



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 (Acumulado)
Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR Y OTROS
Demandados: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
Tema: Pérdida de investidura por infracción al régimen de incompatibilidades e incumplimiento de los deberes del cargo
Medio de control: Pérdida de Investidura – fallo de segunda instancia

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante José Manuel Abuchaibe Escolar contra la sentencia del 26 de febrero de 2021, proferida por la Sala 23 Especial de Decisión, que negó las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura del Senador de la República, señor Gustavo Francisco Petro Urrego, elegido por el periodo constitucional 2018-2022.

ANTECEDENTES

La Solicitud de Pérdida de Investidura

2. El 28 de julio de 2020, el ciudadano José Manuel Abuchaibe Escolar solicitó la pérdida de la investidura del Senador Gustavo Francisco Petro Urrego, por haber incurrido en la causal primera del artículo 183 de la Constitución Política, de violación al régimen de incompatibilidades, y en la prohibición prevista en el artículo 110 *ibídem*.

Fundamentos fácticos y jurídicos

3. El demandante acusa al congresista demandado de violar el régimen de incompatibilidades por inobservancia de los deberes inherentes a la dignidad del cargo de Senador de la República, previstos en el artículo 133 *ibídem*, por cuanto el Senador Petro Urrego, en distintos medios de comunicación escritos



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

y radiales, así como en su columna de opinión del 5 de julio de 2020, “... *ha utilizado su dignidad parlamentaria, su reconocimiento e importancia social e institucional, para influir sobre la comunidad, crear pánico, zozobra*”, al punto que mediante “*populismo... busca ser elegido Presidente*”.

4. Considera que el demandado obró de manera irresponsable, al haber realizado tres acciones en concreto, a saber:

i) Señaló que la campaña 2018-2022 del presidente Iván Duque Márquez, fue financiada con dineros del narcotráfico.

ii) Hizo un llamado a la desobediencia civil, cuando aseguró que en Colombia existe un Gobierno ilegítimo producto de los posibles fraudes en las elecciones presidenciales de 2018, indicando en los distintos medios de comunicación que: “*Colombia Humana no reconoce la legitimidad del actual presidente de Colombia ni la de su fórmula vicepresidencial, también hundida hasta el fango en evidentes nexos con el narcotráfico.*”

iii) Invitó a la ciudadanía a no pagar las facturas de servicios públicos durante la emergencia sanitaria presentada por el Covid 19.

5. Asimismo, señala que el congresista demandado debe perder su investidura por encontrarse incurso en la prohibición del artículo 110 de la Constitución Política, porque conforme con las pruebas recaudadas, el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución No. 0692 de 2020, abrió investigación administrativa y formuló cargos en contra del Senador Gustavo Francisco Petro Urrego, pues se acreditó que dentro de los donantes de su campaña presidencial figuran: “*Una docente de Cartagena dio 95 mil pesos, otro, docente de la Universidad Tecnológica y Pedagógica de Colombia que donó 120 mil pesos y la tercera, una empleada de la Contraloría General que donó 150 mil pesos a la campaña en la primera vuelta*”.

6. Precisó que se configura la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 110 Superior, tratándose de contribuciones realizadas a los partidos, movimientos políticos o candidatos; o de financiación con aportes realizados por personas que desempeñan funciones públicas, sin importar el monto, conforme con el artículo 27 de la Ley 1475 de 2011, que reza:



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

“Artículo 27. Financiación prohibida. Se prohíben las siguientes fuentes de financiación de los partidos, movimientos políticos y campañas: (...) 6. Las que provengan de personas que desempeñan funciones públicas, excepto de los miembros de corporaciones públicas de elección popular, quienes podrán realizar aportes voluntarios a las organizaciones políticas a las que pertenezcan, con destino a la financiación de su funcionamiento y a las campañas electorales en las que participen, de acuerdo con los límites a la financiación privada previstos en el artículo 25 de la presente ley”.

7. En ese sentido, la demanda precisó:

*“[...] sea puesto en juicio el actual Senador de la Republica, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, identificado con cédula de ciudadanía No. 208.079, por estar incurso en una de las causales del artículo 183 de la Constitución Política que señala que los congresistas perderán su investidura **cuando incurran en violación al régimen incompatibilidades al incumplir algunos de los deberes inherentes a la dignidad del cargo** y por violación del artículo 110 de la Constitución que es una causal de pérdida de investidura, adicional a las previstas en el artículo 183 ibídem y por lo tanto como congresista **al incurrir en la conducta prohibida, la sanción será la pérdida de la investidura, ya que en su condición de ex candidato a la Presidencia de la República, y responsable solidario del cumplimiento del régimen de financiación de campañas en virtud de lo establecido en el artículo 19 de la Ley 996 de 2005,** y teniendo en cuenta que al recibir contribuciones o donaciones de fuentes de financiación prohibida para la campaña presidencial-primera vuelta-, de los señores BERTHA ISABEL BRAVO REYES, SANDRA MONICA SALAZAR AGUDELO y GONZALO PEREZ BUITRAGO, vulneró el numeral 6 del artículo 27 de la Ley 1475 de 2011”.*
(Negrilla fuera de texto)

La contestación de la demanda

8. El Senador Gustavo Francisco Petro Urrego, por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de pérdida de investidura.

9. Luego de referirse a la naturaleza sancionatoria del juicio de pérdida de investidura y la valoración que debe hacerse sobre la conducta del congresista demandado para establecer el elemento de la culpabilidad por dolo o culpa grave, de cara a un régimen de responsabilidad subjetiva, así como el carácter taxativo de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, cuestionó los argumentos de la demanda e indicó que las declaraciones del señor Petro, registradas en distintos medios de comunicación y columnas de opinión no se apartan de la dignidad parlamentaria, no crean “pánico y zozobra”, ni dan



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

cuenta de una presunta conducta violatoria del artículo 183-1 de la Constitución Política.

10. Asimismo, precisó que el artículo periodístico de la Revista Semana, sección política¹, presentado como prueba para configurar la causal, en el que el columnista señala que las opiniones del senador Petro respecto del ingreso de los dineros del narcotráfico en la campaña presidencial del 2018 son *“indignas del cargo que ostenta,”* que ameritan *“la separación del cargo de elección popular y la imposibilidad hacia futuro de que vuelva a ser elegido”*; es una simple opinión de la revista, pues una lectura cuidadosa del artículo evidencia que corresponde a la opinión de un medio de comunicación que no comparte las ideas políticas del senador, cuestionándolas y defendiendo su línea editorial.

11. Explicó que el senador Petro Urrego hizo uso de su derecho a la libertad de expresión y de opinión. Que el demandante no allegó prueba alguna de las situaciones denunciadas, constituyéndose su demanda en meras conjeturas y valoraciones subjetivas sin fundamento fáctico ni mucho menos jurídico.

12. Señaló que las declaraciones del Senador Petro Urrego se encuentran ajustadas a derecho, son consecuentes y corresponden a la verdad, pues las diversas opiniones respecto de lo que ocurrió en la campaña presidencial de 2018 buscan que la administración de justicia actúe de manera pronta, conforme al artículo 229 de la Constitución Política, sin soslayar el derecho a la libertad de expresión existente en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual, cuando este derecho entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, merece una especial protección, de acuerdo con los principios *pro homine* y *pro libertatis*.

13. Por otra parte, negó haber incurrido en la prohibición contenida en el artículo 110 de la Constitución Política, pues, para cuando sucedieron los hechos, el senador Petro no ostentaba la calidad de funcionario público ni desempeñaba función pública alguna y, en este caso, la descripción normativa

¹ <https://www.semana.com/nacion/articulo/gustavo-petro-con-su-llamado-a-desobediencia-civil-estapateando-el-tablero/685817>.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

exige que el sujeto activo de la prohibición sea calificado. En ese sentido, al estar probado, y al ser incuestionable, que el candidato Gustavo Petro para la época de los presuntos hechos no era servidor público, no se da el presupuesto normativo referido, lo que comporta que sea improcedente la causal imputada, en consonancia con el principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades e incompatibilidades.

La sentencia de primera instancia

14. La Sala Especial de Decisión 23, mediante sentencia del 26 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

15. Señaló que ha sido jurisprudencia reiterada de la Corporación considerar que las causales consagradas en la Carta que dan lugar a decretar la pérdida de investidura de un congresista están sujetas al principio de legalidad, que se traduce, para el caso, en su consagración expresa en el texto constitucional o legal; por lo tanto, estas causales no admiten interpretación extensiva o analógica, debiéndose configurar todos los supuestos fácticos y jurídicos de la norma para declarar la pérdida de investidura.

16. Resaltó la libertad de expresión como la facultad de expresar y difundir pensamientos, opiniones e ideas, en forma libre y sin limitación, constituyéndose en un derecho que posibilita la materialización de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho, como son la democracia, el pluralismo y la participación. Preciso que el alcance, así como las libertades y prohibiciones en el ejercicio de este derecho han sido definidos por la jurisprudencia constitucional y la contenciosa administrativa. Que los tratados internacionales de derechos humanos han establecido las primeras restricciones de este derecho, como la prohibición a las opiniones que contengan apologías al odio, la incitación, a la guerra, la incitación directa y pública a cometer genocidio y las que infrinjan la prohibición absoluta de promover pornografía infantil. Por su parte la jurisprudencia ha creado la limitación de columnas de opinión relativas a hechos que adolezcan de veracidad, debiéndose rectificar sobre las afirmaciones relativas a los hechos, y no sobre las opiniones correspondientes.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

17. Se refirió al discurso político como discurso especialmente protegido en el marco de la libertad de expresión del Sistema Interamericano de Derechos Humano, comoquiera que la democracia representativa es determinante y fundamental en todo el sistema del que la Convención Americana forma parte y es un principio reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA. Explicó que en el debate político se debe proteger tanto la emisión de expresiones inofensivas y que sean bien recibidas por la opinión pública en general, como aquellas que puedan inquietar, incluso chocar o incomodar a otros funcionarios o candidatos a ejercer un cargo público o a un sector de la población.

18. En cuanto a la inviolabilidad del voto y la opinión de los congresistas como garantía institucional de rango constitucional consagrada en el artículo 185 Superior, señaló que sin duda la opinión de los congresistas se inscribía en el núcleo del derecho fundamental a la libertad de expresión como manifestación de uno de los elementos de la democracia participativa, pero mientras se observaran los límites para su ejercicio, los que estaban al servicio de su eficacia y realización.

19. Preciso que la causal de pérdida de investidura del numeral primero del artículo 183 de la Constitución Política por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen del conflicto de intereses, constituye un código de conducta que reprocha y sanciona comportamientos contrarios a la dignidad del cargo que ejercen los representantes elegidos por voto popular; de manera que de acreditarse alguna de las causales taxativamente determinadas como trasgresoras de tal dignidad, la consecuencia jurídica y política se traduce en la máxima sanción de no poder volver a participar en la integración de los cuerpos colegiados.

20. En el caso concreto, efectuó un análisis detallado de cada uno de los elementos de prueba arrojados al plenario, consistentes en la opinión registrada y difundida por el demandado en el portal web “Los Gustavos” el 5 de julio de 2020, el cual transcribió *in extenso*; así como las publicaciones de otros periodistas de opinión en diferentes medios de difusión, que fueron



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

incorporados al expediente en copia impresa, como el de la revista Semana el 7 de noviembre de 2020, el de www.bluradio.com, y el del Editorial del Espectador del 7 de julio de 2020, la primera instancia estableció que no era posible inferir que la conducta endilgada al senador Petro Urrego hubiere constituido violación alguna al régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses. Sobre el particular se consideró:

“[...] Con tal marco conceptual y las precisiones anotadas de cara a diversos elementos que involucran la acusación contenida en la demanda, la Sala observa que el cargo presentado en la demanda no se adecúa a la causal primera -art 183- de pérdida de investidura, pues citando las expresiones de su defensa así como de la señora agente del Ministerio Público, al margen que la conducta pueda subsumirse bajo el régimen establecido en el Código de Ética o Disciplinario previsto en la Ley 1828 de 2017, en tanto que si bien el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura en los términos del artículo 133 Constitucional, tal responsabilidad no se subsume ni se presenta en las causales que den lugar a la pérdida de su investidura [...]”.

21. En ese sentido, el *a quo* precisó que la imputación principal tiene que ver con las eventuales “difamaciones” en que incurrió el senador Petro Urrego, cuando afirmó que ingresaron dineros del narcotráfico en la campaña presidencial para menoscabar la legitimidad del presidente electo, pero que no había elementos probatorios determinantes para la configuración del cargo y su proyección como conducta trasgresora del régimen de incompatibilidades fincado en el artículo 180 de la Constitución Política, pues más allá de la columna escrita por el senador Petro Urrego en el portal “*Los Gustavos*” el 5 de julio de 2020, no existen pruebas que den cuenta que su opinión deslegitimara al gobierno elegido o que pudiera afectar otros derechos de la comunidad política.

22. Concretamente, frente a la opinión emitida por el senador demandado en el portal “*Los Gustavos*” el 5 de julio de 2020, la Sala 23 Especial de Decisión consideró que era una apreciación individual sobre unos hechos presentados por terceros a la opinión pública (interceptaciones y lecturas de casetes) que podrían constituir una denuncia; pero que no hacían que el senador opositor fuera indigno del cargo que ocupa, pues aunque pudiera influir en el electorado, por ser el principal representante de la oposición, y pudiera tener



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

una repercusión en el panorama político, su opinión no lograba estructurar la causal prevista en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política, comoquiera que ni está expresamente prevista como causal de pérdida de investidura, ni tiene la capacidad para generar zozobra y miedo en la población, ni mucho menos para deslegitimar al gobierno nacional; *“de modo que tampoco se deriva ninguna responsabilidad política por el incumplimiento de las obligaciones propias de su investidura al tenor del artículo 133 de la CP, por cuya virtud el elegido es responsable políticamente -no jurídicamente- ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”*.

23. Por otra parte precisó que las columnas de opinión emitidas en la Revista Semana, Blu Radio, el Editorial del Espectador, así como las entrevistas hechas a otros miembros del congreso, no eran, siquiera, pruebas oponibles al demandado, ni elementos de juicio pertinentes, conducentes y determinantes para probar la “indignidad parlamentaria” que se acusa como pérdida de investidura, pues son simples artículos de opinión de terceros, fundamentales para una democracia, pero insuficientes para constituir base de una acusación como la presente.

24. Así las cosas, el a quo consideró que lo que quedaba por establecer era si el comportamiento atribuido al demandado estuviera al margen de los postulados éticos o disciplinarios previstos por la Ley 1828 de 2017, *“(…) especialmente cuando se ejecutan actos que afectan la moralidad pública del Congreso, la dignidad y buen nombre de los Congresistas, en la función congresional, pero tal supuesto es ajeno a la acción incoada y no es competencia del juez de pérdida de investidura valorarla”*.

25. Por otra parte, el a quo consideró que el incumplimiento de los deberes relacionados con la dignidad del cargo de congresista a que se refiere el artículo 133 Superior no constituye causal bajo el régimen de pérdida de investidura; sin embargo, advirtió que las prescripciones constitucionales relacionadas con la responsabilidad política de los integrantes de las corporaciones de elección popular, como la justicia y el bien común, se inscriben como elementos esenciales de su investidura, constituyendo, por tanto, una pauta de conducta exigible por la sociedad y los electores, en el



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

marco de las instituciones jurídicas y políticas que correspondan, pero su eventual transgresión solo se sanciona bajo las reglas de las instituciones que el constituyente y el legislador han desarrollado.

26. Tampoco dio prosperidad al cargo relacionado con la prohibición contenida en el artículo 110 de la Constitución Política, pues, previo análisis minucioso del material probatorio allegado al plenario, concluyó que no se cumplen los presupuestos del artículo citado, ni del numeral 6 del artículo 27 de la Ley 1475 de 2011, comoquiera que la conducta que se reprocha, esto es la de *“hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan”*; requiere para su configuración que el sujeto activo ostente la calidad de servidor público al momento de la ocurrencia de los hechos; por lo que *“está suficientemente probado”* que el senador inculpado, *“para ese momento no tenía a su cargo una función pública como congresista”*.

El recurso de apelación

27. El 12 de abril de 2021, el demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 26 de febrero de 2021. Insistió en que el senador Gustavo Francisco Petro Urrego incurrió en la causal primera del artículo 183 de la Constitución Política de pérdida de investidura al haber emitido las opiniones en los diversos medios escritos y radiales, cuyas evidencias se aportaron al expediente bajo la forma de pruebas documentales, pues con tal proceder incumplió los deberes propios de la dignidad del cargo, previstos en el artículo 133 de la Constitución Política; disposición que, a su vez, se constituye en causal de incompatibilidad en el ejercicio del cargo de congresista.

28. Cuestionó que la providencia apelada pasara por alto que la investidura de congresista es un honor que conlleva unas exigencias mayores de las que se hacen a los ciudadanos *“corrientes”*, y que hubiera desconocido que la normativa vigente va dirigida a dignificar la posición de congresista *“y a enaltecer sus responsabilidades y funciones”*. De manera que cuando el elegido incurre en una *“causal de indignidad de aquellas que contempla el ordenamiento jurídico, surge la consecuencia jurídica en forma de sanción,*



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

que consiste en la separación del cargo de elección popular y la imposibilidad hacia futuro de que vuelva a ser elegido” (Sic).

29. Afirmó que la valoración probatoria de la sentencia fue precaria. Consideró que el senador Gustavo Francisco Petro Urrego no podía *“irrespetar a las autoridades legítimamente constituidas como lo son el Presidente, Fiscal, Registrador y Alcalde de Bogotá, declarando no reconocer legitimidad en el Presidente Duque por haber sido elegido por el narcotráfico y solicitando a la comunidad desobediencia civil y dejar de pagar los servicios públicos”*; por cuanto que, para poder hacerlo, debió estar *“despojado de su condición de senador”*.

30. Señaló que, de acuerdo con las motivaciones de la Asamblea Constituyente, el artículo 133 de la Constitución Política fue considerado como una incompatibilidad, lo que implica que deba *“complementarse”* con el numeral 1 del artículo 183 Superior y precisó:

“Me atrevo, con el mayor respeto, a expresar la siguiente inquietud: hemos llegado a un grado tal de confusión conceptual en buena parte de la jurisprudencia nacional, que la llamada pedagogía jurisprudencial nos ha llevado a la incomprensión total de algunas sentencias que nos han hecho perder el hilo conductor de la evolución de la jurisprudencia y la doctrina, Empiezo a no comprender finalmente lo que quiere expresar y decidir el fallo que estamos impugnando”.

31. Indicó que las incompatibilidades establecidas para los congresistas tienen también la función de *“impedir que la dignidad parlamentaria pueda ser utilizada, bajo su reconocimiento e importancia social e institucional, para influir sobre la comunidad o las otras ramas del poder público, en beneficio personal o de terceros y no de “la justicia y el bien común”*.

32. Denotó que pedirles a los ciudadanos no pagar los servicios públicos era claramente una actitud tan populista como irresponsable, pues si no pagan los servicios públicos, las empresas prestadoras podrían quebrar y los primeros afectados serían los ciudadanos, con una mala calidad en los servicios. Ahora, el llamado a la desobediencia civil que hizo el congresista demandado, asegurando que en Colombia existe un supuesto gobierno ilegítimo, por posibles fraudes en las elecciones presidenciales de 2018, era desconocer abiertamente la legitimidad de un gobierno elegido popularmente. Destacó algunas de las frases que pronunció el senador Gustavo Petro y aseveró que



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

en el País no había antecedentes de algo tan radical e irresponsable de decir que el Presidente fue elegido por el narcotráfico. Que una cosa era “criticar” y otra muy distinta “destruir”, irrespetando el estado de Derecho y la institucionalidad, dejando a todo un país expectante ante sus pronunciamientos que buscaban crear caos.

33. Destacó el valor esencial de la inviolabilidad de las opiniones de los miembros del Congreso, pero que ella debe entenderse dentro de un debido contexto, como cuando se hacen en ejercicio de sus funciones o dentro de una sesión del Congreso, pero no, como lo hizo Gustavo Petro, por fuera, aprovechando su condición de senador y su alta influencia en la comunidad, creando situaciones que desbordan el orden jurídico.

34. Cuestionó si la libertad de expresión de un servidor público era igual a la de un ciudadano común y corriente, y explicó que la función constitucional de los congresistas de *“representar al pueblo”*, significa que dicha representación se ejerce con la totalidad del pueblo y no frente a *“un grupo parcial de electores, aunque fuere la mayoría de ellos”*, de forma tal que, solo así, la noción de representación *“es compatible con el imperativo de “actuar consultando la justicia y el bien común”* y ser responsable *“ante la sociedad”*, como lo ordena el artículo 133 de la Constitución Política. Y precisó que *“[L]a actuación del congresista en ejercicio de la altísima misión que le corresponde, deben (sic) ajustarse a preceptos éticos y disciplinarios **RIGUROSOS**, y debe estar revestido de una entrega honesta y leal en la que prevalecerá el bien común sobre cualquier interés particular. Enfocar como lo hace la sentencia, a que lo sucedido con **PETRO** es parte de la opinión de un congresista, que se inscribe en el núcleo del derecho fundamental a la libertad de expresión, nos parece totalmente errado y crea un precedente a seguir por todos los miembros de Corporaciones Públicas”*.

35. Habiéndose dado traslado del recurso de apelación a la parte demandada y al Ministerio Público, en observancia de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 14 de la Ley 1881 de 2018, tanto el extremo procesal pasivo, como el señor procurador delegado, expresaron de esta manera sus posturas jurídicas:

Intervención del demandado



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

36. El senador demandado, por conducto de apoderado judicial se opuso a la prosperidad del recurso de apelación, pues una decisión en contrario a la tomada en primera instancia constituiría *“un precedente nefasto para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y a la libertad de opinión de los congresistas por fuera del recinto o cuando sus opiniones no sean expresadas en ejercicio del cargo”*.

37. Precisó que no es posible endilgar ningún tipo de responsabilidad a su representado, ni mucho menos de carácter político, por el incumplimiento de las obligaciones propias de su investidura al tenor del artículo 133 de la Carta Política; *“que a decir de la Sala Especial de Decisión a lo sumo “el elegido es responsable políticamente -no jurídicamente- ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”, toda vez que en el medio de control de desinvestidura “(...) se juzga la conducta del demandado por específicas causales y no a partir de las opiniones o la reputación que sobre un congresista se tenga de parte de terceras personas o, incluso, de la imagen que otros miembros de la comunidad tengan de él o la opinión que proyecte frente a otros analistas. No atender esta precisión, deslegitima la función del juez de la pérdida de investidura, inscribe su tarea en las líneas de la opinión y, de contera, erosiona la legitimidad de las instituciones judiciales y las bases fundantes del Estado”*.

38. La parte demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda de señalar que no es posible, so pena de vulnerar el principio de taxatividad, atribuirle el carácter de causal de pérdida de investidura al presunto incumplimiento de deberes del cargo por parte del congresista acusado. Además, señaló que, de los documentos allegados al expediente y las apreciaciones del demandante, no era posible entender configurados los presupuestos normativos de la causal primera del artículo 183 de la Constitución Política Nacional y concluir que el senador Petro Urrego incurrió en violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, o de conflicto de intereses.

Concepto del Ministerio Público

39. El Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó a la Corporación confirmar el fallo de primera instancia por cuanto, en su opinión,



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

del análisis de los documentos digitales allegados, de la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso, no se encuentran reunidos los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para considerar que el senador Gustavo Francisco Petro Urrego se encuentre incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política.

40. En ese sentido, señaló que era cierto que, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política, los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deben actuar consultando la justicia y el bien común y el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura; sin embargo, las manifestaciones del demandado, en diferentes medios de comunicación, no se enmarcaban dentro de la causal señalada por el demandante. Es decir, no tienen la entidad suficiente para tipificar la causal de desinvestidura alegada, pudiendo constituir conductas reprochables por el Código de Ética o Disciplinario, Ley 1828 de 2017, pero cuyo análisis supera la competencia del juez de pérdida de investidura.

41. Señaló que compartía las consideraciones de la sentencia de primera instancia, al precisar que en el medio de control de pérdida de investidura no se podían aplicar interpretaciones extensivas a las causales, pues se deben respetar los límites taxativos sobre la configuración de estas. En este caso, la agencia del Ministerio público reiteró que la conducta descrita en la demanda no se enmarca dentro de la causal alegada, ni configura ninguna de las conductas previstas en el régimen de incompatibilidades de los congresistas.

II.CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

42. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado tiene competencia para proferir la presente providencia, pues de conformidad con el artículo 3 de la Ley 1881 de 2018, esta Sala le corresponde conocer en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias de pérdida de



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

investidura de los Congresistas dictadas en primera instancia por las salas especiales de decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

43. En los precisos términos del recurso de apelación, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado debe decidir si procede revocar la decisión de primera instancia, por considerar que el senador Gustavo Francisco Petro Urrego incurrió en violación al régimen de incompatibilidades y, por lo tanto, en la causal primera de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución Política, como lo alega el demandante o si, como lo decidió la Sala Especial de Decisión 23 en la sentencia apelada, las conductas endilgadas al congresista demandado no se encuadran dentro de los presupuestos normativos de la mencionada causal, debiéndose confirmar la sentencia apelada. Para el efecto, deberá establecerse si la presunta inobservancia de los deberes del cargo a que se refiere el artículo 133 de la Constitución Política, configuran una violación al régimen de incompatibilidades de los congresistas y si, bajo ese contexto, las opiniones emitidas por el senador demandado en diversos medios escritos y radiales, como el llamado a la desobediencia civil, al no pago de los servicios públicos y el supuesto “irrespeto” al Presidente de la República y a otros dignatarios del Estado, constituyen una violación al régimen de incompatibilidades de los congresistas con la consecuencia de la pérdida de su investidura.

RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

44. Para resolver el problema jurídico planteado, y como se anunció, es importante precisar si los presupuestos normativos incorporados en el artículo 133 de la Constitución Política, a manera de conductas que deben ser observadas por los integrantes de corporaciones públicas de elección popular, se constituyen en causales de incompatibilidad para el ejercicio del cargo de congresista, cuyo incumplimiento dé lugar a la configuración de la violación del régimen previsto en el artículo 180 de la Constitución Política y, por ende, a la pérdida de la investidura. Con el mismo propósito se deberá determinar si fue



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

precaria la valoración probatoria efectuada por el *a quo* sobre las opiniones emitidas por el senador Gustavo Petro Urrego en el marco del derecho a la libertad de expresión de los congresistas y su peso en esta acción de pérdida de investidura.

De la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades

45. La Sala Especial de Decisión 23, en la sentencia apelada, parte de considerar que la causal primera de pérdida de investidura del artículo 183 de la Constitución Política constituye un código de conducta que reprocha y sanciona comportamientos contrarios a la dignidad del cargo que ejercen los representantes elegidos por voto popular; conductas que están taxativa y expresamente consagradas en el texto constitucional, es decir, es un régimen sometido al principio de legalidad, que no permite hacer interpretaciones extensivas o analógicas frente a los supuestos fácticos y jurídicos que tales normas consagran. En ese sentido, consideró que no puede entenderse que el incumplimiento de los deberes relacionados con la dignidad del cargo de congresista a que se refiere el artículo 133 de la Constitución Política, pueda constituir una causal de pérdida de investidura, pues aunque las prescripciones constitucionales relacionadas con la responsabilidad política de los integrantes de las corporaciones de elección popular, se consignan como elementos esenciales de su investidura, su eventual transgresión solo se sanciona bajo las reglas de las instituciones que el constituyente y el legislador han desarrollado. Bajo este contexto, el *a quo* concluyó que, de manera general, y en particular, las conductas reprochadas del senador Gustavo Petro Urrego no violaban el régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 180 de la Carta, y aunque es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura al tenor del artículo 133 de la Constitución Política, no lo es jurídicamente en el contexto de la acción incoada.

46. Por su parte, el demandante cuestiona la providencia apelada porque, a su juicio, las opiniones emitidas por el senador demandado constituyeron un incumplimiento de los deberes de su cargo en el marco del artículo 133 de la



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

Constitución Política y, por lo tanto, sí incurrió en la causal de pérdida de investidura del numeral 1 del artículo 183 ibídem, por violar el régimen de incompatibilidades. Asevera que el artículo 133 citado sí constituye una causal de incompatibilidad, precisamente porque la investidura del congresista es un honor que conlleva exigencias mayores, como la de dignificar dicha posición y enaltecer sus responsabilidades y funciones, de manera que incumplir con los deberes que allí se consagran es incurrir en una incompatibilidad en el ejercicio de su cargo y debe ser sancionado con la pérdida de su investidura.

47. Pues bien, el numeral 1 del artículo 183 de la Carta Política, en concordancia con lo establecido con en el artículo 296 de la Ley 5 de 1992, consagra como causal de pérdida de investidura la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y del régimen de conflicto de intereses. Esta previsión busca evitar que los congresistas utilicen su investidura para tramitar los asuntos puestos a su consideración en una u otra forma, con el fin de obtener beneficios o privilegios para ellos o sus parientes, gracias a su cargo; en clara contravía de los postulados constitucionales que deben regir su labor.

48. Se trata de una causal que incorpora, en sentido amplio, unos códigos de conducta que se deben observar con el propósito de preservar la dignidad del cargo y el principio de representación popular, a partir de unos deberes y obligaciones para quienes aspiran a ocupar una curul y para quienes se encuentran ejerciendo el cargo, bajo la forma de inhabilidades e incompatibilidades, respectivamente.

49. Tratándose de las incompatibilidades, el artículo 281 de la Ley 5 de 1992, las define como *“todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el período de ejercicio de la función”*². Para esta Corporación *“como incompatibilidad se debe entender aquello que no puede hacer el congresista de*

² Ley 5 de 1992, artículo 282. MANIFESTACIONES DE LAS INCOMPATIBILIDADES. Los Congresistas no pueden:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por si o por interpuesta persona, contrato alguno; con las excepciones que establezca la ley.
3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

manera simultánea con el desempeño de la gestión pública que le corresponde, por entenderse que, si las actividades respectivas fueran permitidas, se haría daño al interés público en cuanto se haría propicia la indebida influencia de la investidura para fines particulares”³.

50. Estas causales son:

“Constitución Política, artículo 180. Los congresistas no podrán:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.
3. <Numeral modificado por el parágrafo 2o. artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. El nuevo texto del numeral es el siguiente:> Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

PARAGRAFO 1o. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARAGRAFO 2o. El funcionario que, en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta”.

51. Según los antecedentes de esta disposición, fue querer de la Asamblea Nacional Constituyente que se incorporaran talanqueras para que los Congresistas utilizaran su poder sobre las otras ramas del poder público y sobre la comunidad en general, para obtener privilegios; y así crear las condiciones para el mejor desempeño del cargo y prevenir, de esta forma, la acumulación de honores o poderes. En la Gaceta 51 de la Asamblea Constituyente, del 16 de abril de 1991, se consignó lo siguiente:

“2.2. Planteamiento General: la condición de parlamentario da a las personas que la ostentan, una excepcional capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros del Estado y en general sobre quienes deciden asuntos públicos, que establece condiciones inequitativas de competencia con el común de las gentes amén que puede llevar a la corrupción general del sector

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de agosto de 2003, M.P. Olga Inés Navarrete Forero.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

público, porque la rama del poder que puede ser en últimas la responsable de la fiscalización, se compromete con los sujetos de esa fiscalización”.

52. Con este propósito, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas, previsto en los artículos 179 al 181 de la Constitución Política, por razones de interés general, incorporó causales de forma expresa y excepcional, como de manera consistente y pacífica se ha precisado en la jurisprudencia constitucional⁴ y en la contenciosa administrativa.

53. Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha conceptualizado que *“Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6 de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido”*⁵.

54. Pues bien, como se advierte de la lectura del artículo 180 de la Constitución Política, las incompatibilidades de los Congresistas, además de garantizar la dedicación exclusiva a la función legislativa, tienen como finalidad asegurar la independencia y autonomía del Congreso, al tiempo que impedir que la dignidad parlamentaria pueda ser utilizada, dado su reconocimiento e importancia social e institucional, para influir sobre la comunidad o las otras ramas del poder público, en beneficio personal o de terceros y no de *“la justicia y el bien común”* como lo ordena el artículo 133 de la Constitución Política.

55. Ahora bien, el artículo 133 de la Constitución Política incorpora la cláusula general de responsabilidad de los integrantes de las corporaciones públicas de elección popular, derivada del principio de Soberanía Popular, al señalar: *“Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. El elegido es*

⁴ la Corte Constitucional, mediante sentencias C-540 de 2001, C-952 de 2001, C-903 de 2008, entre otras, reafirmó el carácter taxativo de las causales de incompatibilidad de los congresistas, precisando que “es importante señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos está previsto en la Constitución y la ley.”; y que “el legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente” (Sentencia C-540 de 2001)

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2414 del 23 de abril de 2019. M.P. Dr. Edgar González López.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

*responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura*⁶.

56. Al analizar el contenido del artículo 133 constitucional, en relación con el principio de soberanía popular, que, según el artículo 3 de la Carta, se ejerce en forma directa por el pueblo o por medios de sus representantes, es dable establecer con claridad una premisa normativa central que lo desarrolla, en el entendido en que los miembros de los cuerpos colegidos (i) *“representan al pueblo”*; como su legitimidad deviene de la elección directa del pueblo, deben actuar (ii) *“consultando la justicia y el bien común”*; por lo que resultan ser responsables (iii) *“políticamente”* (iv) *“ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”*⁷.

57. En ese sentido, el artículo 133 Superior plantea un principio general de responsabilidad de quienes fueron elegidos popularmente para ocupar cargos en corporaciones públicas; pero no define los eventos en los cuales se defraudan las *“obligaciones propias”* de la investidura, o se adelantan actuaciones contrarias a *“la justicia y el bien común”*, como tampoco deriva de dicha responsabilidad una naturaleza diferente a la política.

58. Para efectos de determinar cuáles son las *“obligaciones propias de la investidura”* y las actuaciones que consultan *“la justicia y el bien común”*, es necesaria una interpretación sistemática, acudiendo a otros principios, valores

⁶ La versión primigenia de este artículo, votada y aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, fue publicada en la Gaceta Constitucional 125 de 25 de septiembre de 1991, que corregía los textos publicados en las Gacetas Constitucionales 114 y 116 del 7 y 20 de julio del mismo año.

Su tenor original fue el siguiente:

“Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común.

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

Posteriormente, el artículo 5 del acto legislativo 01 de 2009, conocido como la “reforma política”, introdujo en el artículo 133 ibídem, la regla según la cual “el voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley”; buscando de esta manera “depurar la práctica política de graves problemas de corrupción suscitados por influencia ilegal de grupos al margen de la ley” (Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 6 de abril de 2011. M.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Expediente 10010328000201000069-00).

⁷ A pesar de que esta disposición supralegal, se encuentra ubicada en el título VI de la Constitución, referida a la Rama Legislativa, lo cierto es que los valores y postulados normativos que de ella se derivan, no son solamente predicables para quienes ejercen funciones como congresistas, sino que también, abarcan a quienes se desempeñan como diputados y concejales, al ser las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, *“cuerpos colegiados de elección directa”*.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

y premisas constitucionales, como a las leyes y reglamentos que regulan la función de congresista, para el caso concreto.

59. La función del congresista *“consultando la justicia y el bien común”* corresponde a la función legislativa, principal obligación derivada de su investidura, pero entendida no solo en la actividad de hacer las leyes, sino también en todas aquellas funciones que la Constitución le atribuye a la Rama Legislativa del Poder Público, entre ellas, la constituyente, la de control político, la judicial, la electoral, la administrativa, la de control público y la de protocolo. Entonces para establecer particularmente en qué circunstancias y actividades de la función legislativa un congresista no cumple con las obligaciones derivadas de su investidura, ni actúa conforme con criterios de justicia y bien común, se deben confrontar los hechos que se le reprochan con la Constitución Política, la Ley 5 de 1992⁸, la Ley 1828 de 2017, la Ley 2003 de 2019 y todas aquellas disposiciones que las complementen, modifiquen o adicionen, así como la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional; pues no cabe señalar, de manera general, a un congresista acusando de haber incumplido sus obligaciones y deberes, o de no haber consultado criterios de justicia y de bien común en su actuar, sin definir con precisión el deber o la obligación incumplida y la normativa que la estatuye.

60. En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-025 de 1993, precisó que *“[E]l estatuto del Congresista, particularmente la determinación de sus deberes y derechos, es un asunto que en modo alguno puede ser ajeno a la materia propia del Reglamento”*⁹; y así lo entendió el Congreso de la República, al expedir la ley 5 de 1992, que estableció el estatuto del Congresista y determinó lo relacionado con sus deberes, faltas y sanciones, así como con las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses.

⁸ En desarrollo del artículo 133 Superior, el artículo 263 de la Ley 5 de 1992, al referirse al compromiso y responsabilidad de los congresistas, precisó lo siguiente:

“Los miembros de las Cámaras Legislativas representan al pueblo, y deberán actuar en bancadas, consultando la justicia y el bien común, y de conformidad con lo dispuesto en los estatutos de su partido o movimiento político o ciudadano.

Son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”.

⁹ M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

61. Así, por ejemplo, es claro que, constitucionalmente, los deberes y obligaciones de los congresistas derivados de su investidura, están delineados por el respeto del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses; por la asistencia, en un mismo periodo de sesiones, de al menos seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o moción de censura; por tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras o de aquella en que fueren llamados; por destinar en debida forma los dineros públicos y por ejercer su cargo de manera que no obtenga favores o tratamientos privilegiados de otros servidores públicos, en su beneficio o de terceros, en los términos señalados para el tráfico de influencias.

62. Y frente al deber del actuar del congresista “*consultando la justicia y el bien común*” la Sala Plena de esta Corporación lo ha ligado con la obligación de observancia del régimen de conflicto de intereses, así:

“(...) Independientemente del partido, movimiento político o facción social a la que pertenezca la persona elegida como congresista, uno de sus deberes más importantes es el de “actuar consultando la justicia y el bien común” (C.P. Art. 133 mod. A.L. 01/09 Art. 5º), que además de tener profundas implicaciones sociales, puesto que la labor legislativa debe siempre orientarse hacia la satisfacción del interés general, tiene como contrapartida el deber implícito para el parlamentario de hacer a un lado sus propios intereses, de suerte que resulte involucrado en el trámite de asuntos legislativos, o de otra índole, en los que su interés personal o el de sus allegados más cercanos esté igualmente comprometido (...)”¹⁰.

63. Pues bien, el incumplimiento de los deberes y obligaciones antes mencionados (supra 58), en atención a lo dispuesto en el artículo 183 de la Constitución Política, son sancionables con la pérdida de investidura de los Congresistas, pues este fue el querer del constituyente derivado, quedando expresamente consignado en la carta fundamental.

64. También se han consagrado como causales de pérdida de investidura de congresista, entre otros, la violación de los topes máximos en la financiación de campañas públicas y “*hacer contribución alguna a los partidos,*

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de julio de 2015. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Expediente 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI).



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley”¹¹.

65. Sin embargo, existen otros deberes y obligaciones propios de la investidura de congresista, no menos importantes, pero cuya inobservancia no es sancionada con la pérdida de investidura, a la luz de la Constitución Política y de la Ley. Las sanciones previstas en la ley para el incumplimiento de estas obligaciones, son de diversa y variada índole; podrán ser objeto de una sanción política y, si lo amerita, ética y disciplinaria, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, no solo por virtud del principio de taxatividad, o tipicidad en materia sancionatoria, sino también porque el propio artículo 133 de la Constitución Política determina que la responsabilidad del elegido ante la sociedad y sus electores es de carácter política.

66. La importancia del principio de taxatividad en el ámbito sancionatorio de la pérdida de investidura, ha sido resaltada por esta Corporación al considerar que “[...] *Entre esas garantías se destaca el principio de taxatividad, por virtud del cual se precave, de una parte, que sean sólo las conductas que la Constitución incluye como constitutivas de las causales de pérdida de investidura, las que puedan dar lugar a este juicio de reproche y, de otra, que el juez esté sometido al imperio de la ley de manera exclusiva y que, en consecuencia, deba abstenerse de crear causales de pérdida de investidura, aún en los eventos en los cuales se pueda concluir que un congresista incurrió en una conducta contraria a la ética [...]*”¹² (Subraya la Sala)

67. De acuerdo con lo anterior, la investidura de congresista, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política genera una serie de obligaciones frente a su electorado, que implica, de su parte, la asunción de conductas acordes con los intereses del conglomerado y muchas de las cuales tienen su configuración en los supuestos de hecho que fijó el Constituyente en el artículo 183 como causales de pérdida de investidura, pero no es posible extender el alcance de la sanción de pérdida de investidura a los asuntos no establecidos de manera precisa como susceptibles de este tipo de reproche, por lo que las conductas que se enmarcan en el código de ética y el régimen

¹¹ Consejo de Estado. Sala Sexta Especial de Decisión. M.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio. Expediente 11001-03-15-000-2019-02830-00(PI).

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de julio de 1999, rad. AC-7715



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

disciplinario de los congresistas, previstas en la Ley 1828 de 2017, quedan por fuera de su ámbito de aplicación.

68. Teniendo en cuenta, entonces, que las causales incorporadas en el régimen de incompatibilidades de los congresistas previsto en el artículo 180 de la Constitución Política, son taxativas y de aplicación restringida, no es posible inferir, válidamente, que las previsiones contenidas en el artículo 133 *ibídem* integran, complementan o adicionan dichas causales; no solamente por su carácter expreso y excepcional, que hace que sean solo esas y ninguna otras, sino que como quedó dicho anteriormente, las expresiones normativas que lo contienen hacen precisa alusión a que la responsabilidad por su inobservancia es de carácter político y, por tanto, ajeno al juicio de reproche sancionatorio subjetivo que conlleva la pérdida de investidura.

69. En este sentido, para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no existe razón para considerar que una acusación basada en la sola inobservancia por parte de un congresista de los deberes del cargo a que se refiere el artículo 133 de la Constitución Política, configure una violación al régimen de incompatibilidades, con el alcance que pretende darle el recurrente de constituir la causal de pérdida de investidura, como así también lo consideró la sentencia de primera instancia, quedando por analizar, ya en el caso concreto, si los presuntos incumplimientos por parte del senador Gustavo Petro Urrego de los deberes propios de la dignidad del cargo que ostenta, al haber emitido opiniones en diversos medios escritos y radiales constituyeron una violación al régimen de incompatibilidades, conducta sancionable con la pérdida de investidura. Con este propósito se establecerá si la valoración probatoria realizada por el a quo fue precaria, de cara al derecho a la libertad de expresión.

Análisis del caso concreto. Valoración probatoria de primera instancia y derecho a la libertad de expresión del congresista demandado.

70. La Sala Especial de Decisión 23, en términos generales, señaló que en el plenario no había elementos probatorios determinantes para considerar que las eventuales “difamaciones” en que incurrió el senador Petro Urrego y las



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaipe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

publicaciones de otros periodistas de opinión en diferentes medios de difusión, que fueron incorporados al expediente en copia impresa, hubieren constituido violación alguna al régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses. Asimismo, señaló que la opinión de los congresistas se ajustaba al núcleo del derecho fundamental a la libertad de expresión como manifestación de uno de los elementos de la democracia participativa, cuya protección, tratándose de discurso político era protegido por normas del bloque de constitucionalidad. En ese sentido, consideró que la opinión registrada por el congresista era una apreciación individual sobre unos hechos presentados por terceros a la opinión pública, que no hacían que el senador opositor fuera indigno del cargo que ocupa y menos que lograra estructurar la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1 del artículo 183 Constitucional.

71. Por su parte, en el recurso de apelación, el demandante acusa que la valoración probatoria de la sentencia de primera instancia fue precaria. Se refiere al alcance de las opiniones del senador Gustavo Petro Urrego, que considera son un irrespeto a las autoridades legítimamente constituidas, solicitando a la comunidad desobediencia civil y que no paguen los servicios públicos, asumiendo una actitud irresponsable, populista, radical y destructora. Señala que la inviolabilidad de las opiniones de los miembros del Congreso debe entenderse dentro de un debido contexto, es decir, en ejercicio de su función de congresista, pero no por fuera, aprovechando su condición de senador y su alta influencia en la comunidad. Indica que la sentencia apelada crea un precedente errado al enfocar la conducta del senador en la opinión de un congresista, cuando tal actuar no consulta la justicia ni el bien común ni es responsable ante la sociedad, como lo obliga el artículo 133 de la Constitución Política.

72. Para resolver el caso concreto, la Sala hará referencia al documental probatorio que se incorporó al expediente y cuya valoración por parte del *a quo* es cuestionada por el demandante. Tales pruebas son las siguientes:

73. **Artículo de Opinión publicado en el portal “Los Gustavos”**, titulado “Cuarto de Hora: 5 de julio de 2020”, firmado por Gustavo Petro. Así, entre otras frases, se pueden leer las que siguen:



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

“La lectura de los narcocasetes, esta vez en forma de interceptación al celular de alias el “Ñeñe Hernández”, muestran una operación sistemática de compra masiva de votos con dineros del narcotráfico en beneficio de la campaña de Iván Duque presidente”.

[...]

No quiso el registrador de entonces, dejar ver por nadie la programación ni los códigos fuente para hacer una auditoría a los computadores del proceso de conteo de votos, una programación que es privada y obsoleta, absolutamente vulnerable al fraude como lo dijo la máxima instancia de la justicia administrativa: El Consejo de Estado.

No quiso mostrarlo porque la programación del cómputo es fraudulenta [...]

[...]

Duque ganó (sic) solo con el fraude y las pruebas están en lo nuevos audios que su amigo el Fiscal, busco rápidamente esconder y manipular [...]

Barbosa quería ensuciar las dos campañas para no investigar ninguna. Ahora tenemos completa la grabación que él público recortada. Ahora conocemos la operación de fraude del alias “El Ñeñe”. Duque no gana sin esa actividad delictiva, así que surge entonces una pregunta perentoria: ¿Qué pasa al tener un presidente elegido sobre la base del delito? Sobre la base de delito ningún gobierno es legítimo.

No puede haber legitimidad en una democracia si su mandatario no fue elegido legítimamente. No puede haber legalidad en el gobierno de la legalidad si su propia fuente de legitimidad no es el voto libre de los ciudadanos, y no una alianza delictiva con los integrantes del narcotráfico para torcer la voluntad popular y los resultados de la elección.

Colombia Humana no reconoce la legitimidad del actual presidente de Colombia, ni la de su fórmula presidencial, también hundida hasta el fango en evidentes nexos con el narcotráfico.

Me considero, a nombre de ocho millones de lectores colombianos víctima de esa cofradía delictiva. Pero no soy yo la única víctima, lo es toda Colombia. Las minorías que se ilusionaron con una redención social [...]

Como víctima del fraude electoral, operaremos en las instancias de la justicia, pero fundamentalmente, el campo de acción más importante en la conciencia de nuestros conciudadanos.

[...]

El electorado de la providencia caribeña en sus siete departamentos y el electorado que había votado por Fajardo en zonas Uribistas como Santander y Antioquía, eran los electorados que debían seducir con montones de dinero.

Ellos sabían, que era evidente, que, si compraban un millón de votos de posibles electores míos en segunda vuelta, Duque podría ser presidente. De no hacerlo, Colombia Humana hubiera ganado la presidencia.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

Los nuevos narcocasets de la Neñe política (audios) muestran con claridad la estrategia implementada.

[...]

Por el camino del fraude y de la narco compra de votos solo encontraremos un narco Estado, dirigido por una casta delincuencial que solo sumirá a la totalidad de la sociedad en la violencia mientras hurta su erario. Por ese camino no hay Nación. Solo campos santos y mataderos.

Duque no es el presidente legítimo de Colombia y por eso acudimos a la conciencia ciudadana para que sea capaz de cambiar el rumbo del país.

[...]

74. Artículo de análisis político de la Revista Semana, titulado “*Se le fue la mano: Gustavo Petro está pateando el tablero*”. Publicada el 7 de octubre de 2020, en la que se puede leer a manera de subtítulo: “*Petro desconoce la legitimidad de Duque como presidente y les pide a los colombianos dejar de pagar los servicios públicos*”. Y en alguno de sus apartes se lee: “*La semana pasada, en una entrevista con La W, destapó las cartas de esta nueva apuesta. Denunció a Iván Duque como un gobernante ilegítimo, quien por cuenta de la Neñe política habría sido elegido por el narcotráfico. Con base en esta premisa, llamó a los colombianos a la desobediencia civil, manifestada en dos formas: no enviar a sus hijos a los colegios cuando abran y no pagar los servicios públicos [...] Con el desempleo en 21.5 por ciento, la pobreza en aumento por la cuarentena y las empresas en quiebra, él ve en la actual coyuntura un caldo de cultivo para una insurrección, por lo menos electoral. A Petro no parece preocuparle eso. Simplemente esta pateando el tablero. Cuando alguien propone no enviar a los niños al colegio y no pagar los servicios públicos está quemando las naves. Lo de los colegios sería absurdo en circunstancias normales, aunque en época del coronavirus puede discutirse por razones de salud. Pero pedirle a los ciudadanos no pagar los servicios públicos es una actitud tan populista como irresponsable*”¹³.

75. Registro noticioso de la cadena radial “Blu Radio”¹⁴, en las que el lector de noticias afirmó, entre otras cosas, lo siguiente:

“ [...] Según Petro, el actual Gobierno es ilegítimo y pidió que las veedurías electorales internacionales vigilen detalladamente los comicios en Colombia. “Apareció la mafia y con su dinero untado de sangre de líderes sociales compro

¹³ <https://www.semana.com/nacion/articulo/gustavo-petro-con-su-llamado-a-desobediencia-civil-esta-pateando-el-tablero/685817#>

¹⁴ www.bluradio.com/politica/Petro.dice.que.desconoce.duque.como.presidente.anuncia.acciones.legale



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

masivamente a unos y a otros. Duque ganó solo con el fraude y las pruebas están en los nuevos audios que su amigo el fiscal Barbosa buscó rápidamente esconde', indicó el congresista.

"Sobre la base del delito ningún Gobierno es legítimo" agrego Petro, quien también controversió la legitimidad de la vicepresidenta Marta Lucia Ramírez.

"Colombia Humana no reconoce la legitimidad del actual presidente de Colombia ni su fórmula vicepresidencial también denunciada hasta el tango en evidentes nexos con el narcotráfico", sostuvo:

"Apelamos a la conciencia ciudadana para hacer renacer la constitución de 1991 y permitir que los únicos dueños de este país no sean las asociaciones para delinquir", añadió

[...]

"Congresistas de distintas vertientes se refiere a las publicaciones de Gustavo Petro:

"El [Petro] no llama a una rebelión, llama a una desobediencia civil. No sabemos cuántos votos componen el fraude", "sostuvo el congresista Gustavo Bolívar [...]"¹⁵

76. Editorial del diario "El Espectador" del 7 de julio de 2020, titulado **"El llamado a la rebelión de Gustavo Petro"**¹⁶. Publicación que se pronunció con este tenor:

"Gustavo Petro ha decidido llamar a los colombianos a que pateen la mesa de las instituciones. Sustentado en argumentos amañados, quien fue derrotado en la segunda presidencial, está utilizando una estrategia típica de populista de izquierda y de derecho:

Destruir la legitimidad del gobierno a toda costa para crear una narración de "ellos", los criminales, contra "nosotros", la ciudadanía. Se sobrentiende en sus palabras que la ciudadanía estará encabezada por él en vísperas de las elecciones de 2022. Se trata de una actitud peligrosa que promete ahondar la polarización y afectar la democracia colombiana.

[...] Por eso, en su lógica, "un presidente ilegítimo lleva a su país hacia el matadero, por lo tanto, la sociedad debe actuar, esa es la desobediencia civil". En concreto invitó a los padres a no llevar a los hijos al Colegio ni pagar las facturas de servicios públicos [...]"

77. De las consideraciones efectuadas por la Sala Especial de Decisión 23 frente a estas pruebas, esta Sala observa que su análisis se dividió en dos grupos: el primero, relacionado con la opinión registrada y difundida por el senador demandado en el portal web **"Los Gustavos"** el 5 de julio de 2020; y

¹⁵ <https://www.bluradio.comfpolitica/es-peligroso-eMlamado-da-gustavo-petro-a-la-desobediencia-civil>

¹⁶ . www.elespectador.com/opini3n/ editorial/



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

el segundo, respecto de las publicaciones de otros periodistas de opinión en diferentes medios de difusión como el de la revista *Semana*, el de www.bluradio.com, y el del Editorial del Espectador.

78. En relación con el primero, consistente en la opinión emitida por el demandado en el portal “*Los Gustavos*” el 5 de julio de 2020, el *a quo* consideró que era una apreciación individual del senador Gustavo Petro, sobre unos hechos presentados por terceros a la opinión pública (interceptaciones y lecturas de casetes) que podrían constituir una denuncia. Sus afirmaciones no lo hacían indigno del cargo de congresista, y más allá de influir en el electorado, por ser el principal representante de la oposición, y de tener una repercusión en el panorama político, no lograba estructurar la causal primera de pérdida de investidura del artículo 183 de la Constitución Política.

79. Y frente al segundo grupo de pruebas, la Sala Especial de Decisión 23 descartó su pertinencia, conducencia y determinación para probar la “indignidad parlamentaria” pues ni siquiera eran pruebas oponibles al demandado. Se trataron de artículos de opinión de terceros, si bien fundamentales para una democracia, eran insuficientes para basar una acusación de pérdida de investidura.

80. La Sala considera necesario precisar que sobre este último argumento de la sentencia de primera instancia, la parte actora, en su recurso de apelación, no plantea controversia alguna diferente a insistir en el cuestionamiento sobre la conducta del demandado de llamar a la desobediencia civil, en una actitud irresponsable y populista, pero sin controvertir la falta de pertinencia de estos elementos de juicio, razón por la cual, el análisis que se efectuará en esta instancia se limitará a la opinión emitida por el senador Petro en el portal “*Los Gustavos*” el 5 de julio de 2020, cuya prueba sí le resulta oponible.

81. En efecto, tal como lo consideró el *a quo* en la sentencia apelada, del análisis del acervo probatorio incorporado al proceso como material documental e integrado por notas periodísticas y de opinión, se advierte la carencia de fuerza probatoria que ha acompañado a este caso; pues, a duras penas, solo es posible realizar alguna consideración de lo expresado por el senador acusado en la columna de opinión publicada en el portal web “*Los*



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

Gustavos". Los demás documentos corresponden a notas de prensa, análisis políticos y editoriales, atribuidos a terceras personas, que citan declaraciones del senador Petro Urrego o que parafrasean distintas opiniones de otros congresistas, sin que le sean oponibles al demandado.

82. De lo anterior se evidencia que lo precario en este caso no fue la valoración de los elementos de prueba por parte del juzgador de primera instancia, sino la actuación probatoria de la parte demandante.

83. Pues bien, la mencionada columna de opinión publicada bajo la autoría del senador Gustavo Petro, en el portal "*Los Gustavos*" el 5 de julio de 2020, en efecto, es una apreciación personal que, a nombre de su colectividad política "Colombia Humana", desconoce la legitimidad del "*actual presidente de Colombia*", y "*la de su fórmula presidencial*". Además, estas opiniones de senador Petro Urrego deben ser leídas en el marco del contexto político en las que se produjeron y teniendo en cuenta la connotación e importancia particular del emisor, quien funge como un reconocido líder político de oposición y orientador de la opinión pública.

84. En efecto, para el momento histórico en el que el senador Gustavo Francisco Petro Urrego, publicó la columna en el portal web "*Los Gustavos*", se discutía a través de los medios de comunicación de ámbito nacional, el suceso conocido como la "*Ñene Política*"¹⁷, por lo que las opiniones publicadas giraron en torno a los hechos y circunstancias que rodearon este debate adelantado por parte de los diversos actores de la vida política del país.

85. Es un hecho notorio que el senador acusado hace parte de quienes lideran la oposición al actual gobierno, con condiciones para influir y orientar políticamente a un sector de la sociedad y, por tanto, con el reconocimiento suficiente para propiciar una discusión en la esfera pública, capaz de transformar la agenda política gubernamental y la preferencia electoral de los ciudadanos.

¹⁷ "La Ñeñepolítica es el nombre con el que se conoce el escándalo de supuesta compra de votos para la campaña presidencial del 2018 del actual presidente de Colombia, Iván Duque Márquez con el ganadero y narcotraficante colombiano José Guillermo Hernández, conocido como el Ñeñe Hernández". <https://es.wikipedia.org/wiki/Ñeñepol%C3%ADtica>.

Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

86. La opinión del senador Petro Urrego, en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, constituye un genuino discurso político que tiene su génesis en circunstancias que aprovecharía cualquier grupo de oposición para fomentar un debate y una discusión pública nacional que redunde en el robustecimiento de su colectividad política; lo cual, a la luz del principio democrático y de los derechos políticos de raigambre constitucional, es una finalidad perfectamente lícita.

87. La libertad de expresión, consagrada como un derecho fundamental en el artículo 20 de la Carta¹⁸, es pilar fundamental del Estado Constitucional, que permite la materialización del principio democrático, y, como tal, íntimamente ligado con el desarrollo de los derechos políticos¹⁹, siendo por tanto un axioma fundante del republicanismo contemporáneo, que privilegia la dignidad humana y valora la participación de la ciudadanía, facilitando la consolidación de una sociedad pluralista y deliberativa.

88. En esa medida, el derecho a la libertad de expresión goza de un grado reforzado de protección, el cual se fundamenta en consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad; razones derivadas del funcionamiento de las democracias; motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual; consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad; y en motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera²⁰.

89. Por ello, la premisa fundamental parte de reconocer la imposibilidad de censurar el *pensamiento* y la *opinión*, de forma que no resulta factible prohibirlo, aun cuando la idea expresada fuere molesta, equivocada, provocadora, revolucionaria o inmoral; siempre y cuando, con ella, no se

¹⁸ “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

¹⁹ Para el Profesor Robert Alexy, “*el ejercicio de los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos con suficiente igualdad de oportunidades presuponen el cumplimiento de algunos derechos fundamentales y derechos humanos no políticos. Entre éstos se cuentan, por ejemplo, el derecho a la vida, a un mínimo existencial y a cierta enseñanza*”. R. Alexy. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No.1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 1995. Pág.130.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-256 de 2013, T-391 de 2007, T-1148 de 2004, T-934 de 2014 y T-743 de 2017.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

impida de manera grave y directa el ejercicio de los derechos ajenos. Esta postura fue prolijada por la Corte Constitucional en la sentencia C-417 de 2009, al considerar que la opinión *“de hallarse injusta o impertinente, debe combatirse con otras opiniones o pareceres, no con sanciones de ninguna índole, menos aún penales”*.

90. La Corte también explicó, en la Sentencia T-022 de 2017, que en muchos casos frente a la tensión entre, las libertades de pensamiento, opinión y de información, de un lado, y, de otro, los derechos a la honra y buen nombre prevalecen los primeros, dada *“su importancia para la vida democrática y para el libre intercambio de ideas”*.

91. En el contexto jurídico, existen discursos especialmente protegidos por el derecho internacional, dada su importancia para la democracia o los derechos humanos, entre los que se encuentran: (i) los de contenido político o sobre asuntos de interés público; (ii) discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos y (iii) los que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad personales.

92. El discurso político tiene vocación para promover la deliberación en escenarios públicos informales, por ello, encuentra en la acción comunicativa el impulso que permite la transformación de las preferencias de los ciudadanos, lo que a su vez permea los espacios formales de discusión en donde se define la agenda pública y se toman las decisiones, bajo la forma de leyes, decretos y actos administrativos. Para el filósofo del derecho *Jürgen Habermas*, *“[...] la disputa de opiniones sostenida en la escena política posee fuerza legitimadora no solo en el sentido de una autorización para acceder a posiciones de poder; más bien, el discurso político mantenido de manera continuada posee fuerza vinculante también para el modo de ejercer el dominio político”*²¹.

93. Sin embargo, es posible también que el discurso político generado a partir de las opiniones de un actor de relevancia pública no tenga la fuerza y entidad para movilizar, en términos deliberativos, la transformación de las preferencias

²¹ J.Habermas. *La Inclusión Del Otro. Estudios de Teoría Política*. Ediciones Paidós.1999.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

de la ciudadanía y el cambio e intercambio de la agenda política gubernamental.

94. En uno u otro caso, el proceso discursivo goza de la protección constitucional, no solamente porque es una legítima manifestación de la libertad de expresión y opinión, sino también porque el valor epistémico de la democracia permite que finalmente los ciudadanos den contenido a la voluntad general y tomen la decisión correcta²². Por tanto, en palabras del profesor *Robert Alexy*, “quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en democracia e igualmente tendrá que estarlo en derechos fundamentales y derechos humanos”.²³

95. En ese sentido, los discursos con contenido ideológico, lejos de constituir una amenaza para la supervivencia del sistema, alientan el debate político, el intercambio de ideas y el pluralismo; lo que no solamente conlleva al reconocimiento y respeto de las minorías políticas, sino que justifica, en sí mismo, la existencia de la democracia y, por esa vía, el cumplimiento de los fines esenciales del estado. Estos discursos permiten la realización personal de quien se expresa y fomentan la deliberación abierta y desinhibida sobre los asuntos que conciernen a la opinión pública, redundando en condición indispensable para la consolidación, funcionamiento y preservación del régimen democrático de un país.

96. Este tipo de discusiones y escenarios de deliberación, aunque partan de la confrontación fuerte, molesta u odiosa de ideas, permiten la formación de una opinión pública informada y consciente de sus derechos, facilitando el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios gubernamentales; lo que, en todo caso, no sería posible si no se garantizara, de manera reforzada, el derecho fundamental a la libertad de expresión.

²² Las opiniones deliberativas aproximan más al criterio de corrección que las no deliberativas. La deliberación ayuda a llegar a la decisión correcta, pues está orientada a la verdad. Los resultados son así mejores y más racionales que mediante el proceso de mera agregación de votos. *J. Bohman* 1996, pp. 6, 186; *H. Richardson* 2002, p. 76.

²³ *R. Alexy. Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Op. Cit. Pág. 130.*

Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

97. En esta misma dirección, tanto la Corte Constitucional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han considerado que el discurso político goza de protección reforzada, en la medida en que resulta ser importante para el ejercicio de los demás derechos fundamentales²⁴ y para garantizar el funcionamiento, preservación o consolidación de la democracia²⁵. Así, la Corte Constitucional ha precisado *“que gozan de mayor grado de protección el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público, y los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales”*²⁶.

98. La CIDH, al decidir el caso *Castañeda Gutman contra México*, consideró que tratándose del “juego democrático”, el discurso político y aquellas opiniones que versen sobre asuntos de interés público, se encuentran especialmente protegidos, toda vez que favorece la toma de decisiones de manera libre, preservando, de esta manera, el principio de democracia representativa, que resulta ser determinante y fundamental en el sistema interamericano de derechos²⁷.

99. La jurisprudencia de la CIDH también ha recabado en la protección que merece el discurso político cuando quiera que se encamina a realizar críticas frente a un candidato, a un cargo público o en relación con un funcionario público; lo que se justifica a partir de tres aspectos en concreto: (i) los políticos y funcionarios públicos, al asumir voluntariamente sus papeles y adquirir mayor visibilidad, han aceptado los riesgos que dicho ejercicio conlleva, entre esos, los de ser objeto de críticas duras y ataques desagradables; (ii) permitir la posibilidad de realizar críticas fuertes y abiertas a los funcionarios públicos y a los políticos constituye un elemento esencial del estado de derecho y de la democracia; siendo esta una de las formas que tienen los ciudadanos y la prensa de controlar los abusos oficiales, la que a su vez, se erige como una condición necesaria para que se adelante un debate público fornido, como

²⁴ En ese mismo sentido, ver R. Alexy. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Op. Cit. Pág. 130

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión, párr. 32.

²⁶ Sentencia C-442 de 2011. En el mismo sentido, ver, entre otras, la sentencia T-391 de 2007 y C-010 de 2000.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, párr. 141.

Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

presupuesto para la formación de la voluntad democrática libre e informada, y, (iii) el discurso político crítico afronta un gran riesgo de ser arbitrariamente restringido y limitado por las propias autoridades y los políticos, quienes buscarían de esa manera silenciar las voces que le son contrarias, auto perpetuándose en el poder y anulando la democracia misma²⁸.

100. En los párrafos 87 y 88 del Caso *Kimel contra Argentina* de 2008, la CIDH explicó esa “superprotección” del discurso político, en los siguientes términos:

“87. El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático²⁹. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.

88. En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población [...]³⁰.”
(Subraya fuera del texto original)

101. Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia T-391 de 2007, expuso también esta especial protección del discurso político crítico, al considerar:

“Dentro del rango de tipos de discursos protegidos por la libertad de expresión en sentido estricto, el mayor grado de protección se provee al discurso político, al debate sobre asuntos de interés público, y a los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse. Las expresiones de contenido político, o que contribuyen al debate abierto sobre asuntos de interés público o general, reciben –y han recibido tradicionalmente un nivel especialmente alto de protección constitucional frente a todo tipo de regulación. Es claro que el discurso de contenido político, o que forma parte del debate público, no se agota en las publicaciones y discursos políticos relacionados con temas electorales; esta categoría cubre toda expresión relevante para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida pública de la nación.”
(subraya ajena al texto original)

²⁸ CIDH. Citado por R.Uprimny Yepes. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia. 2014.

²⁹ Cfr. Caso Ivcher Bronstein, párr. 155; Caso Herrera Ulloa, párr. 127; Caso Palamara Iribarne, párr. 83, y Caso Claude Reyes y otros, párr. 87.

³⁰ Cfr. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros), párr. 69; Caso Ivcher Bronstein, párr. 152, y Caso Ricardo Canese, párr. 83.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

102. Así las cosas, la opinión del senador Petro en el portal “Los Gustavos”, como discurso político que es, se encuentra constitucionalmente protegida, pues se enmarca en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, la cual ostenta una relación estructural con el principio democrático, dirigida a generar debate sobre asuntos de interés general y a propiciar un ejercicio de control sobre los actos de los servidores del Estado.

103. Ahora bien, el recurrente considera que a las opiniones populistas e irresponsables del senador Petro, que tienden a destruir el Estado Social de Derecho, deben dárseles la trascendencia que ellas implican de cara al verdadero valor de la inviolabilidad de las opiniones de los miembros del Congreso, pues el senador acusado no dio su opinión en ejercicio de sus funciones ni en alguna de las sesiones del Congreso, sino por fuera, aprovechando su condición y alta influencia en la comunidad, creando situaciones que desbordan el orden jurídico. Señaló que cuando el senador cumple la función de *“representar al pueblo”* significa que debe *“actuar consultando la justicia y el bien común”* y ser responsable *“ante la sociedad”*, como lo ordena el artículo 133 de la Constitución Política.

104. Para la Sala, tal como lo consideró la Sala Especial de Decisión 23, es diáfano establecer que al tenor de lo dispuesto en el artículo 185 de la Constitución Política³¹, las opiniones y los votos de los congresistas, emitidos en el ejercicio del cargo, por regla general, no son objeto de sanción por vía del juicio de pérdida de investidura, en virtud del principio de inviolabilidad, *“sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo”*. Constituiría un motivo de pérdida de investidura si por el voto emitido incurre en violación al régimen de conflicto de intereses, el cual se constituye en un límite a la figura de la inviolabilidad en los votos y opiniones de los congresistas.

105. En efecto, al margen del conflicto de intereses, es posible que la opinión de un congresista contraría un deber consagrado en la Ley 1828 de 2017, lo

³¹ Artículo 185. Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo

Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

que podría traerle como consecuencia la adopción de una sanción disciplinaria con arreglo a dicho estatuto; pero en ningún caso, podría acarrearle la pérdida de su investidura, toda vez que no solamente en ello radica la esencia de la inviolabilidad sino que, además, no sería constitucionalmente posible extender su alcance, que, como ya se dijo, es restringido.

106. Bajo este entendido, para la Sala, la opinión del senador acusado en el Portal “*Los Gustavos*” al que se ha hecho referencia, contrario a lo señalado por el apelante, podría responder, justamente, al cumplimiento de su función de congresista “consultando la justicia y el bien común”, denunciando la presunta participación de dineros del narcotráfico en el proceso electoral, con manifestaciones propias de un líder de oposición.

107. Precisamente, la Corte Constitucional en sentencia SU-047 de 1999, en cuanto al alcance de la prerrogativa de la inviolabilidad de los congresistas, precisó:

“[...] la inviolabilidad de los parlamentarios y de los congresistas juega un papel esencial en la dinámica de los Estados democráticos de derecho. En efecto, el fin de la irresponsabilidad de los congresistas es que los representantes del pueblo puedan emitir de la manera más libre sus votos y opiniones, sin temor a que éstos puedan ocasionar persecuciones judiciales o de otra índole, con lo cual se garantiza una plena libertad e independencia en la formación de la voluntad colectiva del parlamento o congreso. Así, sólo por medio de la figura de la inviolabilidad, es posible que se cumpla el mandato constitucional según el cual los senadores y representantes deben actuar “consultando la justicia y el bien común” (CP art. 133), y no movidos por el temor a eventuales represalias jurídicas”³². (Subraya fuera del texto)

108. Por todo lo anterior, no es necesario efectuar mayor esfuerzo, al comparar las opiniones dadas por el senador Gustavo Petro con las precisas y estrictas causales de incompatibilidad predicables de los congresistas, previstas en el artículo 180 de la Carta Política, para concluir que los hechos en que se fundan los cargos de la demanda no encajan típicamente con ninguna de las precisas descripciones definidas por la Constitución y la ley 5 de 1992, como tampoco tienen alcance dentro de los elementos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación, para ser considerados como conductas prohibidas durante el ejercicio del cargo, sancionables con la

³² M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

pérdida de investidura. Por consiguiente, el llamado a la desobediencia civil, al no pago de los servicios públicos, y el supuesto “irrespeto” al Presidente de la República y a otros dignatarios del Estado, efectuado por parte del Senador Gustavo Francisco Petro Urrego, no constituye, de manera categórica, una violación al régimen de incompatibilidades de los congresistas.

109. Tampoco la presunta inobservancia de los deberes y obligaciones del artículo 133 de la Constitución Política, que se acusa del senador Gustavo Petro, sirve de fuente para dotar de contenido la causal de pérdida de investidura del numeral primero del artículo 183 *ibídem*; pues, como se dijo, no solo sus causales tienen carácter taxativo, que restringe su aplicación extensiva, sino también porque la consecuencia jurídica prevista en aquella disposición es distinta a la aquí pretendida. En estos términos no prospera el recurso de apelación.

III. DECISIÓN

110. Como corolario de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmará la sentencia de primera instancia, comoquiera que la Sala Especial de Decisión 23 dio alcance probatorio y jurídico, coherente y válido a los documentos allegados a este proceso, lo que le permitió determinar que las circunstancias fácticas invocadas en la demanda no configuraron la causal 1 del artículo 183 de la Constitución Política, para declarar la pérdida de la investidura del Senador Gustavo Francisco Petro Urrego, decisión que no logró desvirtuar el recurso de apelación.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia proferida el 26 de febrero de 2021 por la Sala 23 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura.



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI
Actor: José Manuel Abuchaipe Escolar
Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

SEGUNDO.- Por Secretaria General, realizar las comunicaciones de rigor, en consonancia con lo previsto por la Ley 1881 de 2018.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Presidente.
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
MILTON CHAVES GARCÍA

Firmado electrónicamente
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGUELLO

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente
FREDY HERNANDO IBARRA MARTÍNEZ

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Firmado electrónicamente
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Firmado electrónicamente
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Firmado electrónicamente
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Con aclaración de voto



Radicado: 11001-03-15-000-2020-03359-01 PI

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Demandado: Gustavo Francisco Petro Urrego

Firmado electrónicamente
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Firmado electrónicamente
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente
PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Con aclaración de voto

Firmado electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES

Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.