de consignación de unos dineros, al señalar “[...] *te quiero molestar porque hace 2 meses no han vuelto a consignar [...]*”, el 29 de noviembre de 2010.

77. De acuerdo con lo anterior, esta Sala considera que los argumentos expuestos por el actor se limitaron a señalar que “[...] *la sentencia cuestionada era deficiente en cuanto al material probatorio que sustenta la responsabilidad subjetiva de la conducta atribuida, esto es, culpa o dolo, y elude a que se declaró impedido para participar en la discusión y trámite del proyecto de ley*

relacionado con la reforma a la salud por configurarse conflicto de intereses debido a que su esposa Gloria Lucía Quiroz Hernández era la Gerente Regional de una EPS del régimen contributivo [...]”.

78. Para esta Sala, la sentencia atacada por vía constitucional si desvirtuó las aseveraciones expuestas por el actor en el escrito de tutela, en la medida que, en las consideraciones contenidas en la sentencia de 19 de septiembre de 2017, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro de proceso de pérdida de investidura identificado con el número único de radicación 110010315000201401602-00, de manera adecuada y suficiente, se expusieron las cargas argumentativas sobre los temas echados de menos por el actor, esto es, el análisis juicioso del material probatorio relativo al momento en el que el Representante a la Cámara declaró su impedimento para participar y votar el proyecto de reforma a la salud, en razón del conflicto de intereses y el interés directo que le asistía en razón del vínculo laboral que su esposa tenía con una EPS y la relación comercial que este tuvo con una IPS; pruebas que le permitieron a la autoridad accionada ponderar la ética y dignidad con la que el Representante demandado asumió el asunto.

79. En efecto, esta Sala observa que en la providencia se analizaron los elementos probatorios y se encontró probado que el demandado si había incurrido en la causal de pérdida de investidura de violación al régimen de conflicto de intereses atribuida, esto es, no declararse impedido desde el momento mismo en que fue designado ponente del proyecto de reforma a la salud; configurándose el elemento subjetivo de la conducta que se le atribuía al señor Holger Horacio Díaz Hernández, examen que, para esta Sala, desvirtúa los planteamientos del actor, en los cuales evidencia la disconformidad con los argumentos y las conclusiones de la misma, de modo que, la sentencia cuestionada si se encuentra debidamente motivada

80. En consecuencia, el defecto fáctico alegado no se encuentra configurado, toda vez que, en desarrollo del trámite del proceso ordinario, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sí valoró la prueba documental y testimonial oportunamente allegada y practicada en el referido

proceso de pérdida de investidura y dicha valoración no fue arbitraria, abusiva o irracional.

81. En efecto, los planteamientos realizados por la parte actora en el presente asunto obedecen a estar en desacuerdo con el análisis y con la decisión que adoptó la autoridad judicial demandada y, en ese sentido, se evidencia el descontento con la providencia objeto de censura que fue desfavorable a sus intereses, pero no se advierte que la decisión fue arbitraria o irracional; por el contrario, la actividad intelectual que realizó el juez natural del proceso en materia de valoración y apreciación de pruebas hizo parte de la autonomía e independencia que tienen los jueces de la República y, por consiguiente, ni las partes ni el juez constitucional pueden imponer su criterio, interpretación y lógica sobre la del juez natural, como si se tratara de un juez superior que pueda sustituir de manera arbitraria el juicio valorativo del juez del proceso.

82. En otras palabras, esta Sala encuentra que la autoridad judicial demandada, en la providencia motivo de tutela, efectuó un análisis probatorio razonado y coherente bajo las reglas de la sana crítica, sin que dicha valoración fuera arbitraria, abusiva o irracional, por el solo hecho de no interpretarse en los términos que lo pretende la parte actora.

Cargo por desconocimiento del precedente judicial

83. El actor, en su escrito de tutela señaló que, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se apartó del precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 2016⁹⁸, relacionado con la verificación que el juez debe efectuar para comprobar la configuración del elemento subjetivo de la conducta imputada al accionado en los procesos de pérdida de investidura.

84. Para la aplicación del precedente judicial al caso concreto es necesario verificar la procedencia de los siguientes criterios: i) que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta *ratio* resuelva un problema jurídico semejante al

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 424 de 11 de agosto de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente⁹⁹.

85. La Sala hará mención a la sentencia invocada por el actor para efectos de establecer si en el presente caso hubo o no desconocimiento del precedente, así:

Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 11 de agosto de 2016¹⁰⁰

86. La sala precisa que la Corte Constitucional en la sentencia invocada admitió la aplicación del principio de culpabilidad en los procesos de pérdida de investidura, esto es, el análisis del elemento subjetivo de la conducta del demandado, en la medida que *“[...] en un estado de derecho los juicios sancionatorios, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta típica, antijurídica y culpable. Se precisa entonces, que una sentencia proferida en un proceso de pérdida de investidura, incurre en un defecto sustantivo, cuando sanciona sin analizar si su conducta se produjo con culpa o dolo [...]”*.

87. Uno de los tres problemas jurídicos formulados por la Corte Constitucional, consistió en determinar si: *“[...] incurre en alguna causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales una sentencia mediante la cual la Sala Plena del Consejo de Estado decreta la pérdida de investidura con fundamento en un análisis de responsabilidad objetiva, es decir, sin hacer un juicio de culpabilidad [...]”*.

88. En lo que tiene que ver con el examen de la responsabilidad subjetiva del parlamentario demandado en el proceso de pérdida de investidura, la Corte Constitucional concluyó que corresponde al juez constitucional del proceso sancionatorio verificar dos supuestos relacionados con el actuar del demandado: el primero, si se configura o no el elemento de culpabilidad (culpa o dolo) del parlamentario en la comisión de la conducta imputada; y, el

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 6 de abril de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 11 de agosto de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

segundo, si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y su voluntad se encaminó a esa acción u omisión.

89. Las consideraciones y conclusiones consignadas en la providencia de la Corte Constitucional, fueron las siguientes:

“[...] 34. Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable.

Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.

En ese sentido, el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.

[...]

En consecuencia, esta Corporación encuentra que se configuró un defecto sustantivo, pues se omitió la aplicación del principio de culpabilidad que guía el procedimiento de pérdida de investidura. Las consideraciones de las sentencias que decretaron la pérdida de investidura juzgaron la conducta de los accionantes como si se tratara de un régimen de responsabilidad objetiva, e ignoraron que el problema jurídico debía resolverse bajo la óptica de la responsabilidad subjetiva, de conformidad con las garantías mínimas aplicables cuando se restringe en forma vitalicia un derecho político. Por lo tanto, se omitió la aplicación de un elemento de derecho relevante para la resolución del caso.

[...]

Conclusiones y decisión a adoptar

89. Del análisis del caso planteado, se derivan las siguientes conclusiones:

(iii) El sentido útil de la diferencia sustancial en el reproche originado por los procesos electoral y de pérdida de investidura, radica en la necesidad de evaluar la culpabilidad en el proceso constitucional. De esta forma, al juez contencioso electoral le corresponde evaluar la validez del acto de elección y no la conducta del demandado, es decir, realiza un juicio objetivo de

legalidad; mientras que al juez constitucional de pérdida de investidura no solo le corresponde averiguar la adecuación de la causal, sino también si la conducta del demandado concurrió a la ocurrencia de la inhabilidad, en ese sentido, efectúa un juicio subjetivo.

(vii) La gravedad de la sanción que se impone en el proceso de pérdida de investidura, exige que éste se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad – las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía-, objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, y culpabilidad.

(viii) El análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios sancionatorios, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta típica, antijurídica y culpable.

(ix) Una sentencia proferida en un proceso de pérdida de investidura, incurre en un defecto sustantivo, cuando sanciona a un Representante a la Cámara sin analizar si su conducta se produjo con culpa o dolo.

(x) Así pues, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.

(xi) En el caso concreto no se valoró la diligencia en la averiguación del estado de la jurisprudencia, la buena fe y la confianza que generó la jurisprudencia reciente de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que de manera reiterada interpretó la causal de inhabilidad contenida en el artículo 5º del artículo 179 Superior de la misma manera. Así pues, la sanción impuesta a los demandados no correspondió a un análisis de culpabilidad, y en esa medida resultó desproporcionada respecto de la conducta por ellos asumida en la configuración del hecho inhabilitante reprochado. En consecuencia, esta Corporación encuentra que se configuró un defecto sustantivo, pues se omitió la aplicación del principio de culpabilidad que guía el procedimiento de pérdida de investidura [...]”. (Destacado de la Sala).

90. Ahora, esta Sala observa que el problema jurídico planteado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el proceso controvertido, consistió en establecer si había lugar a decretar la pérdida de investidura del Representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández, por incurrir en las causales de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado (artículo 183, numeral 5.º de la Constitución Política) y violación de los regímenes de incompatibilidades y conflicto de intereses (artículo 183, numeral 1.º *ibidem*), por hacer exigencias económicas al entonces representante legal de Saludcoop EPS y, -participar y votar en el

trámite del proyecto de ley que reformó el Sistema de Seguridad Social en Salud, hoy Ley 1438, pese a que su cónyuge tenía vínculos laborales con la mencionada EPS y existían relaciones comerciales con la IPS Salud con Calidad Ltda.

91. El anterior problema fue decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con fundamento en la normativa aplicable al caso concreto y en la jurisprudencia de la Corporación sobre las causales de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobada¹⁰¹, la violación del régimen de incompatibilidades por gestión de negocios¹⁰², el régimen de conflicto de intereses¹⁰³; la verificación de los supuestos para la configuración de esas causales y el análisis de la conducta atribuida al señor Holger Horacio Díaz Hernández, examen que concluyó con que se debía decretar la pérdida de investidura del Representante demandado. Textualmente, señaló:

“[...] Ahora bien, en lo referente al alcance de la causal que se analiza, la sala plena de lo contencioso-administrativo de esta Corporación, en sentencia de 11 de mayo de 2009¹⁰⁴, explicó «[...] que el conflicto de intereses surge cuando el congresista tiene interés directo en la decisión correspondiente, porque lo afecta de alguna manera, o afecta a su cónyuge o compañero o compañera permanente o a sus parientes, o a sus socios. Cuando lo advierte, está en el deber de declarar su impedimento [...]».

Asimismo, se ha dicho que el conflicto de intereses «[...] tiene ocurrencia cuando en la persona de un congresista exista un interés directo, particular y actual, de carácter moral o económico, en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración, de la que le genere a él o a sus familiares o

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de noviembre de 2016, C.P. María Elizabeth García González, Número único de radicación 110010315000201501571-00.

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencias de: i) 9 de julio de 2009, C.P. Guillermo Vargas Ayala, Número único de radicación 110010315000201100709-00; ii) 10 de noviembre 2009, C.P. María Claudia Rojas Lasso, Número único de radicación 110010315000200801181-00; y, iii) 27 de junio de 2006, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Número único de radicación 110010315000200501331-00.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencias de: i) 11 de mayo de 2009, C.P. Alfonso Vargas Rincón, Número único de radicación 110010315000200900043-00; ii) 20 de noviembre de 2007, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Número único de radicación 110010315000200700286-00; y, iii) 10 de noviembre de 2009, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, Número único de radicación 110010315000200801180-00.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de mayo de 2009, C.P. Alfonso Vargas Rincón, Número único de radicación 11001-03-15-000-2009-00043-00; criterio reiterado en las sentencias de: i) 24 de agosto de 2010, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, Número único de radicación 11001-03-15-000-2009-01352-00; ii) 12 de abril de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Número único de radicación 11001-03-15-000-2010-01325-00; y, iii) 16 de octubre de 2012, C.P. María Elizabeth García González, Número único de radicación 11001-03-015-000-2011-00207-00.

socios, un beneficio de carácter real, y no obstante estar en esa situación, no se declare impedido de participar en los debates o votaciones respectivas»¹⁰⁵.

Adicionalmente, se ha aclarado que «[...] la situación de conflicto debe analizarse en cada caso específico, para determinar si las particulares circunstancias del congresista, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o sus parientes, o socios, se contraponen con el interés comprometido en el asunto o materia en el que intervenga»¹⁰⁶.

En cuanto al elemento interés directo que configura la mencionada causal, la Corte Constitucional, en sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005¹⁰⁷, sostuvo:

[...]

En la precitada providencia de 1° de noviembre de 2016, expediente 11001-03-15-000-2015-01571-00¹⁰⁸, esta Sala recopiló los precedentes jurisprudenciales relevantes acerca del asunto, con el propósito de delimitar los presupuestos necesarios para determinar cuándo un congresista incurre en violación del régimen de conflicto de intereses, en los siguientes términos:

[...]

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial se concluye que el régimen de conflicto de intereses busca blindar la actividad legislativa de cualquier injerencia de tipo personal por parte del congresista, al mediar un interés directo que pudiese afectar su decisión frente a algún tema en particular, sea suyo o de su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o su socio(s) de derecho o de hecho, imponiéndole el deber de declararse impedido para participar en el trámite de los asuntos que atañen a la rama legislativa del poder público, el cual en caso de ser aceptado implicará designar un nuevo ponente o excusarlo del debate y votación [...]».

92. En ese entendido, esta Sala encuentra que, en la sentencia cuestionada se estableció que, por virtud de la Ley 5, los congresistas deben declararse impedidos para **conocer y participar en los debates y en las votaciones sobre determinado proyecto**.

93. Frente a la configuración del elemento subjetivo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo precisó en la sentencia cuestionada, que la causal de violación al régimen de conflicto de intereses se encuentra establecida en

¹⁰⁵ Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso-administrativo, consejero ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, sentencia de 9 de noviembre de 2004, demandado: Yidis Medina Padilla. Derrotero reiterado en fallo de 20 de noviembre de 2007, expediente 11001-03-15-000-2007-00286-00, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso-administrativo, sentencia de 10 de noviembre de 2009, expedientes acumulados «11001-03-15-000-2008-01180-00(P)- 2008-01367», C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

¹⁰⁷ Magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰⁸ Consejera ponente: María Elizabeth García González.

los artículo 183, numeral 1.º, de la Constitución Política y 296, numeral 3.º, de la Ley 5, figura analizada a partir del interés directo que le asistía al parlamentario en el proyecto de ley de reforma a la salud.

94. En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró acreditado el elemento subjetivo de la conducta atribuida, al demostrarse que el Representante Holger Horacio Díaz Hernández desde el momento en el que la Mesa Directiva de la Comisión Séptima lo designó como ponente del proyecto de ley que reformaba el Sistema de Seguridad Social en Salud, conocía de la configuración de la causal de conflicto de intereses derivada del vínculo laboral y/o contractual de su esposa, Gloria Lucía Quiroz Hernández, tenía con la EPS Saludcoop, empero, únicamente se manifestó impedido para participar y votar el referido proyecto de ley, el 16 de noviembre de 2010, en las comisiones séptimas conjuntas de Senado de la República y Cámara de Representantes, esto es, luego de preparar y presentar el informe de ponencia en primer debate, en el cual se propuso la discusión del proyecto de ley. Textualmente, señaló:

“[...] De las normas antes transcritas se deduce que una vez radicado un proyecto de ley, a este se le designará un ponente, que tendrá la tarea de estudiarlo, así como de preparar y presentar el correspondiente informe de ponencia¹⁰⁹ para primer debate, en el cual puede proponer una de dos opciones: su discusión o su archivo, conforme al inciso 4º del artículo 157 de la Ley 5ª de 1992.

Precisado lo anterior, resulta incuestionable que la participación en el trámite del proyecto de ley no solo implica la intervención en los debates y votaciones, pues, en el caso del ponente, este adquiere su conocimiento desde cuando es designado como tal, ya que su estudio conllevará la realización de un informe, en el que, se insiste, puede recomendar a la respectiva comisión el debate del proyecto, con lo cual cumpliría el objetivo de darle impulso.

Por consiguiente, en el caso concreto surgía el deber del congresista demandado, en aras de la transparencia en el ejercicio de la función legislativa y del interés general, tanto de abstenerse de presentar en condición de autor el proyecto de ley «126 de 2010 Cámara», como de apartarse del estudio del aludido proyecto de ley «01 de 2010 Senado, 106 de 2010 Cámara» desde su designación como ponente, sobre los cuales era evidente su interés personal, pero, pese a ser consciente del impedimento que recaía sobre él, en especial, porque su esposa laboraba en Saludcoop EPS, solo pretendió retirarse de su conocimiento inmediatamente antes de empezar el debate (16 de noviembre de 2010), y obviamente después de preparar y presentar el informe de ponencia

¹⁰⁹ Constitución Política, artículo 160, «[...] Todo Proyecto de Ley o de Acto Legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y deberá dársele el curso correspondiente».

(cuya publicación se autorizó el 11 de noviembre de 2010), junto con otros congresistas, con quienes proponía la discusión del proyecto de ley.

Sobre este último aspecto, resulta menester destacar que pese a que el informe de ponencia para primer debate no fue refrendado por el demandado, tal como lo deja entrever la nota secretarial publicada en la gaceta 913 de 2010, lo cierto es que en el aludido informe no se explica la razón de ello, pero sí aparece su nombre como miembro del grupo de ponentes que estudiaron el correspondiente proyecto de ley y prepararon ese documento.

Como se observa en los precitados artículos 286 y 291 de la Ley 5ª de 1992, la exigencia para declararse impedido no se contrae solo a la participación en los debates o votaciones, pues el conocimiento en caso de los ponentes de los proyectos de ley, surge desde el momento mismo en que son designados en esa condición, puesto que de su informe dependerá que la respectiva comisión o plenaria debata o archive el proyecto, de ahí que el artículo 293 de dicha normativa contemple esta posibilidad, es decir, que en caso de que sea el ponente quien se declare impedido, el presidente designe uno nuevo.

*Por lo tanto, el demandado, se itera, debía declararse impedido desde su designación como ponente del proyecto de ley «[...] 01 de 2010 Senado, 106 de 2010 Cámara, por medio de la cual se Reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, y **sus Proyectos Acumulados:** 95 de 2010 Senado, 143 de 2010 Senado, 147 de 2010 Senado, 160 de 2010 Senado, 161 de 2010 Senado, 182 de 2010 Senado, 035 de 2010 Cámara, 087 de 2010 Cámara, 111 de 2010 Cámara y **126 de 2010 Cámara** [...]», el cual (se insiste) favorecía a los actores del sistema general de seguridad social en salud, entre otros, a las EPS e IPS, pues era evidente su interés particular, en la medida en que su esposa ejercía un cargo directivo en Saludcoop EPS, empleo que dejó de desempeñar el 12 de noviembre de 2010, día a partir del cual le fue aceptada su renuncia.*

Sin embargo, la cónyuge del congresista volvió a ser contratada por Saludcoop EPS (24 de enero de 2011, mes en el cual le pagaron \$17'550.000 por concepto de bonificación especial, rubro que había devengado en el 2007 por valor de \$901.000), con posterioridad a la promulgación en el diario oficial de 19 de enero de 2011 de la Ley 1438, «Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», lo que demuestra claramente el proceder consciente del demandado frente al interés que le generaba el mencionado proyecto de ley y el deber correlativo que tenía de apartarse de su conocimiento, de cuyo estudio pretendió separarse tan solo después de elaborado y presentado el informe de ponencia a las comisiones séptimas conjuntas de Senado de la República y Cámara de Representantes, cuando su esposa (supuestamente) había perdido vínculo contractual con la citada EPS (12 de noviembre de 2010).

La Sala reprocha ese actuar del congresista investigado, toda vez que además de ocultar su actividad comercial con la IPS Salud con Calidad, procuró hacer lo mismo respecto del interés que tenía frente al citado proyecto de ley, habida cuenta de que su esposa rompió su vínculo laboral con Saludcoop EPS, casualmente, antes del trámite de los debates y votaciones (12 de noviembre de 2010), por lo que presentó el impedimento antes de que aquellos empezaran (16 de noviembre de 2010), momento en el que los demás congresistas participantes estimaron que no había lugar a este, pues su cónyuge había renunciado.

En consecuencia, se encuentran configurados los elementos estructurales de la

*causal de pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de conflicto de intereses, toda vez que el congresista demandado, pese al interés directo, actual, cierto y personal que tenía frente al proyecto de ley «[...] 01 de 2010 Senado, 106 de 2010 Cámara, por medio de la cual se Reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, y sus Proyectos Acumulados: 95 de 2010 Senado, 143 de 2010 Senado, 147 de 2010 Senado, 160 de 2010 Senado, 161 de 2010 Senado, 182 de 2010 Senado, 035 de 2010 Cámara, 087 de 2010 Cámara, 111 de 2010 Cámara y **126 de 2010 Cámara** [...]», conoció de este en su condición de ponente, junto con otros congresistas, cuyo informe de ponencia (publicación autorizada el 11 de noviembre de 2010) proponía su sometimiento a debate, sin que se declarara impedido para actuar como tal (pues su esposa ostentaba la calidad de gerente regional de Saludcoop EPS y él tenía intereses claros frente a la IPS Salud con Calidad), dándole, por el contrario, impulso al trámite legislativo. Incluso debió abstenerse de presentar, en condición de autor, el proyecto de ley 126 de 2010 Cámara, que se acumuló al precitado, por lo que desde ese momento se configuró el conflicto de intereses.*

Los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y sin más disquisiciones sobre el particular, nos conducen a decretar la pérdida de investidura del ex representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández, como en efecto se decidirá [...]”.

95. Sobre este particular, el artículo 157 de la Ley 5ª señala que, una vez radicado el proyecto de ley y designado el ponente, a este corresponde preparar y presentar el informe de ponencia para primer debate, en el cual se propone su discusión o su archivo. La norma en cita establece:

*“[...] **Artículo 157. Iniciación del debate.** La iniciación del primer debate no tendrá lugar antes de la publicación del informe respectivo.*

No será necesario dar lectura a la ponencia, salvo que así lo disponga, por razones de conveniencia, la Comisión.

El ponente, en la correspondiente sesión, absolverá las preguntas y dudas que sobre aquélla se le formulen, luego de lo cual comenzará el debate.

Si el ponente propone debatir el proyecto, se procederá en consecuencia sin necesidad de votación del informe. Si se propone archivar o negar el proyecto, se debatirá esta propuesta y se pondrá en votación al cierre del debate.

Al debatirse un proyecto, el ponente podrá señalar los asuntos fundamentales acerca de los cuales conviene que la Comisión decida en primer término [...]”.
(Destacado de la Sala).

96. Así las cosas, para esta Sala no cabe duda que la autoridad judicial accionada si efectuó el examen del elemento subjetivo de la conducta atribuida al Representante a la Cámara Holger Horacio Díaz Hernández.

97. Por tanto, esta Sala considera que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial en la medida en que efectuó el análisis de responsabilidad subjetiva que configura la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses.

Cargo por defecto sustantivo por inobservancia de normas jurídicas

98. En su escrito de tutela el actor adujo que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo por inobservancia del artículo 286¹¹⁰ de la Ley 5ª, relacionado con los impedimentos de los congresistas para participar en los debates y la votación de los proyectos de ley; y del artículo 23.2¹¹¹ de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre limitación de los derechos políticos por actos de corrupción; decisión que, a su juicio, debe ser adoptada por el juez penal, en el trámite de un proceso de esa naturaleza, y en virtud de una sentencia judicial condenatoria.

99. Al respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado analizó, en la sentencia objeto de tutela, lo siguiente:

“[...] 3.6 Causal de pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses.

Prima facie, ha de anotarse que el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de congresistas se encuentra contemplado en los artículos 183 (numeral 1) de la Constitución Política y 296 (numeral 3) de la Ley 5ª de 1992.

Igualmente, la Constitución Política, en su artículo 182, prevé que “Los congresistas deberán poner en conocimiento de las respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiba para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La Ley determinará lo

¹¹⁰ [...] Artículo 286. Aplicación. Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge 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 [...].

¹¹¹ [...] Artículo 23. Derechos políticos [...] 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 [...].

relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones, por lo que la Ley 5ª de 1992 regula el tema así:

[...]

Ahora bien, en lo referente al alcance de la causal que se analiza, la sala plena de lo contencioso-administrativo de esta Corporación, en sentencia de 11 de mayo de 2009¹¹², explicó “[...] que el conflicto de intereses surge cuando el congresista tiene interés directo en la decisión correspondiente, porque lo afecta de alguna manera, o afecta a su cónyuge o compañero o compañera permanente o a sus parientes, o a sus socios. Cuando lo advierte, está en el deber de declarar su impedimento [...]”

Asimismo, se ha dicho que el conflicto de intereses “[...] tiene ocurrencia cuando en la persona de un congresista exista un interés directo, particular y actual, de carácter moral o económico, en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración, de la que le genere a él o a sus familiares o socios, un beneficio de carácter real, y no obstante estar en esa situación, no se declare impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”¹¹³.

Adicionalmente, se ha aclarado que “[...] la situación de conflicto debe analizarse en cada caso específico, para determinar si las particulares circunstancias del congresista, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o sus parientes, o socios, se contraponen en el interés comprometido en el asunto o materia en el que intervenga”¹¹⁴.

En cuanto al elemento interés directo que configura la mencionada causal, la Corte Constitucional, en sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, sostuvo:

[...]

Precisado lo anterior, resulta incuestionable que la participación en el trámite del proyecto de ley no solo implica la intervención en los debates y votaciones, pues, en el caso del ponente, este adquiere conocimiento desde cuando es designado como tal, ya que su estudio conllevará la realización de un informe, en el que se insiste, puede recomendar a la respectiva comisión el debate del proyecto, con lo cual cumpliría el objetivo de darle impulso.

Por consiguiente, en el caso concreto surgía el deber del congresista demandado, en aras de la transparencia en el ejercicio de la función legislativa y del interés general, tanto de abstenerse de presentar en condición de autor el proyecto de ley 126 de 2010 Cámara, como apartarse del estudio del aludido proyecto de ley 01 de 2010 Senado, 106 de 2010 Cámara desde su designación como ponente, sobre los cuales era evidente su interés personal,

¹¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de mayo de 2009, C.P. Alfonso Vargas Rincón, Número único de radicación 11001-03-15-000-2009-00043-00; criterio reiterado en las sentencias de: i) 24 de agosto de 2010, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, Número único de radicación 11001-03-15-000-2009-01352-00; ii) 12 de abril de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Número único de radicación 11001-03-15-000-2010-01325-00; y, iii) 16 de octubre de 2012, C.P. María Elizabeth García González, Número único de radicación 11001-03-015-000-2011-00207-00.

¹¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de noviembre de 2004, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, Número único de radicación 11001-03-15-000-2004-00584-00, reiterado en la sentencia de 20 de noviembre de 2007, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Número único de radicación 11001-03-15-000-2008-01367-00.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 10 de noviembre de 2009, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, Número único de radicación 11001-03-15-000-2008-0180-00.

pero, pese a ser consciente del impedimento que recaía sobre él, en especial, porque su esposa laboraba en Saludcoop EPS, solo pretendió retirarse de su conocimiento inmediatamente antes de comenzar el debate (16 de noviembre de 2010) y obviamente después de preparar y presentar el informe de ponencia (cuya publicación se autorizó el 11 de noviembre 2010) [...].

Como se observa en los precitados artículos 286 y 291 de la Ley 5ª de 1992, la exigencia para declararse impedido no se contrae solo a la participación en los debates o votaciones, pues el conocimiento en caso de los ponentes de los proyectos de ley surge desde el momento mismo en que son designados en esa condición, puesto que de su informe dependerá que la respectiva comisión o plenaria debata o archive el proyecto, de ahí que el artículo 293 de dicha normativa contemple esta posibilidad, es decir, que en caso de que sea el ponente quien se declare impedido, el presidente designe uno nuevo.

Por lo tanto, el demandado, se itera, debía declararse impedido desde su designación como ponente del proyecto de ley [...] 126 de 2010 Cámara, por medio del cual se Reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, y sus Proyectos Acumulados: [...] y 106 de 2010 Cámara [...], el cual (se insiste) favorecería a los actores del sistema general de seguridad social en salud, entre otros, a las EPS e IPS, pues era evidente su interés particular, en la medida que su esposa ejercía un cargo directivo en Saludcoop EPS, empleo que dejó de desempeñar el 12 de noviembre de 2010.

Sin embargo, la cónyuge del congresista volvió a ser contratada por Saludcoop EPS (24 de enero de 2011), mes en el cual le pagaron \$17.550.00 por concepto de bonificación especial, rubro que había devengado en el 2007 por valor de \$901.000), con posterioridad a la promulgación en el diario oficial de 19 de enero de 2011 de la Ley 1438, Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, lo que demuestra claramente el proceder consciente del demandado frente al interés que le generaba el mencionado proyecto de ley y el deber correlativo que tenía de apartarse de su conocimiento, de cuyo estudio pretensión separarse tan solo después de elaborado y presentado el informe de ponencia a las comisiones séptimas conjuntas de Senado de la República y Cámara de Representantes, cuando su esposa (supuestamente) había perdido vínculo contractual con la citada EPS (12 de noviembre de 2010). [...].”

100. Para esta Sala, está plenamente acreditado dentro del expediente de pérdida de investidura que el actor fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Santander para el periodo constitucional 2010-2014 y que tomó posesión el 20 de julio de 2010; es decir, le era exigible el cumplimiento de los deberes y obligaciones dispuestos en el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes contenido en la Ley 5ª.

101. En efecto, en lo que tiene que ver con la declaración de impedimento de los congresistas para participar en los debates o votaciones de un proyecto de ley, por conflicto de intereses, el artículo 286 de la Ley 5ª establece:

“[...] Artículo 286. Aplicación. Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge 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 [...]”. (Destacado de la Sala)

102. Por su parte, el artículo 291 *ibidem* señala que los congresistas deben declararse impedimentos para conocer y participar en determinados proyectos de ley. La norma en cita, establece:

“[...] Artículo 291. Declaración de impedimento. Todo Senador o Representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés [...]”. (Destacado de la Sala).

103. De lo anterior, se infiere que los congresistas deben declararse impedidos tanto para conocer de un proyecto de ley como para participar en los debates o votaciones del mismo, al observar un conflicto de interés.

104. En ese entendido, para esta Sala no cabe duda que la autoridad judicial accionada no inobservó la norma invocada por el accionante; por el contrario, efectuó una interpretación armónica de la normativa legal y constitucional que regula la figura de los impedimentos de los parlamentarios por conflicto de intereses, análisis que sustentó en la jurisprudencia¹¹⁵ sobre interés directo.

105. En efecto, esta Sala, al revisar los antecedentes del caso y el problema jurídico planteado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, observa que la autoridad judicial demandada no incurrió en el defecto endilgado por el actor toda vez que aplicó correctamente la normativa contenida la Constitución Política y en la Ley 5, relacionada con los impedimentos de los congresistas.

106. Debe recordarse que, para la configuración del defecto sustantivo, se debe acreditar que el juez obró de manera arbitraria o caprichosa y trajo como

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; y, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de: i) 1 de noviembre de 2016, M.P. María Elizabeth García González, Número único de radicación 110010315000201501571-00; y ii) 23 de marzo de 2010, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Número único de radicación 110010315000200900198-00.

consecuencia la vulneración de derechos fundamentales. Frente al tema, la Corte Constitucional ha dicho ¹¹⁶:

“[...] 8.3. Ahora bien, para el análisis de esta causal en un caso concreto es necesario tener en cuenta que esta Corporación ha considerado que cuando existan varias interpretaciones constitucionalmente admisibles sobre un mismo tema, las cuales son respaldadas por la jurisprudencia vigente, y el operador jurídico decide aplicar una de ellas, la acción de tutela no está llamada a prosperar, en respeto de los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, pues se entiende que una autoridad ha incurrido en un defecto sólo cuando se evidencie un actuar totalmente arbitrario y caprichoso que lesione derechos fundamentales, es decir, cuando no respeta los presupuestos de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad [...]”.

107. En ese orden de ideas, para esta Sala no se produjo una indebida interpretación de las normas que hacen referencia a los impedimentos de los congresistas, lo que lo llevó a concluir que era procedente la declaratoria de pérdida de investidura del demandado, toda vez que no se manifestó impedido para conocer el proyecto de ley que reformó la salud de conformidad con el régimen de conflicto de intereses contenido en la Constitución Política y regulado en la Ley 5ª, desde el momento mismo en que fue designado como ponente de éste, sino que, esperó a la etapa de participación de la discusión y votación del asunto.

108. Por tanto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aplicó correctamente las normas jurídicas relevantes que servían de sustento para adoptar la decisión.

109. Ahora bien, con respecto al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el actor señala que el Consejo de Estado no puede limitar su derecho de participación por cuanto ello corresponde al juez penal, en virtud de una sentencia condenatoria de la misma naturaleza.

110. Al respecto, se precisa que la Convención Americana de Derechos Humanos fue aprobada por Colombia, mediante la Ley 16 de 30 de diciembre de 1972¹¹⁷ y está en vigor para Colombia, es decir, que está produciendo

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-031 de 8 de febrero de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹¹⁷ Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

efectos jurídicos en el Estado colombiano. La disposición invocada por el actor como desconocida, establece:

“[...] 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 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 [...].”

111. El alcance de la norma en cita fue precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*¹¹⁸, así:

“[...] La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones [...]. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en que cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.” [...] “Por todo lo expuesto,

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 23 de junio de 2005, Caso *Yatama Vs. Nicaragua*.

la Corte considera que el Estado violó los artículos 23 y 24 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los candidatos propuestos por YATAMA para participar en las elecciones municipales de noviembre de 2000, ya que dispuso y aplicó disposiciones de la Ley Electoral de 2000 No. 331 que establecen una restricción indebida al ejercicio del derecho a ser elegido y lo reglamentan de forma discriminatoria. Asimismo, el Tribunal estima que el Estado violó el artículo 23.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de dichos candidatos, como consecuencia de que las decisiones que los excluyeron de ejercer dicho derecho fueron adoptadas en contravención de las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención y no pudieron ser controladas a través de un recurso judicial [...]”.

112. La Convención Americana de Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad, por virtud del artículo 93 de la Constitución Política¹¹⁹, normativa que establece que los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Colombiano integran la Constitución Política y, en ese entendido, deben ser interpretados de manera armónica y sistemática con las disposiciones constitucionales y legales del ordenamiento interno.

113. Frente al tema, la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995¹²⁰, consideró:

“[...] En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). [...]”.

114. La anterior interpretación ha sido reiterada por la Corte Constitucional en otros pronunciamientos. En efecto, en la sentencia C-028 de 26 de enero de 2006¹²¹, se consideró lo siguiente:

“[...] En lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como

¹¹⁹ Adicionado por el artículo 1.º del Acto Legislativo núm. 2 de 27 de diciembre de 2001>

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia c-028 de 26 de enero de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución [...].”

115. Asimismo, la Corte Constitucional¹²² ha señalado que “[...] a partir de la aplicación del principio pro homine, la Corte haya establecido que todos los tratados de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad [...]”. El citado artículo 93 de la Constitución Política señala:

“[...] Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1.º del Acto Legislativo núm. 2 de 27 de diciembre de 2001>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él [...]”.

116. Igualmente, la Corte Constitucional¹²³ ha sostenido que el bloque de constitucionalidad hace referencia a las normas y principios que, sin estar incorporadas textualmente en la Constitución Política, se utilizan como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes¹²⁴ y como herramientas para interpretar derechos¹²⁵, es decir, que la Convención Americana de Derechos Humanos integra la Constitución Política y debe ser interpretada de manera armónica.

¹²² Ver entre otras Corte Constitucional, sentencia C -327 de 22 de junio de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²³ Corte Constitucional, sentencias C-590 de 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-046 de 1 de febrero de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; y C-123 de 22 de febrero de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1635 de 27 de noviembre de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

117. Frente al tema, esta Corporación¹²⁶ ha sostenido:

“[...] De esta forma, la Carta Fundamental no solamente permite que las mayores garantías previstas en tratados internacionales que consagren derechos humanos rijan en el orden interno, por virtud del bloque de constitucionalidad, sino también que garantiza la autonomía e independencia del poder judicial, facilitando de esta manera que la protección y defensa de los derechos de índole político, y particularmente los de elegir y ser elegidos, se puedan radicar en cabeza de los jueces de la República. [...]”.

118. De acuerdo con lo anterior, es claro que el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos enuncia los derechos políticos existentes y exigibles a los Estados partes de la Convención, así como los criterios específicos que les permiten limitar los derechos bajo parámetros de legalidad, objetividad y proporcionalidad.

119. Asimismo, dicha disposición integra el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso 2.º del artículo 93 de la Constitución Política y, en ese sentido, debe ser interpretado armónica y sistemáticamente. Sobre este particular, la Corte Constitucional en la ya cita sentencia C-028 de 26 de enero de 2006¹²⁷, señaló:

“[...] En el caso concreto, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como se ha explicado, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción. En igual sentido, la Constitución de 1991, tal y como lo ha considerado la Corte en diversos pronunciamientos, tampoco se opone a la existencia de dichas sanciones disciplinarias, incluso de carácter permanente, pero bajo el entendido de que dicha sanción de inhabilidad se aplique exclusivamente cuando la falta consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado.

En suma, contrario a lo sostenido por los demandantes, la facultad que le otorgó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o permanentes que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos, no se opone al artículo 93 constitucional ni tampoco al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica. [...]”.

¹²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de noviembre de 2017, C.P. César Palomino Cortés, número único de radicación 11001-03-25-000-2014-00360-00.

¹²⁷ Corte Constitucional, sentencia c-028 de 26 de enero de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

120. En el ordenamiento interno, los derechos políticos se encuentran establecidos en el artículo 40 de la Constitución Política, como los medios que tienen los sujetos habilitados por el Estado para practicar los derechos políticos y electorales. Para tal efecto, los ciudadanos pueden hacer efectivo el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. La norma en cita establece:

“[...] 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.*
- Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública [...].”*

121. Sin embargo, estos derechos pueden ser limitados, entre otros eventos, en los descritos en el artículo 183 *ibidem*, norma que establece:

“[...] Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

- 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.*
- 2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.*
- 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.*
- 4. Por indebida destinación de dineros públicos.*
- 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado [...].”*

122. La norma en cita refiere a una sanción de carácter disciplinario que difiere de los regímenes de responsabilidad de los servidores públicos, tales como los

procesos penales, electorales, de responsabilidad fiscal e incluso el disciplinario adelantado por la administración pública. En efecto, sobre la naturaleza de la figura, la Corte Constitucional¹²⁸, ha dicho:

*“[...] se trata de “un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción de **carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario**” por la trasgresión del estricto código de conducta previsto para los miembros de las corporaciones representativas. Consiste por lo tanto en un proceso jurisdiccional, de carácter sancionatorio, el cual culmina –en el caso que se comprueba la trasgresión de una de las causales legalmente previstas– con la imposición de una sanción que constituye una sanción equiparable, por sus efectos y gravedad, a la destitución de los altos funcionarios públicos [...]”*

123. Por su parte, el Consejo de Estado¹²⁹ ha sostenido:

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

124. La pérdida de investidura de los congresistas se tramitaba por el procedimiento previsto en la Ley 144 de 13 de julio de 1998¹³⁰, “*Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas*”, normativa que establecía que el Consejo de Estado conocería en única instancia de los referidos procesos a solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano, por las causales establecidas en la Constitución Política. Frente al tema, la Corte Constitucional¹³¹ ha sostenido:

“[...] La pérdida de investidura regulada en el artículo 183 de la Constitución, actúa como una sanción para los congresistas que incurran en vulneración del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, que les son aplicables (numeral 1º); que incumplan ciertos deberes inherentes al cargo (numerales 2º y 3º) o sean responsables por indebida destinación de dineros públicos o por tráfico de influencias debidamente comprobado (numerales 4º y

¹²⁸ Corte Constitucional, sentencias C-319 de 14 de julio de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-935 de 14 de diciembre de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y, T-544 de 28 de mayo de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de marzo de 2010, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Número único de radicación 110010315000200900198-00.

¹³⁰ Se precisa que en la actualidad los procesos de pérdida de investidura de los congresistas se tramitan de acuerdo a lo establecido en la Ley 1881 de 15 de enero de 2018, “*Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones*”.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia SU-264 de 7 de mayo de 2015, M.P. Gloria Stella Delgado Díaz.

5º). Se concibe como una garantía constitucional que busca preservar la intangibilidad del Congreso de la República en caso de que uno de sus miembros deba ser investigado con base en circunstancias que puedan conducir a la pérdida del cargo de elección popular”

27. De la misma manera, el Consejo de Estado ha definido dicha acción de manera reiterada bajo el siguiente concepto:

“La institución de la pérdida de investidura tiene como propósito la moralización y legitimación de la institución política de representación popular. La acción de pérdida de investidura es una acción constitucional que se enmarca dentro de los principios de taxatividad constitucional, de legalidad, y sometimiento a las garantías del debido proceso. Así, conforme al principio de taxatividad, la Constitución incluye las conductas de los parlamentarios constitutivas de causales de pérdida de investidura. La acción de pérdida de investidura está gobernada por el principio de legalidad, del cual deviene la postulación básica de la preexistencia normativa de la falta, la pena y las fórmulas sustanciales del juicio. En otras palabras, la preexistencia de las conductas que la originan, cuya interpretación es restrictiva en la medida en que dichas conductas afectan derechos, así como de la sanción que se impone y el procedimiento que se sigue. 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”¹³².

28. Al igual que con la acción de nulidad electoral, contrastar la definición de las jurisdicciones constitucionales y administrativa de la pérdida de la administrativa permite resumir ciertos elementos esenciales de la misma, así:

28.1 La pérdida de investidura constituye “un verdadero juicio de responsabilidad política que se define con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la violación al código de conducta que deben observar los congresistas en razón al valor social y político de la investidura detentada. Una vez aplicada la sanción, el congresista pierde su calidad de tal y además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista. Esta sanción particularmente drástica se estableció en la Constitución, con fundamento en la altísima dignidad que supone ser Representante a la Cámara o Senador, a los intereses sociales que representa en virtud de la confianza depositada por los electores y a la significación del Congreso dentro del Estado Democrático”.

28.2 El proceso de pérdida de investidura, de acuerdo con lo indicado en la Constitución, se tramita en un término especialmente breve, en las condiciones que establezca la ley y es de competencia exclusiva de la Sala Plena del Consejo de Estado. Tal proceso solamente puede iniciarse en los casos, bajo las condiciones y con las consecuencias que la Constitución establece. De esta forma, la pérdida de investidura tiene carácter sancionatorio, por lo que de forma general está sujeta “a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las especiales modulaciones necesarias para el cumplimiento de los fines constitucionales. Esas modulaciones encuentran fundamento en las características propias de la institución, particularmente, en la gravedad de la sanción que se origina en la incursión en un conjunto muy variado de infracciones y la brevedad del término con el que cuenta el Consejo de Estado para emitir la decisión. Entonces, no se trata de un castigo cualquiera sino de uno excepcional, por esa razón, requiere de la plena

¹³² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Número único de radicación 11001-03-15-000-2011-01408-00.

observancia de las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso dispuesto en el artículo 29 de la Constitución”

28.3 El proceso de pérdida de investidura, inicialmente se adelantó siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo, que resultaba aplicable a aquellos litigios para los cuales no exista un proceso especial. Sin embargo, con la expedición de la Ley 144 de 1994 se reguló el procedimiento a seguir, consultando las particularidades de la nueva institución, ajustado al breve término de 20 días previsto en la Constitución. En el artículo 17 de la mencionada ley, se estableció el recurso extraordinario especial de revisión para las sentencias que levanten la investidura de un congresista, sin que se dispusiera el órgano competente para conocer del mismo. Solamente hasta 1998 con la puesta en vigencia de la Ley 446 de ese año, se asignó a la Sala Plena del Consejo de Estado la competencia para conocer de ese recurso extraordinario, sin que pudieran ser recusados los Consejeros que participaron en la decisión impugnada, ni podrían declararse impedidos por ese solo hecho [...]” (Destacado de la Sala).

125. Visto lo anterior, para esta Sala es claro que el medio de control de pérdida de investidura tiene como finalidad sancionar al elegido por incurrir en conductas que contrarían su dignidad, ya sea por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses, trámite adelantado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

126. En ese entendido, el proceso de pérdida de investidura adelantado en el Consejo de Estado contra el señor Holger Horacio Díaz Hernández, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 144, norma aplicable para la fecha en que se radicó la demanda (27 de julio de 2014), no contrarió las disposiciones universales establecidas en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos comoquiera que es el juez competente, en virtud de la Constitución y la ley, para efectuar el análisis de la limitación de los derechos políticos, de acuerdo con los parámetros de legalidad, objetividad y proporcionalidad.

127. Sobre este particular, la Sala Plena de la Corporación¹³³ ha sostenido:

“[...] La expedición de la Ley 144 de 13 de julio de 1994, “Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas”, que desarrolló los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, hizo que entrara en pleno vigor la acción constitucional. Esta normativa se vino a complementar con las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, artículos 55 y 48, las cuales establecieron que la acción de pérdida de investidura igualmente

¹³³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Número único de radicación 11001-03-15-000-2014-03886-00

procedía contra diputados, concejales municipales y distritales, y los miembros de las juntas administradoras locales.

Sin embargo, en otras normas constitucionales también fueron consagradas causales para la procedencia de la pérdida de investidura, razón por la que el análisis de estas debe hacerse a partir de una lectura integral del texto constitucional. Es así como en los artículos 109 y 110 de la Constitución se fijan hechos o circunstancias diversas a las contempladas en el 183 como causales para la procedencia de la pérdida de la investidura.

El Congreso de la República expidió la Ley 144 de 13 de julio de 1994, “Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de la investidura de los congresistas”, mediante la cual se desarrollaron los artículos 183 y 184 de la Constitución Política.

En términos generales, la acción de pérdida de la investidura se ha definido como un juicio¹³⁴ o proceso jurisdiccional sancionatorio, pues hace parte del jus puniendi del Estado y, a diferencia de los procesos sancionatorios administrativos, es la jurisdicción –el juez de lo Contencioso Administrativo- con fundamento en el procedimiento establecido por el legislador el que impone la sanción.

De propósito ético¹³⁵, en tanto las causales ideadas por el Constituyente son un código positivizado de conducta, que tiene por objeto reprochar y sancionar conductas contrarias a la dignidad del cargo que ejercen los representantes del pueblo. Dignidad que surge por el hecho del voto ciudadano y que enaltece el principio de representación democrática.

A partir de la positivización de las conductas objeto de reproche, ha de entenderse que el juez de la pérdida de la investidura debe juzgar si determinado comportamiento de quien ostenta la representación popular se ajusta a lo que el Constituyente y el legislador -en el caso de los miembros de las corporaciones públicas del orden territorial- esperan de él. Dicho de otro modo, el ordenamiento tiene la expectativa de que los representantes del pueblo ejerzan sus funciones con la dignidad que ello significa y, en consecuencia, no incurran en las causales de pérdida de investidura. [...]”.

128. En ese entendido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, si era competente para analizar la conducta del representante demandado y verificar el elemento subjetivo de esta.

129. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la competencia de la autoridad que limita derechos políticos, esta Corporación en sentencia de 15 de noviembre de 2017¹³⁶, proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación

¹³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-1159 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 21 de agosto de 2012. Expediente: 110010315000201100254-00(PI). Actor: Jesús Enrique Vergara Barreto. Demandado: Representante a la Cámara Héctor Javier Vergara Sierra. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de noviembre de 2017, C.P. César Palomino Cortés, número único de radicación 11001-03-25-000-2014-00360-00.

11001032500020140036000, precisó que, de conformidad con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política, la restricción de los derechos políticos de servidores elegidos popularmente solo compete a los jueces de la República, a través de sentencias judiciales, y dentro de un proceso de la misma naturaleza.

130. En ese orden de ideas, esta Sala considera que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, no incurrió en defecto sustantivo por inobservancia del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Conclusión de la Sala

131. En suma, con fundamento en las consideraciones jurídicas establecidas en la parte motiva de esta sentencia, esta Sala negará las pretensiones del amparo, en la medida en que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no incurrió en defecto fáctico ni sustantivo por i) desconocimiento del precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 2016, o ii) inobservancia de los artículos 286 de la Ley 5ª y 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; teniendo en cuenta que profirió su sentencia de manera razonable y ajustada a derecho, en donde no se evidenció por esta Sala una actuación grosera o arbitraria que haya traído como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales del actor.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR el amparo interpuesto por el señor Holger Horacio Díaz Hernández, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Si no fuere impugnada la sentencia conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Ley núm. 2591 de 1991, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

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

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Conjuez

CAMILO CALDERÓN RIVERA
Conjuez

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Conjuez