

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C,

29 de mayo de 2019.

Radicación número:

211001-03-15-000-2018-03883-01 (PI 1881-2019)

Solicitante:

Mesa Directiva de la Cámara de Representantes

Acusado:

Seuxis Paucias Hernández Solarte



SALVAMENTO DE VOTO.

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, he salvado el voto frente a la providencia del pasado 28 de mayo de 2019 que confirmó la sentencia de primera instancia proferida el 20 de febrero de 2019 en Sala Especial de Decisión por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y lo he hecho con basamento en los siguientes criterios que tuve oportunidad de sostener en ponencia presentada a esta misma sala dentro del proceso 11001-03-15-000-2018-02616-01, que no contó en esa oportunidad con el apoyo de las mayorías:

I. DE LA FUERZA MAYOR RESPECTO DE LA CAUSAL DE DESINVESTIDURA EN CUESTIÓN: ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

1.1. La causal

La Mesa Directiva de la Cámara de Representantes invocó, como motivo para deprecar la desinvestidura del Congresista designado Seuxis Pucias Hernández Solarte, la materialización de la conducta que configura el supuesto fáctico de la causal prevista en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política que prescribe:

“Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura: (...).

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.

Parágrafo:

Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor”.

En relación con esta causal, le compete al juez verificar que el Congresista designado no haya tomado posesión de ese destino dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fuere llamado a posesionarse.

Ha de averiguar, además, si la consumación de esa conducta amerita un juicio de reproche, trabajo que debe estar precedido de una valoración de tipo subjetivo que supone la capacidad de culpabilidad del sujeto procesado, y que se desenvuelve, primero, en un plano cognitivo en orden a la verificación del debido conocimiento o del conocimiento efectivo de la ilicitud por parte de aquel; y que en un segundo momento se incardina a determinar, si al sujeto se le podía exigir una conducta diferente a la que observó.

1.2. La Fuerza mayor

La fuerza mayor constituye una hipótesis materia de verificación en este segundo momento, pues edificada, como se encuentra, sobre el aforismo jurídico "Impossibilium nulla obligatio", en caso de hallarse configurada, forzoso será concluir que al procesado no se le podía exigir, al momento de consumir la conducta típica, un comportamiento diferente.

En relación con esta hipótesis, esta Corporación, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha sostenido, a partir del texto normativo del artículo 64 del código civil vigente y siguiendo en líneas generales la hermenéutica que de él ha hecho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que el hecho constitutivo de la fuerza mayor debe reunir los caracteres de irresistibilidad, exterioridad e imprevisibilidad, denotando la esterilidad de toda pretensión de identificar un listado de supuestos fácticos que puedan decirse constitutivos de fuerza mayor. Es, entonces, el análisis de cada uno de estos caracteres, en relación con las particularidades del caso, el medio útil del que se debe servir el juez para verificar la procedencia de la causal exculpativa.

Así había procedido esta Corporación, tanto en su Sala Plena Contenciosa, como a través de los conceptos de la Sala de Consulta, por lo menos, hasta el 21 de abril de 2001, para definir la aptitud de la detención preventiva en orden a la configuración de una fuerza mayor enervante de la declaración de culpabilidad en los juicios de pérdida de investidura por la causal prevista en el artículo 183.3 de la Constitución Política. A juicio de este servidor, ni la Sala de Consulta, en su concepto 902 de 1996, ni la Sala Plena en sus sentencias AC 1176° del 17 de diciembre de dos mil (2000) y AC -7715, sentencia del trece (13) de julio de mil novecientos noventa y nueve, formularon conclusiones absolutas que rompieran esa línea de interpretación de la causal.

Esta se quebró con la sentencia AC 12591 de 23 de abril de 2001, en la que la Sala Plena, después de afirmar escuetamente que la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho se cumplen únicamente cuando este es extraño a quien pretende exonerarse, concluyó, en relación con el caso allí planteado, que la detención preventiva sufrida por dos congresistas debía ser considerada un evento de fuerza mayor acaecido como consecuencia de la orden de una autoridad competente, pues de lo contrario se incurriría en desconocimiento de la presunción de inocencia que los amparaba mientras no se les declarara judicialmente culpables, todo lo cual infirió a partir de la consideración de la naturaleza preventiva, no sancionatoria de las medidas de aseguramiento, en general.

Esta última fue la tesis que siguió la mayoría en la sentencia respecto de la que salvé el voto.

II. DE LOS MOTIVOS DEL SALVAMENTO DE VOTO.

- 2.1. Sea lo primero advertir que la decisión de la mayoría dejó de lado una premisa que por muchos años guió los trabajos de la Sala Plena en la materia, cual fue la de asumir que el proceso penal es independiente del proceso de pérdida de investidura, y que para el proceso de pérdida de investidura no resulta necesaria la producción de una condena previa de orden penal, ni tan siquiera un análisis de la conducta típica, como

procede penalmente...". Con abandono de este lineamiento, en mi opinión, la Sala limitó el estudio de los caracteres esenciales de la fuerza mayor en relación con el caso particular que le concernía resolver, a la ajenidad, extrañeza o externalidad y a la irresistibilidad de la medida, y dejó de lado el juicioso examen que era exigible respecto de su previsibilidad.

- 2.2. La presunción de inocencia que ampara a todo inculcado antes de que se profiera condena penal (para el caso) en su contra, no debería erigirse en motivo que impida o releve al juez de la pérdida de investidura, del análisis de los tres caracteres de la fuerza mayor en el caso particular en el que se proponga esta causa exonerativa de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. Para evitar que muchos eventos que tienen su móvil en la conducta de la víctima y respecto de cuyos efectos podría predicarse su previsibilidad, e impedir, simultáneamente, que el juez de la pérdida de la investidura invada la órbita del juez penal, basta con examinar la conducta que sirvió de móvil a la medida cautelar, sin adentrarse en el estudio de su connotación penal, con el referente estandarizado por el artículo 63 del código civil, del margen de diligencia y cuidado que la sociedad esperaría de un hombre medio, en relación con la previsión y evitación del hecho que se aduce como fuerza mayor.
- 2.3. La jurisprudencia patria, para el entendimiento de la fuerza mayor, ha tomado, indeclinablemente, como referente, al artículo 64 del código civil, en la redacción que recibió del artículo 1 de la Ley 95 de 1890. Dicho texto normativo equipara los fenómenos "fuerza mayor" y "caso fortuito" y los define y ejemplifica indistintamente de la siguiente manera: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." No desconozco, por supuesto, el debate que de antaño se ha dado en la doctrina entre partidarios de esta concepción, y los adeptos a la concepción dualista. Ese es un debate que, a mi modo de ver, ha sido más de interés para la academia que útil para la solución de casos en sede judicial¹.
- 2.4. Coincido con la mayoría cuando afirma que la privación de la libertad, cuando es consecuencia del acto de autoridad ejercido por funcionario público, una vez ha adquirido firmeza, no puede, por definición, ser resistido jurídicamente. Lo puede ser en el orden fáctico, pero sería un contrasentido inexcusable la exigencia, en derecho, de una resistencia de tal naturaleza al acto.
- 2.5. Respecto de la extrañeza o ajenidad del acto, podría coincidir, si su estudio se adelanta con estricto rigor causal. En esa perspectiva, la causa puede entenderse radicada, según la perspectiva teórica que se adopte, en la voluntad del sujeto actor, en la ley que determina los presupuestos de la decisión; o en los elementos teleológicos o finalistas de esta. Y ninguna de estas tres alternativas permite concluir que el sujeto pasivo de la medida cautelar pueda fungir como autor de la

¹ Tampoco desconozco la posición que ha observado la Sección Tercera de la sala Contencioso Administrativa de esta Corporación en orden, a mi modo de ver, a dar sustento dogmático a la exclusión del riesgo inherente a la actividad del ofensor en el derecho de daños, del ámbito de la fuerza mayor. En este caso, se ha respondido, y así lo estima este servidor, que la distinción se revela innecesaria, pues para el mismo efecto bastaría a la Sección con decir que no toda fuerza mayor exime de responsabilidad, y en esa línea, concluir que la fuerza mayor que tiene origen en el riesgo inherente a la actividad del victimario no exime de responsabilidad.

decisión que le impuso la detención preventiva. Diferente sería la conclusión a la que se llegaría, si el examen de la ajenidad del acto se extendiera a los motivos de la medida de detención. Pero este examen lo encuentro más pertinente para el análisis de la previsibilidad del hecho, como pretendo denotarlo a continuación.

- 2.6. Lamentablemente, no puedo decir que me aparte del análisis que hizo la sentencia aprobada por la mayoría del elemento imprevisibilidad, como elemento constitutivo de la fuerza mayor, porque, sencillamente, en este pronunciamiento tal análisis estuvo ausente por cuanto se entendió que el recurrente había centrado su protesta en torno al elemento "extrañeza". Tal entendimiento, sin embargo, no consulta el resumen que del recurso se hizo en el aparte 2.4 de la providencia, en el que se lee: *"Señaló que la Sala especial de Decisión profirió un fallo contrario a los lineamientos doctrinales y jurisprudenciales porque no se configuraron los elementos de imprevisibilidad y exterioridad..."*
- 2.7. En relación con este elemento, a mi juicio, la pregunta que debía responder la Sala era la siguiente: ¿es imprevisible el acto correctivo o preventivo de autoridad, para quien realiza una conducta reprochable por ser contraria a los estándares de conducta que demanda del ciudadano medio la legislación civil? Para dar respuesta a ella, por supuesto, resultaba necesario que el acusado que pretendía excusarse en la fuerza mayor probara, o cuando menos negara indefinidamente, su participación en la realización de la conducta que determinó la medida cautelar, y que argumentara, si lo anterior no fuere posible, en orden a demostrar que la medida no resultaba previsible para una persona media puesta en su misma situación.
- 2.8. En el presente caso, vistos los términos que permitía conocer el proyecto de sentencia de segunda instancia en el proceso de pérdida de investidura, de la defensa que presentó Seuxis Parcias Hernández Solarte, el acusado ni siquiera negó la realización de tal conducta, menos aún desplegó actividad ordenada a demostrar la imprevisibilidad de la medida cautelar.

En consideración a lo expuesto, este consejero no encuentra honrada la carga que pesaba sobre el acusado, de demostrar que en su caso se configuraba una circunstancia de fuerza mayor que justifique el hecho probado que tipifica la causal que se le enrostró.

Por supuesto, no puedo compartir la interpretación "pro hómine" a la que recurrió la mayoría, entre otras razones, porque esta no puede emplearse para obviar el estudio de las exigencias propias de la causa eximente; pero, además, porque la consecuencia de su aplicación en tales condiciones no es otra que la de concluir que, sin necesidad de estudio de cada caso, siempre que medie detención preventiva, ésta exime el cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales.

De la H. Sala Plena, con toda consideración,


JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado