

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – No constituye una nueva instancia

Advierte la Sala que el argumento principal expuesto por el recurrente constituye la reiteración de las razones esgrimidas en el trámite de instancia ante la Sala Plena, donde la defensa del señor Eljadue Gutiérrez estuvo basada en la falta de coincidencia de las circunscripciones departamental y municipal. (...) En este sentido, un nuevo examen sobre la aplicación de los efectos de la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución, en la forma en que fue planteada nuevamente en el recurso, implicaría revivir el juicio de instancia sobre dicha controversia ya resuelta. El mecanismo excepcional de impugnación al cual acudió el señor Eljadue Gutiérrez, en virtud de lo dispuesto en el artículo diecisiete (17) de la Ley 144 de 1994, no tiene la virtud de prolongar el debate jurídico con el mismo argumento hasta convertirse en instancia adicional en el proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 144 DE 1994 – ARTICULO 17

ANALISIS DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN PROCESOS DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Omisión de inclusión de un acápite específico dedicado a su análisis en la providencia

Advierte la Sala que la supuesta omisión de dicho criterio en la sentencia que decretó la pérdida de investidura, no constituye una circunstancia que haya afectado el debido proceso del señor Eljadue Gutiérrez en el curso del proceso en el Consejo de Estado, en tanto que, pese a que no se rotuló un acápite específico sobre el análisis del elemento subjetivo de la culpabilidad, lo cierto es que, los argumentos ofrecidos por el demandado, que justificaban su conducta con fundamento en los principios de la buena fe y la confianza legítima, de cara a los pronunciamientos del Consejo Nacional Electoral y la Sección Quinta sobre dicha inhabilidad, sí fueron estudiados en la sentencia objeto del presente recurso, tanto así que se precisaron las razones por las cuales tales principios no excluían la responsabilidad del demandado. (...) Si bien la posibilidad de abordar el estudio del elemento subjetivo de la conducta del congresista frente a ciertas causales de pérdida de investidura, según la tesis anteriormente mencionada, surgió en el año 2016 con ocasión de la sentencia de unificación de la Corte, en este preciso caso se encuentra que, la decisión que se revisa sí tuvo en cuenta, para efectos de declarar la pérdida de investidura del recurrente, los argumentos que nuevamente opone como justificantes o excluyentes de su responsabilidad por ausencia de culpabilidad. (...) Lejos de desconocer el debido proceso del señor Eljaude Gutiérrez en la sentencia recurrida, la demanda se resolvió bajo los postulados de dicha garantía constitucional, tanto así, que se indicó expresamente que el principio de la confianza legítima no era aplicable o, al menos no se podía predicar de ese cuerpo colegiado, en tanto que, las posturas de la Sección Quinta aun cuando vinculantes no eran pacíficas y, de cualquier forma, no se ajustaban a los precedentes que la Sala Plena había proferido hasta el momento. Entonces no puede considerarse vulnerado el derecho fundamental deprecado por el exrepresentante a la Cámara por el hecho de no haber asumido una postura que, para ese momento, no tenía la Sala Plena sobre la forma de abordar la estructuración de la conducta que sustentaba la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., febrero veintisiete (27) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00558-00(REV-PI)

Actor: CARLOS NERY LÓPEZ CARBONO Y EDUARDO ENRIQUE LLANES SILVERA

Demandado: ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto contra la sentencia de julio diecisiete (17) de 2012, mediante la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decretó la pérdida de investidura de congresista que ostentaba el señor Issa Eljadue Gutiérrez.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Por intermedio de apoderado judicial y con base en el artículo diecisiete (17) de la Ley 144 de 1994, el señor Issa Eljadue Gutiérrez presentó recurso extraordinario especial de revisión para que se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primero: Que se REVISE, por violación al debido proceso, la sentencia del 17 de Julio de 2012 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el proceso de Pérdida de Investidura números de radicado 11001031500020110043800 y 11001031500020110035700.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior se DICTE SENTENCIA DE reemplazo, mediante la cual no se decrete la pérdida de investidura de ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ.

Tercero: En firme la sentencia de reemplazo, que se comuniquen ésta a la Mesa Directiva del Honorable Senado de la República, a la Mesa Directiva de la Honorable Cámara de Representantes, al Procurador General de la Nación, al Consejo Nacional Electoral y al Registrador Nacional del Estado Civil”. (Mayúsculas del texto original).

En resumen, la solicitud tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

El recurrente manifestó que es hermano del señor Antonio Eljadue Gutiérrez, quien fue elegido alcalde del municipio de Pijiño del Carmen, en el departamento del Magdalena, para el periodo 2008-2011.

Agregó que el catorce (14) de marzo de 2010 fueron realizadas las elecciones para el Congreso de la República para el periodo 2010-2014, en las cuales el señor Issa Eljadue Gutiérrez resultó elegido representante a la Cámara por el Magdalena.

Aseguró que para ese momento, la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado venía sosteniendo en forma pacífica y uniforme que la circunscripción municipal no coincidía con la departamental cuando se trataba de la configuración de la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución.

Señaló que en marzo de 2011 fue presentada demanda de pérdida de investidura contra el señor Eljadue Gutiérrez basada en el argumento según el cual estaba inhabilitado, para ser congresista, porque para la época de la elección su hermano era alcalde de Pijiño del Carmen.

Concluyó que en la sentencia objeto del recurso, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo declaró la pérdida de investidura debido a que “[p]ara la Alta Corporación, que su hermano fungiera como Alcalde del municipio de Pijiño del Carmen – Magdalena para el momento en que se realizaron las elecciones, hacía que se encontrara incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 179 C.N., pues al estar el municipio en cuestión ubicado geográficamente dentro del departamento del Magdalena, circunscripción en la cual se elige a los Representantes a la Cámara, el hermano (...) ejerció autoridad civil y política en la misma”.

3. La sentencia objeto del recurso

La Sala Plena señaló que el alcalde del municipio de Pijiño del Carmen, hermano del representante a la Cámara Eljadue Gutiérrez, ejercía autoridad civil porque sus funciones están enmarcadas en la definición del artículo 188 de la Ley 136 de 1994, cuya aplicación es directa.

Agregó que los alcaldes también están investidos de autoridad política, dada la autonomía de la cual gozan, en los términos de la definición expresamente contenida en el artículo 189 de la misma Ley.

Resaltó que la licencia no remunerada concedida por el gobernador del Magdalena al señor Antonio Eljadue Gutiérrez, para la fecha de elección de su hermano, no lo separó del cargo como alcalde de Pijiño del Carmen ni evitó que el parentesco fuera tenido en cuenta para la inhabilidad.

Precisó que según el artículo 179 de la Constitución, para efectos de las inhabilidades de los congresistas la circunscripción nacional coincide con cada una de las circunscripciones territoriales con excepción de aquella prevista en el numeral 5°.

Subrayó que en cuanto a la elección de representantes a la Cámara, la circunscripción correspondiente al Magdalena está conformada por todo el departamento, incluyendo el municipio de Pijiño del Carmen.

Enfatizó que los municipios que integran un departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial, por lo que está inhabilitado para inscribirse como candidato a la Cámara de Representantes quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente o parentesco, en los grados que establece la Constitución y en los términos señalados por la Ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en los municipios del departamento.

Reiteró el criterio expuesto por la Sala Plena según el cual no existe norma que defina desde cuándo opera dicha prohibición, razón por la que debe entenderse que la misma se configura si se acredita que el pariente del congresista ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones.

Destacó que los principios de la buena fe y la confianza legítima alegados por la parte demandada, no resultaban aplicables, en tanto que la finalidad constitucional de la causal contemplada en el artículo 183-1 Superior, no es otra que hacer efectivo el principio de libertad e igualdad electoral, siendo evidente que según lo afirmado por la Sala Plena de la Corporación, un candidato, pariente de quien ejerce autoridad civil o política, en la misma circunscripción electoral donde se inscribe, goza de una ventaja mayor respecto de los demás competidores.

4. El recurso extraordinario especial de revisión

El señor Eljadue Gutiérrez consideró que la sentencia recurrida decretó la pérdida de investidura de congresista con violación del debido proceso, ya que omitió realizar el análisis del elemento subjetivo de la responsabilidad que es característico de todo juicio sancionatorio.

Explicó que en sentencia SU-424 de 2016, la Corte Constitucional dejó sin efectos dos (2) sanciones de pérdida de investidura que había impuesto la Sala Plena del Consejo de Estado sin tener en cuenta el elemento subjetivo de la falta.

Añadió que en esa decisión, la corporación consideró que dichas sentencias incurrieron en defecto sustantivo al soslayar el elemento subjetivo de la responsabilidad, pues los afectados actuaron con la convicción de no encontrarse inhabilitados en virtud del precedente vigente y vinculante de la Sección Quinta sobre la situación que les fue endilgada.

Destacó que la situación de los actores de las tutelas que originaron la sentencia de la Corte SU-424 de 2016 es similar a la suya, dado que eran representantes a

la Cámara elegidos en el año 2010 y se les decretó la pérdida de investidura por tener un familiar que ejercía autoridad civil y política en un municipio que integra la circunscripción por la cual fueron elegidos, pero agregó que actuaron de buena fe exenta de culpa y amparados en la confianza generada por los conceptos del Consejo Nacional Electoral y por la jurisprudencia de la Sección Quinta, que indicaban que no estaban inhabilitados porque la circunscripción departamental no coincidía con la municipal.

Aseguró que en sentencia de septiembre veintisiete (27) de 2016, la Sala Plena del Consejo de Estado unificó el criterio sobre el carácter sancionatorio que ostenta el proceso de pérdida de investidura, por lo cual indicó que en este tipo de juicios siempre debe comprobarse la culpabilidad como elemento de la falta que genera la sanción de pérdida de investidura.

Después de citar varios apartes de la sentencia SU-424 de 2016, concluyó que la Corte estimó que cuando fueron realizadas las elecciones para el Congreso de la República para el periodo 2010-2014, la Sección Quinta había sido reiterativa en sostener que la circunscripción departamental no coincidía con la municipal para la ocurrencia de la inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución.

5. Intervención de los actores de la pérdida de investidura

Los demandantes del proceso de pérdida de investidura que culminó con la sentencia recurrida no intervinieron en el trámite del recurso extraordinario de revisión.

6. Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de julio diecisiete (17) de 2012, mediante la cual decretó la pérdida de la investidura que ostentaba el señor Issa Eljadue Gutiérrez como representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, según lo dispuesto en el artículo 111 numeral 7º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

2. Oportunidad del recurso

En el artículo diecisiete (17), la Ley 144 de 1994 dispuso que el recurso extraordinario especial de revisión contra la sentencia que haya declarado la

pérdida de investidura de un congresista deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la misma.

El fallo objeto del recurso fue notificado a través de edicto desfijado el veintiséis (26) de julio de 2012 y cobró ejecutoria el treinta y uno (31) del mismo mes y año en virtud de lo previsto en el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil¹, que era la disposición aplicable y vigente en aquella época (fls. 278 y 279 cdno 1).

El recurso extraordinario fue radicado por el apoderado judicial del señor Eljadue Gutiérrez en esta corporación el veintiocho (28) de febrero de 2017, lo cual permite concluir que está dentro del término establecido en el artículo diecisiete (17) de la Ley 144 de 1994 (fl. 1 cdno ppal).

3. La regulación general del recurso extraordinario especial

En las normas de la Ley 144 de 1994, el recurso extraordinario especial de revisión es el único medio de impugnación procedente contra las sentencias del Consejo de Estado que decretan la pérdida de la investidura de los congresistas.

Está previsto en el artículo diecisiete (17) en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISIÓN. Son susceptibles del Recurso Especial de Revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un parlamentario, por las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y por las siguientes:

a) Falta del debido proceso;

b) Violación del derecho de defensa;”.

Desde el punto de vista de la legislación actual, es claro que este medio excepcional de impugnación procede únicamente por las causales señaladas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y además por desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa del demandado.

Entonces opera en esta materia la aplicación del principio de taxatividad, ya que la regulación legal dispuso expresamente las situaciones específicas que pueden invocarse contra la decisión judicial que accede a las pretensiones en este tipo de procesos especiales.

Al tratarse de un mecanismo excepcional contra una sentencia que está revestida de la prerrogativa de la cosa juzgada, la interpretación de tales causales debe ser precisa en sus alcances puesto que, como lo tiene reconocido la Sala, la revisión

¹ **Artículo 331. Ejecutoria.** *Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. [...].”*

que corresponde hacer a esta corporación no puede entenderse como una facultad sin límites².

4. El caso concreto

El recurso extraordinario especial de revisión está sustentado en la causal consistente en la presunta violación del debido proceso, como único cargo, según lo dispuesto en el artículo diecisiete (17) de la Ley 144 de 1994.

La formulación general de este importante derecho fundamental está contemplada en el artículo 29 de la Constitución, el cual extiende su ámbito de aplicación a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Desde la perspectiva amplia de sus diferentes manifestaciones, la Corte Constitucional mantiene un criterio reiterado a partir del cual el debido proceso puede ser definido como *“[...] el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”*³.

4.1. La reiteración de los argumentos sobre la inhabilidad

² Al respecto puede consultarse Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de febrero veintitrés (23) de 2016, expediente 11001-03-15-000-2006-00821-00 (REV-PI), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

³ Cfr., entre otras, Corte Constitucional, sentencia C-341 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

En esencia, el señor Eljadue Gutiérrez indicó que la sentencia de julio diecisiete (17) de 2012 decretó la pérdida de su investidura de congresista sin llevar a cabo el análisis del elemento subjetivo de la falta imputada en su contra.

Agregó que su situación es similar a la descrita en la sentencia SU-424 de 2016, en la que fueron amparados los derechos de dos (2) exrepresentantes que perdieron la investidura a pesar de haber actuado de buena fe exenta de culpa y amparados en los conceptos del Consejo Nacional Electoral y la jurisprudencia de la Sección Quinta, según los cuales, a su juicio, no estaban inhabilitados porque la circunscripción departamental no coincidía con la municipal para efectos de la restricción prevista en el numeral 5º del artículo 179 de la Carta.

Advierte la Sala que el argumento principal expuesto por el recurrente constituye la reiteración de las razones esgrimidas en el trámite de instancia ante la Sala Plena, donde la defensa del señor Eljadue Gutiérrez estuvo basada en la falta de coincidencia de las circunscripciones departamental y municipal.

En la parte final de la contestación de la demanda de pérdida de investidura, el entonces congresista resaltó que *“[...] aceptando solo en gracia de discusión que el señor Antonio Eljaude (sic) Gutiérrez ejerció como alcalde de Pijiño del Carmen (Magdalena) el domingo 14 de marzo del cursante año, sin duda que no puede darse la causal de inhabilidad invocada, por cuanto la elección del (sic) Representantes a la Cámara se efectúa por circunscripciones electorales departamentales”*.

Añadió que *“Asimilar una circunscripción municipal a lo que debe ocurrir a nivel departamental, como al parecer lo hizo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en fallo de febrero 15 de este año, equivale a desconocer el principio legal consagrado en el artículo 1º, numeral 4 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986), en cuanto prescribe que “las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida [...]”*. Concluyó que los derechos políticos *“[...] no pueden ser desconocidos por la rigurosidad de un criterio de interpretación por extensión, que tome como de la circunscripción departamental la autoridad que se ejerce en uno de los municipios del respectivo ente territorial”*. (fls. 59 a 70 cdno 1 expediente PI).

Es claro que corresponde al mismo asunto alrededor de los alcances de la inhabilidad surgida por el parentesco con funcionarios que ejercían autoridad en la circunscripción por la que fue elegido, que ya fue objeto de análisis y decisión en la sentencia de julio diecisiete (17) de 2012.

En este sentido, un nuevo examen sobre la aplicación de los efectos de la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución, en la forma en que fue planteada nuevamente en el recurso, implicaría revivir el juicio de instancia sobre dicha controversia ya resuelta.

El mecanismo excepcional de impugnación al cual acudió el señor Eljadue Gutiérrez, en virtud de lo dispuesto en el artículo diecisiete (17) de la Ley 144 de 1994, no tiene la virtud de prolongar el debate jurídico con el mismo argumento hasta convertirse en instancia adicional en el proceso⁴.

La reiterada exposición hecha por el excongresista acerca de la falta de coincidencia entre las circunscripciones del departamento y del municipio, para la elección de los representantes a la Cámara, es demostrativa del desacuerdo que tiene frente a la interpretación que hizo la Sala Plena sobre los alcances de la inhabilidad que originó la pérdida de la investidura.

Al tratarse del mismo asunto de fondo analizado en la sentencia recurrida, como fue la configuración de la inhabilidad por el ejercicio de autoridad por uno de sus familiares en la circunscripción del Magdalena, la situación no puede ser objeto de nuevo debate jurídico mediante el recurso especial de revisión en busca de reevaluar la posición asumida por la Sala Plena sobre los alcances de la prohibición.

Así, este mecanismo excepcional de impugnación no es procedente para la apertura de un nuevo juicio de instancia para la discusión de hechos que ya fueron resueltos en la sentencia con fuerza de cosa juzgada.

4.2. Sentencias que adoptaron la nueva perspectiva de análisis

Ahora, la Sala no desconoce que en las altas corporaciones judiciales fueron dictadas recientemente dos (2) decisiones que contienen importantes criterios sobre la naturaleza de la pérdida de investidura y la necesidad de garantizar el debido proceso en dichos juicios.

En la sentencia SU-424 de 2016 invocada por el actor para sustentar el recurso extraordinario, la Corte Constitucional reafirmó el carácter sancionatorio de la pérdida de investidura y admitió la alternativa de estudiar el elemento subjetivo de la conducta del demandado en este tipo de procesos⁵.

Como parte de sus argumentos, la corporación resaltó que “[...] *en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 Superior, por regla general, los procesos sancionadores proscriben la responsabilidad objetiva. En efecto, salvo algunos casos propios del derecho administrativo sancionador en los que aún se ha admitido la responsabilidad únicamente por el resultado, en los procesos que tienen por objeto reprochar y castigar la realización de una conducta prohibida o restringida, la valoración de la culpa es determinante e ineludible, pues no hay pena ni sanción sin culpa. En consecuencia, si el proceso de pérdida de investidura impone la*

⁴ Esta posición fue reiterada, entre otras, en Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de febrero veintitrés (23) de 2016, expediente 11001-03-15-000 2006-00821-00 (REV-PI), C.P. Gerardo Arenas Monsalve, ya citada.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-424 del 11 de agosto de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

sanción más gravosa para el ejercicio del derecho a ser elegido de un ciudadano y el derecho a elegir al candidato del electorado, tal es la prohibición vitalicia a aspirar a cargos de elección popular, es lógico entender que las garantías del debido proceso sancionador también deben ser aplicadas al proceso de pérdida de investidura. Luego, el principio de culpabilidad en el proceso de pérdida de investidura constituye una norma aplicable, de inevitable observancia”.

Posteriormente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta corporación en sentencia de septiembre veintisiete (27) de 2016⁶ también insistió en la naturaleza subjetiva del juicio de pérdida de investidura y subrayó que el análisis sobre la responsabilidad del demandado debe hacerse con base en la culpabilidad y en la determinación del elemento subjetivo de la conducta imputada en su contra.

Enfatizó que el proceso de “[...] la pérdida de la investidura es de naturaleza sancionatoria de régimen subjetivo y, por ende, regulado bajo un régimen de responsabilidad basado en la culpa [...]”. Agregó que por esta razón “[...] corresponderá al juez de la pérdida de investidura hacer el análisis de la conducta del demandado para determinar si, pese a que se recorrió la descripción del supuesto descrito por el Constituyente –configuración de la causal de inhabilidad que es objetivo- existe una razón que permita concluir que no se lesionó la dignidad del cargo y el principio de representación que el Constituyente buscó proteger con la estructuración de la causal como constitutiva de la pérdida [...]”, lo que significa, además, que “[...] en cada caso, deberá comprobarse la existencia del elemento de culpabilidad, por tratarse de un régimen sancionatorio de tipo subjetivo”.

Sin embargo, advierte la Sala que la supuesta omisión de dicho criterio en la sentencia que decretó la pérdida de investidura, no constituye una circunstancia que haya afectado el debido proceso del señor Eljadue Gutiérrez en el curso del proceso en el Consejo de Estado, en tanto que, pese a que no se rotuló un acápite específico sobre el análisis del elemento subjetivo de la culpabilidad, lo cierto es que, los argumentos ofrecidos por el demandado, que justificaban su conducta con fundamento en los principios de la buena fe y la confianza legítima, de cara a los pronunciamientos del Consejo Nacional Electoral y la Sección Quinta sobre dicha inhabilidad, sí fueron estudiados en la sentencia objeto del presente recurso, tanto así que se precisaron las razones por las cuales tales principios no excluían la responsabilidad del demandado:

“En relación con el principio de buena fe, y de confianza legítima planteada por el apoderado del demandado y el Ministerio Público en la audiencia practicada, al considerar que la orden impartida por el Consejo Nacional Electoral a los Gobernadores de nombrar Alcaldes ad-hoc, para darle transparencia al proceso electoral, está (sic) Corporación ha manifestado que:

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de septiembre veintisiete (27) de 2016, expediente (SU) 11001-03-15-000-2014-03886-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

“En relación con la teoría de la confianza legítima, pues de entrada se aprecia que no aplica, sencillamente porque los conceptos jurídicos en los que el demandado se apoya para aducir que confiaba en su contenido, y que por eso le produjeron seguridad jurídica y tranquilidad personal, no provienen de esta Corporación sino del Consejo Nacional Electoral. Y es sabido que los actos de confianza deben proceder de la entidad de quien se reclama su respeto y observación, lo que no ocurre aquí.

Ahora, si se alega que el Consejo Nacional Electoral emitió su concepto fundamentado en una providencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado – que resolvió un caso similar-, y que por ende esta Corporación indirectamente debe respetar su criterio, entonces se requiere precisar lo siguiente:

- i) Que el principio de confianza legítima no se creó para mantener los precedentes judiciales, sobre los cuales se conserva en el ordenamiento el criterio de que es posible variarlos, previa fundamentación de las razones para ello.*
- ii) Que en gracia de discusión cuando existen criterios divergentes al interior de una misma entidad, no es posible encasillarse en uno de ellos y desconocer los otros, para alegar la confianza legítima, ya que a todas luces se trata de una lectura parcial de la filosofía de una institución alrededor de un mismo tema. Esto es lo que acontecería en este caso, dado que el Consejo Nacional Electoral habría omitido tener en cuenta que la misma Sección Quinta del Consejo de Estado ha decidido casos similares de manera distinta a la que conceptuó, sencillamente porque no estudió esos otros conceptos.*

Inclusive, no tuvo en cuenta la posición de la Sala Plena en este mismo asunto, que es a quien le corresponde resolver los procesos de pérdida de investidura, en cuyo evento habría encontrado providencias –citadas atrás- que estiman lo contrario al concepto emitido.”

En conclusión, el principio de la confianza legítima no es aplicable al asunto sub lite, pues la finalidad constitucional de la causal contemplada en el artículo 183-1 Superior, no es otra que hacer efectivo el principio de libertad e igualdad electoral, siendo evidente que según lo afirmado por la Sala Plena de esta Corporación un candidato, pariente de quien ejerce autoridad civil o política, en la misma circunscripción electoral donde se inscribe, goza de una ventaja mayor respecto de los demás competidores”.

Si bien la posibilidad de abordar el estudio del elemento subjetivo de la conducta del congresista frente a ciertas causales de pérdida de investidura, según la tesis anteriormente mencionada, surgió en el año 2016 con ocasión de la sentencia de unificación de la Corte, en este preciso caso se encuentra que, la decisión que se

revisa sí tuvo en cuenta, para efectos de declarar la pérdida de investidura del recurrente, los argumentos que nuevamente opone como justificantes o excluyentes de su responsabilidad por ausencia de culpabilidad.

De otro lado, las razones que la Corte Constitucional tuvo en cuenta para entender vulnerados los derechos fundamentales de aquellos congresistas a los que se les declaró la pérdida de investidura, sin considerar la confianza legítima y la buena fe que les generó las decisiones que, sobre la inhabilidad en cuestión, había proferido la Sección Quinta, constituyen argumentos de fondo frente a los cuales necesariamente se tendría que abrir nuevamente el debate de instancia, lo cual dista diametralmente de la finalidad de este recurso extraordinario, como se advirtió en líneas precedentes.

En todo caso, no puede perderse de vista que, aun cuando dicho estudio de fondo estuviera autorizado, la decisión de la Corte fue proferida cuatro (4) años después de haberse adoptado la providencia que ahora es objeto de revisión.

De manera que, el surgimiento de un nuevo criterio no puede prolongar la controversia sobre los alcances de la inhabilidad que la Sala Plena encontró configurada en el año 2012, pues, se insiste, esto desbordaría el ámbito específico del recurso extraordinario especial cuyo carácter excepcional, frente a la cosa juzgada que ampara a la sentencia, impone claras restricciones para la revisión de la decisión que decretó la pérdida de investidura.

Lejos de desconocer el debido proceso del señor Eljaude Gutiérrez en la sentencia recurrida, la demanda se resolvió bajo los postulados de dicha garantía constitucional, tanto así, que se indicó expresamente que el principio de la confianza legítima no era aplicable o, al menos no se podía predicar de ese cuerpo colegiado, en tanto que, las posturas de la Sección Quinta aun cuando vinculantes no eran pacíficas y, de cualquier forma, no se ajustaban a los precedentes que la Sala Plena había proferido hasta el momento.

Entonces no puede considerarse vulnerado el derecho fundamental deprecado por el exrepresentante a la Cámara por el hecho de no haber asumido una postura que, para ese momento, no tenía la Sala Plena sobre la forma de abordar la estructuración de la conducta que sustentaba la demanda.

Reitera la Sala que con base en la sentencia SU-424 de 2016, el señor Eljadue Gutiérrez pretende cuestionar el aspecto de fondo resuelto en la sentencia de julio diecisiete (17) de 2012, como es la interpretación hecha por la Sala Plena sobre los alcances de la inhabilidad, lo cual solo era procedente en el trámite de la instancia que ya fue agotado y por lo mismo no puede ser extendido en sede de revisión.

Igualmente, considera la Sala que el criterio expuesto en la citada sentencia de unificación que admitió la aplicación del principio de culpabilidad en los procesos de pérdida de investidura, tiene aplicación concreta en los casos posteriores a la decisión de la Corte y cuando la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

asuma el estudio de las respectivas causales invocadas en el curso de la instancia. Con todo, se insiste, en este preciso caso sí puede advertirse el análisis de tal elemento subjetivo.

Lo mismo puede concluirse respecto de la sentencia dictada por esta corporación, dado que la nueva tesis, adoptada por la Corte, fue acogida por la Sala Plena en fallo de septiembre veintisiete (27) de 2016. Esta decisión fue enfática al señalarse que esa regla habrá de aplicarse a partir de la ejecutoria de dicha providencia.

Al quedar descartada la supuesta violación del debido proceso alegada por el recurrente, la Sala declarará infundado el recurso de revisión.

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

F A L L A

PRIMERO: Declárase infundado el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por el señor Issa Eljadue Gutiérrez contra la sentencia de julio diecisiete (17) de 2012, que decretó la pérdida de su investidura de congresista.

SEGUNDO: En firme esta providencia, por secretaría devuélvase al archivo de la corporación el expediente de la pérdida de investidura y archívese esta actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente
Aclara voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Aclara voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Salva voto

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Aclara voto

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Ausente

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Aclara voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Aclara voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Ausente

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., febrero veintisiete (27) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00558-00(REV)

Actor: CARLOS NERY LÓPEZ CARBONO Y EDUARDO ENRIQUE LLANES SILVERA

Demandado: ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ

Coincido con la mayoría respecto de que en el asunto de la referencia no debe prosperar el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por el ciudadano Issa Eljadue Gutiérrez contra la sentencia de 17 de julio de 2012, mediante la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decretó la pérdida de su investidura como congresista. No obstante, por los motivos que desarrollaré de modo más extenso a continuación, debo manifestar respetuosamente mi discrepancia en relación con la argumentación que sirvió de apoyo a la decisión.

Como se expuso en los antecedentes, el señor Eljadue Gutiérrez resultó electo Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena en las elecciones para el Congreso de la República correspondientes al periodo 2010 – 2014. Frente a una demanda de pérdida de investidura presentada en su contra en marzo de 2011, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación decretó la pérdida de investidura del entonces Representante a la Cámara, tras considerar que, efectivamente, se configuraba la inhabilidad alegada en la demanda.

El Pleno arribó a dicha decisión dado que el hermano del señor Eljadue Gutiérrez fungía como alcalde del municipio de Pijiño del Carmen (Magdalena) para el momento en que se realizaron las elecciones y que el hecho de que se encontrara en licencia no remunerada no lo separó del cargo de alcalde, ejerciendo así, para la fecha, autoridad civil y política.

La sentencia recurrida en esta ocasión hizo énfasis en que los municipios que integran un departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial, por lo que está inhabilitado para inscribirse como candidato a la Cámara de Representantes quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente o parentesco, en los grados que establece la Constitución y en los términos señalados por la ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en los municipios del departamento.

El apoderado del ciudadano Eljadue Gutiérrez fundamentó el recurso extraordinario especial de revisión en que i) la sentencia recurrida vulneró su

derecho fundamental al debido proceso, por cuanto omitió realizar el análisis del elemento subjetivo de la responsabilidad, característico de todo juicio sancionatorio, de acuerdo con la sentencia SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional; y ii) su mandante actuó de buena fe y amparado en la confianza generada por los conceptos del Consejo Nacional Electoral y por la jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación, según la cual, la circunscripción departamental no coincide con la municipal, para efectos de la configuración de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución.

Pues bien, en Plenaria de lo Contencioso Administrativo, esta Corporación resolvió declarar infundado el recurso extraordinario, por cuanto consideró que la motivación planteada corresponde al mismo problema jurídico sobre el cual se pronunció de fondo en la sentencia del 17 de julio de 2012 ahora recurrida, y es el de la delimitación de los contornos de la inhabilidad surgida por el parentesco con funcionarios que ejercen autoridad en la circunscripción en la que se es elegido. Al respecto, la Sala indicó:

“[...] un nuevo examen sobre la aplicación de los efectos de la inhabilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución, en la forma en que fue planteada nuevamente en el recurso, implicaría revivir el juicio de instancia sobre dicha controversia ya resuelta.

[...]

Al tratarse del mismo asunto de fondo analizado en la sentencia recurrida, como fue la configuración de la inhabilidad por el ejercicio de autoridad por uno de sus familiares en la circunscripción del Magdalena, la situación no puede ser objeto de nuevo debate jurídico mediante el recurso especial de revisión en busca de reevaluar la posición asumida por la Sala Plena sobre los alcances de la prohibición”.

Y más adelante, concluyó:

“De manera que, el surgimiento de un nuevo criterio [se refiere a la sentencia SU-424 de 2016] no puede prolongar la controversia sobre los alcances de la inhabilidad que la Sala Plena encontró configurada en el año 2012, pues, se insiste, esto desbordaría el ámbito específico del recurso extraordinario especial cuyo carácter excepcional, frente a la cosa juzgada que ampara a la sentencia, impone claras restricciones para la revisión de la decisión que decretó la pérdida de investidura”.

Es precisamente en este punto que surge mi discrepancia frente a la argumentación vertida en el fallo, pues considero que la misma es contraria a la jurisprudencia constitucional que ha definido la naturaleza y alcances del recurso extraordinario especial de revisión dentro del juicio de desinvestidura, como paso a exponer enseguida.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la materia en diversas ocasiones y ha señalado, de manera unívoca, que el recurso extraordinario de

revisión previsto en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, lejos de ser un recurso meramente formal para controvertir la sentencia de única instancia adoptada por el Consejo de Estado en un proceso de pérdida de investidura, permite que en sede de revisión se reabra la controversia inicialmente planteada en el trámite de instancia, cuando quiera que el mismo haya dado lugar a una decisión violatoria del derecho al debido proceso. Así lo señaló la Corte en la sentencia SU-858 de 2001⁷:

*“En general, el recurso extraordinario de revisión no es una vía para que el afectado por una sentencia nuevamente plantee las cuestiones que fueron dilucidadas en el curso del proceso. El ámbito de la revisión está estrictamente demarcado por las causales taxativamente enunciadas en la ley. De manera que, por fuera de esas causales, el afectado no puede pretender la reapertura de controversias ya superadas. **No obstante, en el Recurso Extraordinario Especial de Revisión que la ley ha previsto para la pérdida de la investidura, la causal de violación del debido proceso claramente permite que en sede de revisión se controviertan los asuntos, que no obstante haber sido planteados durante el trámite de la instancia, comporten una decisión violatoria del debido proceso**”.*(Subrayas añadidas).

Esta jurisprudencia ha sido constante a lo largo de los años y ha caracterizado al recurso extraordinario especial como el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de quien ha sido despojado de la investidura de congresista, *“al establecer un ámbito judicial apropiado para controvertir la decisión que compromete la credencial parlamentaria”*⁸.

Lo anterior ha llevado a la Corte a afirmar que la acción de tutela resulta improcedente cuando el parlamentario a quien le ha sido levantada su investidura no ha agotado el recurso extraordinario especial previsto por el ordenamiento jurídico en el juicio de desinvestidura, como medio idóneo de defensa de los derechos que considera comprometidos⁹.

Es esta la verdadera naturaleza y los alcances reales del recurso extraordinario consagrado dentro de la acción de pérdida de investidura. Se trata de un mecanismo judicial que permite controvertir las vulneraciones al debido proceso acaecidas en el trámite de instancia o aquellas derivadas del fallo mismo, como lo ha reconocido la sentencia C-254A de 2012, al señalar que el recurso extraordinario existente contra el fallo de pérdida de investidura es garantía

⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil. S.V. Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por un ciudadano a quien el Consejo de Estado decretó la pérdida de su investidura como congresista, por considerar que el accionante no agotó el recurso extraordinario especial de revisión, como mecanismo idóneo para controvertir el fallo. En suma, la Corte Constitucional encontró que la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En igual sentido, ver, entre otras, sentencias T-193 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-965 de 2002 y SU-1159 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-450 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ Sentencia SU-858 de 2001. Ver nota a pie de página No. 1.

suficiente del derecho al debido proceso y a la defensa del congresista demandado¹⁰.

En suma, el recurso extraordinario especial de revisión cumple a cabalidad e, incluso, de modo más amplio, la garantía del debido proceso si se analiza frente al mero recurso de apelación. Lo anterior, por cuanto el primero permite que, al margen de la taxatividad de las causales, ante la configuración de yerros atentatorios del principio de justicia material, la sentencia ya ejecutoriada sea recurrida y, de constatarse el error, se dé paso a dictar una nueva providencia ajustada a derecho. Es por ello que la acción de tutela contra el fallo de pérdida de investidura únicamente procede una vez agotado el recurso extraordinario especial.

Como conclusión de lo dicho hasta ahora, surge con claridad que la Sala Plena no tuvo en cuenta el verdadero alcance del recurso interpuesto por el ex Representante a la Cámara contra la sentencia que decretó su desinvestidura como parlamentario y, de allí, que decidiera no entrar a analizar el fondo de lo planteado. Las motivaciones del fallo, se reitera, no solo son contrarias a la jurisprudencia constitucional en la materia, sino que llevaron a que la mayoría adoptara una decisión atentatoria del derecho al debido proceso del ciudadano Eljadue Gutiérrez.

Lo cierto es que solamente entrando a analizar el fondo de las alegaciones contenidas en el recurso, se podía establecer si la sentencia proferida por esta Corporación el 17 de julio de 2012 incurrió o no en la supuesta violación del debido proceso del ciudadano desinvestido.

Es mi opinión, además, que la Sala Plena tenía la oportunidad de hacer un pronunciamiento de fondo en torno a un aspecto que ha sido objeto de múltiples debates al interior de esta Corporación, pero que no ha sido zanjado de manera expresa, y es el atinente al cambio de precedente en materia de configuración de la inhabilidad consagrada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución como causal de pérdida de investidura, en cuanto a la coincidencia de la circunscripción departamental con la municipal. Lo anterior ameritaba, a mi juicio, un análisis de fondo de los planteamientos del recurso y paso a exponer las razones que fundamentan mi postura.

Uno de los aspectos centrales objeto de debate tanto en el juicio de pérdida de investidura, como en el trámite del recurso extraordinario especial de revisión, fue el atinente a la alegada buena fe que habría amparado al excongresista demandado, derivada de la confianza legítima que generó en su caso la jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación, de conformidad con la cual, la circunscripción municipal no coincidía con la departamental cuando se trataba de la configuración de la inhabilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución.

Si bien es cierto, la línea jurisprudencial de dicha Sección en el marco de los procesos electorales tuvo la orientación indicada por el exrepresentante, este

¹⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En aquella ocasión, la Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda contra la expresión “*en única instancia*” contenida en el artículo 1° de la Ley 144 de 1994 “*Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas*”. La Corte declaró exequible la expresión demandada, tras concluir que “*la decisión sobre la única instancia en materia de pérdida de investidura es una competencia exclusiva del legislador y cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para su consagración, por lo cual no vulnera las garantías fundamentales de las personas que hayan sido objeto de la medida*”.

pasó por alto que dicha postura fue modificada al interior de la Sección Electoral desde el año 2009, momento a partir del cual la misma es coincidente con la de la Sala Plena Contenciosa, como se ilustra en las intervenciones de integrantes de dicha Sección que, a pesar de haber tenido lugar en el marco de otros procesos de pérdida de investidura, se citan *in extenso*, por su relevancia para la materia que debía ser dilucidada en el presente asunto¹¹.

La hoy exconsejera Susana Buitrago de Valencia, en una completa descripción del estado de la jurisprudencia sobre el punto particular del precedente en el tema de la coincidencia de las circunscripciones departamental y municipal, para efectos de la configuración de la inhabilidad del numeral 5° del artículo 179 de la Carta Política, señaló:

“muchas gracias señor presidente, sí, solicité el aplazamiento porque quería revisar con detenimiento el precedente jurisprudencial en relación con la causal que se le imputa al demandado en este caso y concretamente lo relacionado con el alcance que se le había dado en la Sección Quinta y en la Sala Plena en ese precedente jurisprudencial al último inciso del artículo 179 de la Constitución donde crea una excepción para el entendimiento de la causal quinta que es la de tener vínculos por matrimonio, ese es el caso, no me refiero a los demás con el candidato cuando ese pariente ejerce autoridad civil o política, que no se dice hasta cuándo además porque ese numeral quedó con intemporalidad y se ha entendido que se tiene en cuenta si al momento de la elección lo ejercía o no lo ejercía;

[...]

Pues bien, revisada la evolución jurisprudencial en ese punto he podido constatar que hasta la Sala Electoral que operó hasta el año 2007, cuando se cambió su integración en un cincuenta por ciento la Sala venía sosteniendo ciertamente que para que se estructurara esta inhabilidad del numeral quinto se necesitaba que el pariente hubiera ejercido esa autoridad en un empleo del mismo nivel de la circunscripción donde se fuera a realizar la elección o por la cual se fuera a

¹¹ Las intervenciones transcritas tuvieron lugar en el marco de los procesos de pérdida de investidura contra los Exrepresentantes a la Cámara Noel Ricardo Valencia Giraldo (Expediente 11001-03-15-000-2010-01055-00) y Héctor Javier Vergara Sierra (Expediente 11001-03-15-000-2011-00254-00). Mediante sentencia del 15 de febrero de 2011, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decretó la pérdida de investidura del señor Noel Ricardo Valencia Giraldo, por considerar que cuando fue elegido como Representante a la Cámara para el periodo 2010-2014 por el departamento de Risaralda, estaba incurso en la causal de inhabilidad dispuesta en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución, pues su esposa se desempeñaba como Alcaldesa del municipio de Dosquebradas (Risaralda). Por su parte, en sentencia del 21 de agosto de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decretó la pérdida de investidura de Héctor Javier Vergara Sierra, por considerar que cuando fue elegido Representante a la Cámara para el periodo 2010-2014 por el departamento de Sucre, estaba incurso en la causal de inhabilidad dispuesta en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución, pues su padre desempeñaba el cargo de Secretario de Despacho de la Secretaría General de la Alcaldía de Sincelejo, empleo en el que ejercía autoridad política, autoridad civil y dirección administrativa.

realizar la elección, me explico, para elección de diputados por ejemplo de representantes a la cámara, se sostenía que para que se estructurara la inhabilidad el pariente debía haber ejercido empleo de nivel departamental, que si se ejercía un empleo con esta clase de autoridad pero a nivel del municipio, el municipio no correspondía a la circunscripción electoral del departamento y que por lo tanto no se configuraba la inhabilidad, esto que dice el demandado en relación con el concepto que le pidió al Consejo Nacional Electoral y en el cual, en esta jurisprudencia se apoyó ese concepto es verdad, pero tanto al demandado como al Consejo Nacional Electoral les faltó profundizar que también la Sala Plena en el 2002, por ejemplo con ponencia del doctor Lemus Bustamante, la Sala Plena ya no la Sección Quinta, sostuvo que la causal del numeral quinto del artículo 179 había que entenderla aún frente a esa excepción que los municipios que integran un departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y por ello está inhabilitado para inscribirse como representante a la cámara quien tenga vínculos por matrimonio o unión permanente o parentesco, en los términos que señala el numeral, con funcionarios que ejerzan alguna de esas modalidades de autoridad en el municipio que haga parte de ese departamento, esa posición de Sala Plena que por supuesto prima sobre la de una Sección no fue tomada en cuenta como les digo por el Consejo Nacional Electoral cuando de manera muy ágil en solo dos días le conceptúa al solicitante acerca de qué opinión le merece si hay o no inhabilidad en su caso, con su cónyuge, Alcaldesa de un municipio del departamento, pero el Consejo Nacional Electoral solamente se remite y le transcribe una de las sentencias de la Sección Quinta, como les digo anteriores al 2007 y olvida hacer alusión a esta... les decía que además del precedente jurisprudencial de Sala Plena que avala que sí hace presencia la inhabilidad cuando uno de los familiares ocupa o desempeña alguna de esas clases de autoridad en un municipio que integra el departamento, además de esa, la Sección Quinta ha comenzado ya a sumarse a esa postura y es así como en la Sección, perdón es así como en la sentencia de 4 de junio de 2009 con ponencia del doctor Filemón Jiménez Ochoa en relación con un tema de un diputado a quien se le atribuía que estaba inhabilitado porque había tenido un pariente dentro de estos grados ejerciendo autoridad política y autoridad civil en un municipio que hace parte del departamento, circunscripción electoral por la cual fue elegido, ya la Sala se extendió o hizo alusión a que también a nivel de representantes a la cámara operaba lo mismo y dijo que considera la Sala que no necesariamente tiene que corresponder a la misma circunscripción electoral sino

que lo puede ser a una menor, de manera que la inhabilidad se configura cuando se ejerce autoridad no solo en el respectivo departamento o del nivel departamental que era el entendimiento que se traía sino en alguno o de los municipio o distritos que lo conforman¹². (Subrayas añadidas).

La comprensión que se ha tenido a partir de ese momento en punto de las circunscripciones electorales en el marco de la causal de inhabilidad del pluricitado numeral 5° del artículo 179 de la Constitución ha sido relativamente pacífica al interior de esta Corporación. Lo anterior queda demostrado al constatar que en posteriores juicios de desinvestidura en los que se ha pretendido hacer valer como eximentes de la causal de inhabilidad a la que se viene haciendo referencia, los principios de buena fe y confianza legítima en virtud de la anterior posición jurisprudencial de la Sección Quinta, se ha tenido por superado el debate y, si bien la sala Plena ha abordado el tema sobre la jurisprudencia aplicable, por ejemplo, en sesión del 21 de agosto de 2012 en el proceso adelantado contra el entonces Representante a la Cámara Héctor Javier Vergara Sierra, el punto neurálgico de la discusión giró en torno al concepto de autoridad política, civil o administrativa, en razón de que, establecido que el padre del parlamentario ejercía un cargo público en la Alcaldía de Sincelejo, restaba por establecer el alcance inhabilitante de las funciones a este asignadas.

Así, el magistrado Alberto Yepes Barreiro, integrante de la Sección Quinta, intervino para recordar el estado de la jurisprudencia y ratificar la necesidad de mantener el precedente fijado en la materia por la Sala Plena, pero adicional a ello, con el fin de subrayar la necesidad de hacer un pronunciamiento sobre la naturaleza de la autoridad ejercida por el pariente del parlamentario demandado en la Alcaldía municipal, pues solo a partir de la resolución de ese aspecto específico, era posible para el Pleno de la Corporación determinar si se constituía la inhabilidad planteada en la acción constitucional. Indicó al respecto:

“Dr. Yepes Barreiro: muchas gracias Presidente. Yo creo que en este punto hay que sentarnos en lo esencial del proceso de pérdida de investidura, a nosotros, yo personalmente aquí en esta Sala lo he escrito en muchas oportunidades, he criticado la forma como se estructuró las causales del proceso de pérdida de investidura y especialmente en ese tema de introducir como causal de pérdida de investidura las inhabilidades y las inhabilidades diferidas a los familiares, porque esto hace que el Consejo de Estado, que lo ha hecho muy bien, haga un esfuerzo por estructurar los presupuestos axiológicos de la prosperidad de la pérdida de investidura de esas inhabilidades y de ahí la pregunta que yo creo que en el próximo debate que se haga; la pérdida de investidura que trae el doctor Danilo, pues vamos a discutir, yo le hacía la pregunta si ese tratamiento de inhabilidades puede darse igual en un proceso de pérdida de investidura que en un proceso de legalidad, es una discusión que hemos tenido con la doctora Susana, que hemos coincidido con ella porque decimos hombre el garantismo no solamente es para el proceso de pérdida

¹² Intervención de la consejera Susana Buitrago de Valencia en el proceso de pérdida de investidura contra el Exrepresentante a la Cámara Noel Ricardo Valencia Giraldo (Expediente 11001-03-15-000-2010-01055-00).

de investidura sino para una causal de nulidad, pero bueno, esa es otra discusión. Aquí quiero llamar es la atención de que lo que el doctor Danilo trae a colación es muy importante, es la definición de la Sala Plena del tratamiento de eso en un proceso de pérdida de investidura que va a repercutir en un juicio de estricta legalidad porque es que además son inseparables. No se puede tratar el tema de esos presupuestos axiológicos para la operatividad de la sanción desde una perspectiva garantista diciendo que no estamos de acuerdo con el principio de legalidad, es que precisamente es el respeto a ese principio es el que genera el garantismo y genera el respeto de los derechos del debido proceso, el derecho de defensa, entonces ¿qué es lo que está proponiendo el doctor Hugo? el doctor Hugo está proponiendo hombre frente al tema de la autoridad, que como bien lo trajo el doctor Fajardo, estrictamente apegado a eso que ha construido la jurisprudencia para que prospere y que en este caso frente a eso debería prosperar y yo estoy en esa línea de que si se conserva la jurisprudencia debemos fallar conforme lo trae el proyecto, con algunas aclaraciones de voto, con algunas afirmaciones por ejemplo, no comparto lo que se dice allí que el proceso de pérdida de investidura es un proceso disciplinario y lo segundo doctor Danilo para hablar más rápido yo creo que el proyecto enfoca esa distinción en cuanto a la naturaleza de los procesos, no a la naturaleza de la sanción, en cuanto a la naturaleza de los procesos pues es diferente; en unos habrá gradualidad, en los otros no, en este de pérdida de investidura por ejemplo no, en el disciplinario sí, etc., ero naturalmente frente al garantismo pues hay unos principios generales que se deben ahí aplicar, entonces yo le propondría a la Sala con todo respeto si se puede, no se reglamentariamente creo que sí, votar este punto que propone el doctor Hugo, si vamos o no vamos a cambiar esa jurisprudencia, esos presupuestos axiológicos frente a esos conceptos que digamos ¿yo personalmente por qué lo digo? porque estaría de acuerdo, pero no así, digamos debería haber porque aquí hay otro elemento que haría que el proyecto fuera derrotado o no fuera derrotado que es el de la circunscripción electoral, entonces aquí hoy podríamos cambiar esa jurisprudencia y dentro de ocho días volver a la misma porque quienes están con el tema de la circunscripción electoral pues no lo estarían en el otro momento y volveríamos a la misma jurisprudencia, es solamente ese mi punto, digamos aquí el proyecto se puede votar porque no estamos de acuerdo con la coincidencia de la circunscripción electoral o porque el concepto de autoridad civil es diferente, allí se sumaría, pero cuando tengamos el concepto de autoridad solamente, ese mismo criterio

podría ser derrotado nuevamente, es con lo que yo no estoy de acuerdo y en esto si prefiero ser institucional y seguir la línea sino se accede pues... no lo estoy diciendo pues en forma sino simplemente seguir esa línea porque creo que como lo decía el doctor Santofimio pues en este momento se hace claridad porque no es conveniente, no es prudente, afecta la seguridad jurídica y afecta otros principios que estamos también en el deber de acatar, de proteger¹³.
(Subrayas añadidas).

Ahora bien, mi punto de divergencia con el fallo mayoritario en esta ocasión, como afirmé desde el inicio de la presente aclaración de voto, tiene que ver con la comprensión de los alcances y la naturaleza del recurso extraordinario especial de revisión en el proceso de pérdida de investidura y que llevó a la Sala Plena a no analizar el fondo de lo planteado en el recurso objeto de decisión.

A lo anterior se suma que el asunto de fondo aquí ventilado, como he expuesto a lo largo de la aclaración, aunque ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de la Sala Plena de esta Corporación, la cual ha llegado a consolidar una línea jurisprudencial en la materia desde hace algunos años, ha sido, asimismo, analizado por la Corte Constitucional, Corporación esta que se pronunció al respecto en la sentencia SU-424 de 2014¹⁴ en un sentido diferente, como se ve reflejado en el pasaje que se transcribe a continuación.

“Así la Sala encuentra que la sanción de pérdida de investidura impuesta por la Sala Plena del Consejo de Estado a los ahora accionantes generó un defecto sustantivo en la sentencia porque omitió la aplicación de una norma claramente aplicable al caso. En efecto, como se vio en los fundamentos jurídicos 24 a 34 de esta providencia, el proceso sancionador de pérdida de investidura exige la aplicación del principio de culpabilidad, pese a lo cual ese elemento no fue valorado en los procesos y, por el contrario, se impuso la responsabilidad objetiva en el asunto. Son cuatro las premisas que apoyan esta conclusión: La primera: en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 Superior, por regla general, los procesos sancionadores proscriben la responsabilidad objetiva. En efecto, salvo algunos casos propios del derecho administrativo sancionador en los que aún se ha admitido la responsabilidad únicamente por el resultado, en los procesos que tienen por objeto reprochar y castigar la realización de una conducta prohibida o restringida, la valoración de la culpa es determinante e ineludible, pues no hay pena ni sanción sin culpa. En consecuencia, si el proceso de pérdida de investidura impone la sanción más gravosa para el ejercicio del

¹³ Intervención del magistrado Alberto Yepes Barreiro en el proceso de pérdida de investidura contra el entonces Representante a la Cámara Héctor Javier Vergara Sierra (Expediente 11001-03-15-000-2011-00254-00).

¹⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. La sentencia de unificación a que se hace referencia fue adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional con ocasión de las acciones de tutela interpuestas, de manera separada, por los exparlamentarios contra los fallos proferidos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los respectivos procesos de pérdida de investidura seguidos en su contra.

derecho a ser elegido de un ciudadano y el derecho a elegir al candidato del electorado, tal es la prohibición vitalicia a aspirar a cargos de elección popular, es lógico entender que las garantías del debido proceso sancionador también deben ser aplicadas al proceso de pérdida de investidura. Luego, el principio de culpabilidad en el proceso de pérdida de investidura constituye una norma aplicable de inevitable observancia. // La segunda: el hecho de que una misma causal de inhabilidad pueda interpretarse y aplicarse a la misma situación fáctica en dos procesos distintos (el de nulidad electoral y del Sic.) pérdida de investidura), exige reglas de coherencia y certeza en el derecho que otorgue un sentido útil a la autonomía de los procesos diseñados para el efecto. De esta manera, la diferencia sustancial, y no solo formal, entre los procesos electoral y de pérdida de investidura, consistiría en valorar el tipo de reproche a efectuar, pues mientras en el primer la consecuencia puede medirse únicamente por el resultado, en el segundo es indispensable evaluar la conducta y la intención en la producción del resultado. Dicho en otras palabras, mientras el juicio electoral evalúa la adecuación de la causal de inhabilidad en forma objetiva (estaba o no habilitado), el juicio constitucional de pérdida de investidura analiza la adecuación de la causal de inhabilidad en forma subjetiva, esto es, con culpa del demandado (sabía o debía saber que estaba inhabilitado). // La tercera: La Sala Plena del Consejo de Estado impuso la sanción de pérdida de investidura a los accionantes sin valorar la ausencia de culpa en la configuración de la causal de inhabilidad aplicada. Por la conducta asumida por los demandantes en este caso es fácil inferir que se inscribieron al cargo de elección popular con la convicción de que no se encontraban inhabilitados para su ejercicio. **Las sentencias reprochadas soslayaron el hecho de que los accionantes no solo fueron diligentes en la averiguación de la causal en debate, sino también actuaron con sujeción al precedente vigente y vinculante de la Sección Quinta del Consejo de Estado. // En efecto, para el momento de su inscripción y elección como Representantes a la Cámara, la Sección Quinta de Consejo (sic.) había fallado reiteradamente casos sustancialmente similares a los suyos, en el sentido de que se configuraba la causal de inhabilidad por el hecho de que un pariente, cónyuge o compañero permanente del candidato, ejerciera autoridad civil o política en una circunscripción a nivel geográfico menor que aquella por la cual resultara elegido, y la única decisión de la Sala Plena sobre el particular, se había proferido en el año 2002.** // La cuarta: si como se expuso anteriormente, en el proceso de pérdida de investidura deben aplicarse los principios del derecho sancionatorio, dado que la sanción impone la restricción perpetua de los derechos políticos, era obligatorio dotar de amplias

garantías el procedimiento jurisdiccional. En este sentido, en virtud del artículo 29 de la Constitución, que dispone el principio de presunción de inocencia, del cual se desprende la culpabilidad, es necesario verificar culpa o dolo en la conducta reprochable para imponer el castigo de inhabilitación para ser elegido a perpetuidad, razón por la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que el proceso de pérdida de investidura se desarrolla en el ámbito de la responsabilidad objetiva. // **Al examinar la conducta de los accionantes desde los principios aplicables al proceso de pérdida de investidura, esta Corte concluye que aquellos actuaron sin culpa por tres razones: // (i) Los accionantes actuaron bajo la confianza que en ellos generó una interpretación válida de la autoridad judicial electoral. En efecto, la interpretación adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado respecto de la causal aplicable y de hechos idénticos a los de los ahora accionantes, resultaba vinculante para los operadores jurídicos en general, pues constituía una línea jurisprudencial vigente, reiterada y constante del órgano de cierre de la jurisdicción electoral en Colombia. No debe olvidarse que las sentencias más recientes que se produjeron en el tema surgieron en los procesos electorales y no en los de pérdida de investidura de congresistas. Por lo tanto, era razonable entender, como lo hicieron los congresistas, que la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado era la de la Sección Quinta de la entidad y que, por lo tanto, la posición de la Sala Plena había sido modificada. // (ii) Ante la existencia de dos interpretaciones adoptadas respecto de la misma norma y la misma situación fáctica por los órganos de cierre de los procesos electoral y constitucional de pérdida de investidura, era razonable entender que en estos casos es posible aplicar el principio pro homine según el cual debe preferirse la interpretación menos restrictiva de los derechos fundamentales del ciudadano. // (iii) En el particular, caso del señor Valencia Giraldo, además debía valorarse la conducta diligente que adelantó para indagar sobre si encontraba inhabilitado o no para aspirar al cargo de elección popular. En forma uniforme obtuvo concepto a favor de su candidatura en el Ministerio del Interior y en el Consejo Nacional Electoral, quien, además, negó una solicitud de revocatoria de la inscripción de la candidatura. // Pese a lo anterior, las sentencias proferidas por la Sala Plena del Consejo de Estado que declararon la pérdida de investidura no tuvieron en cuenta que los accionantes actuaron con buena fe exenta de culpa, por lo que no se les puede endilgar responsabilidad alguna por estar incurso en la conducta analizada. En efecto, a la luz de un régimen de responsabilidad subjetiva, como el aplicable a la pérdida de investidura, no es posible imponer una sanción perpetua sin antes hacer un análisis**

subjetivo de la configuración de la causal”. (Subrayas añadidas).

De ahí la importancia de que el Pleno de esta Corporación, en su calidad de órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa zanje finalmente la discusión en torno a la inhabilidad del numeral 5° del artículo 179 de la Constitución en relación con la configuración de la misma cuando quiera que el representante a la Cámara tenga vínculos por matrimonio, unión permanente o parentesco, en los grados que establece la Constitución y en los términos señalados por la ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil, política o administrativa en los municipios del departamento por el cual haya resultado electo. El presente recurso de revisión, a mi modo de ver, constituía la oportunidad para que tal pronunciamiento tuviera lugar, si la Sala Plena hubiera decidido, como ha debido hacerlo, entrar al fondo de la controversia.

De conformidad con todo lo expuesto, si bien considero, con la mayoría, que el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto debía ser declarado infundado, encuentro que las razones para ello son otras diferentes en un todo a las esgrimidas en el fallo, pues como ya señalé, las mismas no solo desconocen la jurisprudencia constitucional en la materia, sino conllevan la vulneración del debido proceso del ciudadano afectado con la sentencia recurrida, en la medida en que no tuvo lugar en sede de revisión el estudio de fondo de los fundamentos del recurso interpuesto.

Las razones expuestas son las que me llevan a apartarme de la argumentación que sirvió de apoyo a la decisión adoptada por la mayoría.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D. C., febrero veintisiete (27) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00558-00(REV)

Actor: CARLOS NERY LÓPEZ CARBONO Y EDUARDO ENRIQUE LLANES SILVERA

Demandado: ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ

Fallo que resuelve el recurso extraordinario de revisión formulado contra la sentencia que decretó la pérdida de investidura de congresista que ostentaba el señor Issa Eljadue Gutiérrez

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, me permito exponer las razones por las cuales suscribo la providencia del vocativo de la referencia con aclaración de voto de la siguiente manera:

1. En el caso sub examine el recurrente sostuvo que la sentencia objeto de revisión omitió realizar el análisis subjetivo en el juicio de responsabilidad de pérdida de investidura que se siguió en contra suya y que, en aplicación de la sentencia de unificación 424 de 2016 dictada por la Corte Constitucional, que resolvió dos casos similares al suyo, no debe perder la investidura. Ello en razón a que actuó con buena fe exenta de culpa y amparado bajo la confianza legítima generada por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado y por un concepto del Consejo Nacional Electoral, indicativos de que la circunscripción departamental y municipal no se entendían como coincidentes para efectos de la inhabilidad prevista en el artículo 179.5 de la Carta Política.

2. La decisión de declarar infundado el recurso extraordinario especial de revisión se sustentó, esencialmente, en dos argumentos. El primero, que las razones expuestas por el recurrente reviven el debate acerca de la interpretación del numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política, el cual ya fue zanjado y agotado en la sentencia de pérdida de investidura dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 17 de julio de 2012, no pudiendo entonces ser extendido en sede de revisión.

2.1 El segundo, que la sentencia SU 424 de 2016 dictada por la Corte Constitucional e invocada por el señor Issa Eljadue Gutiérrez, que admitió la aplicación del principio de culpabilidad en los procesos de pérdida de investidura, tiene aplicación concreta en los casos posteriores a la decisión de la Corte Constitucional y cuando la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

asuma el estudio de las respectivas causales invocadas en el curso de la instancia.

3. De acuerdo con lo señalado anteriormente, aunque comparto el sentido de la decisión de declarar infundado el recurso extraordinario especial de revisión bajo estudio, son razones diferentes las que me llevan a tal convicción, como paso a explicar:

3.1 Bajo mi consideración no resulta apropiado señalar que el recurrente revive la discusión ya zanjada acerca de la interpretación del numeral 5 del artículo 179 superior, puesto que el argumento principal argüido es la violación del debido proceso consagrado en el artículo 29 ibídem, por haberse omitido el análisis del factor subjetivo en la sentencia de pérdida de investidura dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 17 de julio de 2012.

3.1.1 La aseveración del recurrente carece de sustento por cuanto el fallo atacado si efectuó el juicio de responsabilidad subjetiva, a partir del cual señaló que no se configuraban las causales eximentes de responsabilidad alegadas por el señor Issa Eljadue Gutiérrez.

3.1.2 Consecuentemente, es inexistente la violación del debido proceso que invoca ahora el recurrente y es de tal inexistencia que surge la razón fundamental que impide al juez de la revisión, pronunciarse favorablemente en relación con la violación al debido proceso invocada por el señor Issa Eljadue Gutiérrez.

3.2 En cuanto al segundo de los argumentos de la ratio decidendi de la sentencia que define el recurso extraordinario especial de revisión, es decir, la vigencia de la jurisprudencia en el tiempo para este caso en concreto, observo que tal argumento, por sí mismo y por si solo, no resulta suficiente para declarar infundado el recurso.

3.2.1 Sobre el particular, considero que las razones expuestas en el fallo que declaró la pérdida de investidura del señor Issa Eljadue Gutiérrez, demuestran claramente que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo encontró no configuradas ni la buena fe exenta de culpa ni la confianza legítima en cabeza del ex representante a la cámara, porque carecían de algunos de los elementos requeridos para su configuración.

3.2.1.1 En cuanto a la confianza legítima, tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que tal figura supone la obligación de preservar un comportamiento consecuente y no contradictorio frente a los particulares, a partir del cual se protege a éstos frente a cambios bruscos o inesperados de las autoridades públicas. Este principio como cualquier otro, debe ponderarse en el caso concreto, con otros principios en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

3.2.1.1.1. En línea con lo señalado anteriormente, el principio de confianza legítima irradia a la actividad judicial, es decir, presupone que la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre y de que el fallador se abstenga de realizar modificaciones intempestivas en la interpretación que de las normas jurídicas venía realizando. En otras palabras, la confianza legítima proscribía que la autoridad judicial, de manera irracional, vaya en contra de sus propios actos; y cuando del análisis ponderado de éste principio con otros de raigambre constitucional que le resulten contrapuestos,

éstos resulten de mayor importancia o prevalentes sobre aquel, no podrá protegerse la confianza legítima defraudada.

3.2.1.1.2 De la lectura de la sentencia impugnada se deduce que los hechos alegados no reunían los elementos necesarios para defraudar la confianza legítima del recurrente y por ello mismo no había lugar a declarar su configuración, puesto que:

i) No se modificó intempestivamente la posición jurisprudencial adoptada por la Sala Plena desde el año 2002, de manera que no había expectativa legítima que en tal sentido pudiera tener el congresista acerca de poder ser inscrito y elegido representante a la cámara pese a que su hermano era Alcalde de un municipio perteneciente a la circunscripción territorial del departamento por el cual se postuló y fue elegido.

ii) La jurisprudencia contraria de la Sección Quinta no tenía la capacidad de generar expectativas en el congresista en cuanto a la configuración de la inhabilidad para efectos de la pérdida de investidura, porque fue dictada dentro de procesos de nulidad electoral, cuya naturaleza y efectos los diferencian claramente de los procesos de pérdida de investidura, y porque en todo caso, no resulta obligatoria para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

iii) La jurisprudencia es anterior al fallo que ahora se revisa, es decir, la tesis jurisprudencial de la coincidencia departamental y municipal para efectos de la inhabilidad mencionada se ha mantenido incólume desde el año 2002 hasta la fecha, y en todo caso no puede ser modificada por las secciones de la corporación ni tampoco resulta obligatoria para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

iv) La decisión de la Sala permite deducir que en el caso concreto se consideraron prevalentes los principios constitucionales de igualdad y libertad electoral respecto del principio de confianza legítima.

3.2.2 En cuanto a la buena fe exenta de culpa, la lectura del fallo atacado en sede de revisión permite concluir que los elementos de la misma tampoco se encontraban configurados, por cuanto la regla que se erige de la buena fe exenta de culpa es que la conducta no solamente debe estar fundada en la convicción de que se actúa con honestidad, lealtad y rectitud sino también se funda en que tal convicción venga acompañada de un comportamiento diligente, responsable y prudente.

3.2.2.1 Concordantemente, se tiene que la buena fe exenta de culpa exige, por una parte, la creencia de que el actuar no infringe o vulnera derecho o interés alguno, y por la otra, requiere que ante una situación de apariencia que genere certeza acerca de un determinado asunto, se obre con la buena fe, que en el caso de los congresistas no es de carácter simple sino cualificada. En otras palabras, la simple creencia de actuar conforme a una determinada interpretación no resulta suficiente, se requiere una mayor diligencia en el obrar para que se configure la buena fe exenta de culpa o creadora de derecho, cuestión que no aparece acreditada en el caso que ahora se revisa.

4. De acuerdo con los argumentos que he expuesto hasta ahora, considero que en el presente asunto no estuvo ausente el análisis del elemento subjetivo que corresponde al proceso de pérdida de investidura, y que en el fallo se encuentran inmersas las razones por las cuales la Sala Plena de lo Contencioso

Administrativo encontró infundadas las causales de buena fe exenta de culpa y confianza legítima invocadas dentro del proceso.

5. En consecuencia, son estas son las razones por las que considero que la violación del debido proceso alegada por el recurrente no ocurrió, mismo por lo que queda descartada la aplicación de la sentencia SU 424 de 2016 en este caso concreto.

En los términos expuestos, queda presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D. C., febrero veintisiete (27) de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00558-00(REV)

Actor: CARLOS NERY LÓPEZ CARBONO Y EDUARDO ENRIQUE LLANES SILVERA

Demandado: ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ

Con el debido respeto por las consideraciones que llevaron a la mayoría de la Sala a **DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por el señor **ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ** contra la sentencia de 17 de julio de 2012, que decretó la pérdida de su investidura como congresista, expongo las razones por las cuales salvo mi voto, como sigue:

I. LA SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2012 NO CONTIENE UN EXAMEN DE CULPABILIDAD

El recurso extraordinario de revisión especial propuesto por el señor **ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ** contra la sentencia de 17 de julio de 2012, por medio de la cual la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado declaró su desinvestidura como congresista, tuvo como principal argumento la ausencia de análisis de culpabilidad para la imposición de la sanción, lo que conllevó, en su sentir, una afrenta al debido proceso¹⁵, garantía que guía los trámites de naturaleza sancionatoria, entre ellos la pérdida de investidura, tal y como la Corte Constitucional pudo sostenerlo en sentencia SU – 424 de 2016¹⁶.

La pérdida de investidura habría entonces sido decretada desde un prisma exclusivamente objetivo –de confrontación entre la conducta desplegada por el ex parlamentario y los ingredientes normativos de la causal contenida en el artículo 179.5. C.P. – sin recabar en las circunstancias modales que permitían exculparlo de la más drástica sanción política, esto es, sin haber evaluado el elemento subjetivo de su actuar.

¹⁵ “Art. 17 de la Ley 144 de 1994: Son susceptibles del Recurso Extraordinario Especial de Revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario, por las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y por las siguientes: **a) Falta del debido proceso.**” (Negrilla fuera de texto)

¹⁶ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Bajo este panorama litigioso, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo refiere que, además de ser una tesis posterior, aparecida con 4 años de diferencia en relación con la providencia recurrida¹⁷, la sentencia de 17 de julio de 2012 sí presentaba un juicio de culpabilidad, a pesar de no contener un apartado intitulado con ese nombre.

Ello, por cuanto, el juez natural de la pérdida de investidura de los congresistas habría hilvanado en aquella oportunidad algunas ideas respecto de los argumentos de confianza legítima y buena fe traídos a colación por el apoderado judicial del hoy recurrente, para desestimar su vocación de prosperidad en el marco de ese proceso político sancionatorio.

Al respecto, el proveído del que me aparto expresó que:

“Sin embargo, advierte la Sala que la supuesta omisión de dicho criterio en la sentencia que decretó la pérdida de investidura, no constituye una circunstancia que haya afectado el debido proceso del señor Eljadue Gutiérrez en el curso del proceso en el Consejo de Estado, **en tanto que, pese a que no se rotuló un acápite específico sobre el análisis del elemento subjetivo de la culpabilidad, lo cierto es que, los argumentos ofrecidos por el demandado, que justificaban su conducta con fundamento en los principios de la buena fe y la confianza legítima, de cara a los pronunciamientos del Consejo Nacional Electoral y la Sección Quinta sobre dicha inhabilidad, sí fueron estudiados en la sentencia objeto del presente recurso...”¹⁸ (Negrilla y subrayas fuera de texto)**

Para la mayoría de la Sala, la existencia de algunos pasajes en punto a la confianza legítima y buena fe con la que, presuntamente, habría actuado el señor **ELJADUE GUTIÉRREZ**, suplía el examen del elemento culpabilidad en el marco del proceso de desinvestidura, de conformidad con los mandatos contenidos en la sentencia SU-424 de 2016, replicados con posterioridad en providencia de 27 de septiembre de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁹.

Contrario a lo observado por la mayoría del Pleno de esta Sala, considero que las elucubraciones efectuadas en la sentencia de 17 de julio de 2012, no pueden ser tenidas como un verdadero estudio del elemento subjetivo de la conducta reprochada al accionante, pues lo cierto es que su valoración supone someter a juicio circunstancias que trascienden los conceptos de buena fe y confianza legítima. Lo anterior,

En otros términos, la culpabilidad, como presupuesto de la sanción del trámite de pérdida de investidura, no se agota en argumentos tendientes a corroborar la existencia de expectativas legítimas en favor de quien es sometido a él. Su

¹⁷ Motivo por el cual la Sala Plena en 2012 no podía haberla tenido en cuenta.

¹⁸ Folio 92.

¹⁹ Rad. 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI). C.P. Alberto Yepes Barreiro.

naturaleza excede los contornos de este debate, si se atiende a la significación misma del concepto.

El principio de culpabilidad ha sido caracterizado en el ámbito del derecho sancionador como uno de los corolarios del artículo 29 de la Carta Política, que exige, por regla general, que la imposición de sanciones sea el producto de la imputación de la conducta reprochada, no solo desde el plano de la materialidad – autor del comportamiento prohibido– sino a la vez desde la óptica de la intencionalidad, pues, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, no hay acción sin voluntad²⁰.

Se trata de un referente axiológico que viene a corregir las impresiones que resultan de la simple confrontación entre la descripción típica y el comportamiento endilgado al investigado o demandado, con el propósito de establecer el verdadero alcance del actuar que se prohíbe en el ordenamiento.

A la responsabilidad objetiva²¹ –examen de tipicidad–, se aúna el examen de la responsabilidad subjetiva que entraña establecer la intención con la que el sujeto activo del comportamiento lo desarrolló²².

En ese orden, además del resultado, se requiere que la conducta desplegada esté mediada por el elemento culpabilidad, requisitos sin los cuales el fallador no podrá declarar responsable a quien es sometido al proceso sancionatorio.

El juicio de culpabilidad –imputabilidad subjetiva– comporta así investigar las circunstancias modales en las que tuvo ocurrencia el comportamiento atribuido al actor, en aras de establecer *“si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.”*²³

De allí que el análisis del presupuesto en comento permita acreditar el grado de conciencia y voluntad con la que el sujeto activo desplegó el comportamiento típico –que en lo que respecta a la pérdida de investidura de congresistas está consignado en el propio texto de la Carta Política– es decir, el carácter premeditado e intencionado con el que fueron ejecutados los ingredientes normativos de la descripción prohibida.

En consonancia, la culpabilidad y, por consiguiente, el examen comportamental desde su óptica, exige al juez de la pérdida de investidura escudriñar sobre los pormenores de tiempo, modo y lugar en los que se desata la conducta

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-365 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos: “Por su parte, el régimen objetivo consiste en una forma de determinación de la responsabilidad en la que se prescinde por completo de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad; en esta modalidad se atiende única y exclusivamente el daño producido, bastando este elemento para que su autor o autores sean responsables, cualquiera que haya sido su conducta y sin considerar aspectos subjetivos como la culpa o dolo.”

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 6 de julio de 2017. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad. 11001-03-25-000-2012-00026-00(0129-12)

²³ Corte Constitucional SU-424 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

investigada, de donde pueda colegirse el compromiso psíquico y anímico del demandado en la producción del resultado o en la materialización del actuar que objeta el ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, el examen de la culpabilidad se compone de dos presupuestos, que conjugados ofrecen al fallador los elementos necesarios para establecer su presencia en el proceder típico que resulta del cotejo entre disposición normativa y supuesto fáctico censurado.

Por un lado, un **presupuesto de naturaleza cognitiva** que propende por establecer, en grado de certeza –habida cuenta del carácter sancionatorio de este proceso político–, el conocimiento del demandado de los hechos constitutivos que estructuran la causal de despojo de la investidura de congresista, cuya valoración se efectuará desde la “esfera del profano”²⁴, esto es, desde su significación social, pues exigir su conocimiento jurídico haría inane esta fase del juicio.

Huelga advertir que este estadio del examen reprocha no solo **el conocimiento efectivo** del sujeto a quien se atribuye materialmente la conducta –el entendimiento de que su proceder es típico– sino a la vez su **conocimiento potencial**, que lleva a examinar si efectivamente el autor debía o podía saber que su actuación era prohibida.

Lo anterior significa, en punto a la pérdida de investidura, que la imposición de la sanción pasa por acreditar que el representante o senador accionado comprendía que su actuar desatendía los mandatos erigidos al interior del ordenamiento o, a lo menos, que debía saberlo.

Es decir que, el congresista conocía o podía conocer que con el comportamiento por él desarrollado incurría en indebida destinación de dineros públicos –art. 183.4 C.P.–, en tráfico de influencias –art. 183.5 C.P.–, en inasistencia a sesiones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura –art. 183.2 C. P²⁵ o en el quebrantamiento del régimen de inhabilidades – art. 183.1 C.P.– a la luz de lo dispuesto en el artículo 179 superior.

Por otro lado, el juicio de culpabilidad supone el análisis de **un presupuesto volitivo**, pues no basta con que el demandado conozca o haya podido conocer los ingredientes normativos de la causal que conlleva la desinvestidura; se requiere, igualmente, que éste se decida a ejecutar la conducta proscrita, bajo el entendido de que el régimen de la pérdida de investidura castiga acciones y no simples deseos.

No obstante, la voluntad de ejecución que se censura aquí no corresponde simplemente a aquella en que la realización de la descripción típica se busca **de forma directa** por el accionado, evento en el cual no existirían dudas en relación

²⁴ Término prestado a la doctrina y jurisprudencia del derecho penal.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Novena Especial de Decisión de Pérdida de Investidura. Rad. 11001031500020180031800 (Antes 11001-03-15-000-2017-02460-00). C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 5 de marzo de 2018.

con el querer anti-normativo de éste, sino también la afrenta que al régimen de la pérdida de investidura causa **de manera indirecta** la actuación desplegada por el demandado.

Bajo este último supuesto, la cristalización del motivo de desarraigo de la investidura de congresista es **la consecuencia colateral** de la voluntad del parlamentario objeto de este trámite, a pesar de que, *prima facie*, su comportamiento no estaba dirigido a contrariar ese subsistema jurídico.

Finalmente, en lo que respecta a la dogmática del elemento culpabilidad en el trámite de los procesos de pérdida de investidura, es mi intención explicar que su incorporación en el análisis que desarrolla el juez de este juicio político, impone cargas probatorias en cabeza del solicitante, pues, además de demostrar la avenencia entre la conducta investigada y el parámetro descriptivo–normativo traído a colación en la demanda, deberá acreditar que su realización permite atribuir responsabilidad subjetiva al congresista demandado a partir de las fases cognitiva y volitiva que vienen de ser expuestas.

Para ello, quien acude a la administración de justicia con el propósito de deprecar la desinvestidura de un representante o senador gozará de la libertad probatoria que prohíja, por regla general, el orden jurídico interno, lo que lo faculta a acceder al catálogo de medios de convicción estatuido en las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012²⁶.

Lo anterior significa que la probanza del elemento culpabilidad no exige la aducción de un medio de convicción en particular, **del que solo pueda desprenderse su existencia**, pues lo cierto es que su acreditación en los procesos sancionatorios podrá colegirse del universo de pruebas que admite el ordenamiento.

Y ello es así si se atiende la naturaleza del concepto, que supone valorar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue desarrollada la conducta típica analizada, de donde se podrá inferir el componente síquico y volitivo que configura la culpabilidad.

Se trata así de un presupuesto de la responsabilidad que requiere del examen en conjunto de los medios probatorios aportados, decretados y practicados en el plenario que administren al fallador una persuasión racional respecto de su presencia en el actuar típico del demandado.

En ese orden, el régimen probatorio de la culpabilidad se extrae del sistema de la tarifa legal, en el cual se fija de antemano el valor de las pruebas, para balancearse hacia un sistema de libertad de apreciación, en el que el juez lo establece con base en las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia,

²⁶ Ley 1881 de 2018. “ARTÍCULO 21. Para la impugnación de autos y en los demás aspectos no contemplados en esta ley se seguirá el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de forma subsidiaria el Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

conclusión que resulta del examen detenido de los diversos estatutos sancionatorios en el ordenamiento jurídico colombiano –penal, disciplinario, fiscal– e incluso al que regula, en la actualidad, la pérdida de investidura de congresistas, contenido en la Ley 1881 de 2018.

Así las cosas, el elemento de la culpabilidad, requisito *sine qua non* para la imposición de la sanción política de la desinvestidura, podrá advertirse por parte del juez de la causa de aspectos relativos al acceso a los cargos, pues todo servidor público estará en la obligación de prestar juramento de cumplir y defender la Constitución, así como desempeñar los deberes que le incumben, situación que implica de antemano conocer la carga obligacional que le impone el ejercicio de la función, que permitiría, *prima facie*, dar por configurado el elemento cognoscitivo, luego de que desconoce o contraria dicha carga.

Ahora bien, y descendiendo al caso en concreto, estimo que, en contraste con estas premisas, el predicado juicio de culpabilidad contenido en la sentencia de 17 de julio de 2012 –recurrida– por medio de la cual la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la pérdida de investidura del señor **ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ**, se circunscribió a esbozar algunas consideraciones para despachar de forma negativa los argumentos defensivos utilizados por el demandado en las palabras que se transcriben “*in extenso*”:

“En relación con el principio de buena fe, y de confianza legítima planteada por el apoderado del demandado y el Ministerio Público en la audiencia practicada, al considerar que la orden impartida por el Consejo Nacional Electoral a los Gobernadores de nombrar Alcaldes ad-hoc, para darle transparencia al proceso electoral, esta Corporación ha manifestado que:

“... en relación con la teoría de la confianza legítima, pues de entrada se aprecia que no aplica, sencillamente porque los conceptos jurídicos en los que el demandado se apoya para aducir que confiaba en su contenido, y que por eso le produjeron seguridad jurídica y tranquilidad personal, no provienen de esta Corporación sino del Consejo Nacional Electoral. Y es sabido que los actos de confianza deben proceder de la entidad de quien se reclama su respeto y observación, lo que no ocurre aquí.

Ahora, si se alega que el Consejo Nacional Electoral emitió su concepto fundamentado en una providencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado -que resolvió un caso similar-, y que por ende esta Corporación indirectamente debe respetar su criterio, entonces se requiere precisar lo siguiente:

- i) Que el principio de confianza legítima no se creó para mantener los precedentes judiciales, sobre los cuales se conserva en el ordenamiento el criterio de que es posible variarlos, previa fundamentación de las razones para ello.
- ii) Que en gracia de discusión cuando existen criterios divergentes al interior de una misma entidad, no es posible encasillarse en uno de ellos, y desconocer los otros, para alegar la confianza legítima, ya que a todas luces se trata de una lectura parcial de la filosofía de una institución alrededor de un

mismo tema. Esto es lo que acontecería en este caso, dado que el Consejo Nacional Electoral habría omitido tener en cuenta que la misma Sección Quinta del Consejo de Estado ha decidido casos similares de manera distinta a la que conceptuó, sencillamente porque no estudió esos otros conceptos.

Inclusive, no tuvo en cuenta la posición de la Sala Plena en este mismo asunto, que es a quien le corresponde resolver los procesos de pérdida de investidura, en cuyo evento habría encontrado providencias -citadas atrás- que estiman lo contrario al concepto emitido.”

En conclusión, el principio de la confianza legítima no es aplicable al asunto sub lite, pues la finalidad constitucional de la causal contemplada en el artículo 183-1 Superior, no es otra que hacer efectivo el principio de libertad e igualdad electoral, siendo evidente que según lo afirmado por la Sala Plena de esta Corporación un candidato, pariente de quien ejerce autoridad civil o política, en la misma circunscripción electoral donde se inscribe, goza de una ventaja mayor respecto de los demás competidores.”

Las consideraciones expuestas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en aquella oportunidad se dirigieron a desestimar uno de los elementos que deben ser acreditados para la configuración de este instituto, esto es, la existencia de una base objetiva de confianza²⁷.

En efecto, la máxima autoridad jurisdiccional de esta Corporación rechazó la presencia de ese presupuesto, por cuanto **(i)** los conceptos traídos a colación por el demandado, señor **ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ**, no provenían del Consejo de Estado, razón por la que no podía exigirse respeto y observancia por parte suya; **(ii)** La Sección Quinta no disponía para esa época de una interpretación unívoca en lo que atañe la causal de inhabilidad del artículo 179.5 constitucional – correspondencia entre la circunscripción departamental y municipal²⁸–; finalmente, **(iii)** El accionado no había tenido en cuenta la hermenéutica de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo según la cual la circunscripción departamental estaba conformada por las diversas circunscripciones municipales.

²⁷ Para que pueda demostrarse la existencia de una base objetiva de la confianza, la jurisprudencia de esta Corporación ha exigido de una parte, que se presenten signos externos concluyentes, entendidos como comportamientos estatales “homogéneo(s) y constante(s) que conlleve(n) a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza. Se configura cuando existe un proceder continuo, ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima.”

²⁸ **En un primer momento**, la Sala Especializada en asuntos electorales del Consejo de Estado explicó que para la configuración de la inhabilidad por parentesco establecida en el numeral 5 del artículo 179 constitucional, resultaba necesario demostrar que el congresista demandado había sido elegido en la misma circunscripción en la que su familiar, cónyuge o compañero permanente ejercía autoridad civil y política. En ese sentido, negó cualquier tipo de coincidencia entre la circunscripción departamental y municipal, lo que conllevó desestimar las pretensiones de las demandas de nulidad electoral en las que se puso de presente la familiaridad entre alcaldes de municipios pertenecientes a los departamentos por los cuales había sido elegido el representante demandado. Ver al respecto: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P.: María Nohemí Hernández Pinzón. Rad. 2006-00067-00(4001-4005). Demandado: José Joaquín Camelo Ramos. **Posteriormente**, la Sección Quinta del Consejo de Estado reevaluó esa tesis y adoptó aquella defendida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el contexto de la pérdida de investidura de congresistas, según la cual se predica la correspondencia entre la circunscripción departamental y municipal. En ese sentido, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. 19001-23-33-000-2015-00611-02. Demandada: Claudia Daneye Hoyos Ruíz.

Una lectura desprevenida del texto transcrito permite colegir que, lejos de haberse realizado un análisis del elemento culpabilidad, la Sala elevó consideraciones que parecen, en principio, ajenas a este propósito, pues no se advierte el examen del conocimiento, ni de la voluntad, rasgos esenciales del juicio que impone ese elemento de la responsabilidad.

Por lo anterior, no comparto la conclusión a la que arribó el fallo de 27 de febrero de 2018, en el sentido de tener como verdad cierta la existencia del juicio de culpabilidad en la pérdida de investidura, como se reproduce a continuación:

“Si bien la posibilidad de abordar el estudio del elemento subjetivo de la conducta del congresista frente a ciertas causales de pérdida de investidura, según la tesis anteriormente mencionada, surgió en el año 2016 con ocasión de la sentencia de unificación de la Corte, en este preciso caso se encuentra que la decisión que se revisa sí tuvo en cuenta, para efectos de declarar la pérdida de investidura del recurrente, los argumentos que nuevamente opone como justificantes o excluyentes de su responsabilidad por ausencia de culpabilidad.”

Así las cosas, la sentencia en relación con la cual discrepo debió examinar estos factores que, sin lugar a dudas, habrían llevado a declarar infundado el recurso extraordinario de revisión especial, derrotero argumentativo que omitió la Sala Plena en esta oportunidad, como paso a demostrarlo:

II. EL EXAMEN DEL ELEMENTO CULPABILIDAD EN EL CASO CONCRETO

En punto al examen del elemento de culpabilidad en lo que al *sub judice* hace referencia, debo expresar que, contrario a lo expuesto en la sentencia de 27 de febrero de 2018, no se constituye en una alternativa de las providencias con las que se define la pérdida de investidura de los miembros de Corporaciones Públicas²⁹. Se trata de un análisis obligatorio que debe ser, eso sí, posterior al juicio de tipicidad que desarrolla el juez de la desinvestidura.

Ahora bien, no es mi deseo pasar por alto el hecho de que el recurso extraordinario de revisión especial formulado por el señor **ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ**, carece de motivación que hubiese permitido colegir a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la manera cómo el examen de la culpabilidad habría permitido infirmar la sentencia de 17 de julio de 2012, por medio de la cual se le decretó la pérdida de investidura de congresista.

La fundamentación del medio impugnatorio extraordinario se limita a destacar ciertas similitudes entre su asunto y aquellos objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU – 424 de 2016. No demuestra siquiera el despliegue de conductas a instancias de la Sala de Consulta y Servicio Civil de

²⁹ “En la sentencia SU-424 de 2016 invocada por el actor para sustentar el recurso extraordinario, la Corte Constitucional reafirmó el carácter sancionatorio de la pérdida de investidura y admitió **la alternativa** de estudiar el elemento subjetivo de la conducta del demandado en este tipo de procesos.” (Negrilla fuera de texto).

esta Corporación, ni mucho menos ante el Consejo Nacional Electoral, como sí fue el caso de los parlamentarios demandados en los asuntos que conoció el Alto Tribunal Constitucional en aquella época³⁰.

Más allá de lo anterior, pretendo acreditar que el examen del requisito de culpabilidad no habría llevado a solución distinta, pues lo cierto es que, visto desde este prisma, el hoy recurrente se hacía merecedor de la desinvestidura de que fue objeto, toda vez que, además de conocer los elementos normativos que integran la causal endilgada –artículo 179.5 constitucional– fue su voluntad inscribirse como candidato a la Cámara de Representantes, trámite en el que incurrió en circunstancias reveladoras que me llevan a aseverar sin temor a equívocos que le era imputable esta sanción política.

Sabido es que, a diferencia de lo que ocurre con otros de los motivos de inhabilidad que conllevan la pérdida de investidura de los congresistas³¹, la causal contenida en el artículo 179.5 constitucional no cuenta con extremo temporal que defina desde cuándo opera dicha prohibición, por lo que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha manifestado que debe tener ocurrencia, a lo menos, el día de la elección.

“En relación con el cuarto y último requisito para que se estructure la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional, esto es, tiempo durante el cual opera la inhabilidad, la Jurisprudencia de esta Sala ha dicho que si bien no se expresa un término dentro del cual opera la prohibición contenida en la causal de inhabilidad en mención, **de acuerdo con la composición gramatical debe entenderse que la misma se configura si se acredita que el pariente del Congresista demandado, ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones**, que para el evento sub lite lo fue el 14 de marzo de 2010, fecha en que se llevaron a cabo las elecciones de los Senadores y Representantes a la Cámara para el período constitucional 2010-2014.”³²

Descendiendo al caso en concreto, observo que para evitar la materialización de este motivo de inhabilidad, catalizador de la desinvestidura, el hermano del demandado, señor **Antonio Eljadue Gutiérrez**, alcalde del municipio de Pijiño del Carmen – Magdalena para el periodo 2008-2011, solicitó licencia no remunerada para el día de la elección de los representantes a la Cámara por el departamento del Magdalena, celebrada el 14 de marzo de 2010 en el territorio nacional.

Si bien es cierto esta conducta no resulta atribuible directamente al ex congresista recurrente –su hermano es quien la despliega– lo cierto es que su producción le es imputable, a lo menos, de forma indirecta, pues ella denota una cierta connivencia entre éstos para enervar los efectos de la descripción típica concebida por el Constituyente Originario.

³⁰ Expediente T-3.331.156. Accionante: Noel Ricardo Valencia.

³¹ Ver al respecto, el ordinal 2º del artículo 179 que prevé en su tenor literal: “2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, **dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.**”

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2011-00515-00. Sentencia de 16 de noviembre de 2011. C.P. María Elizabeth García González.

Habida cuenta del conocimiento de los ingredientes normativos de la causal de inhabilidad plasmada en el artículo 179.5 superior, se dispone neutralizar sus efectos a través de un acto que permite entrever una desatención voluntaria al ordenamiento, que sin lugar a dudas reporta consecuencias nocivas a los bienes jurídicos tutelados, a saber, el principio de libertad e igualdad electoral.

De allí que no pueda admitirse que el recurrente actuó con la convicción absoluta de no encontrarse inhabilitado, toda vez que el actuar mancomunado entre éste y su hermano denota lo contrario. El riesgo de incurrir en el quebrantamiento del régimen de inhabilidades de congresistas era tan alto, que se buscó, mediante la puesta en marcha de diferentes conductas, eludir el peso de su literalidad.

La conjunción entre conocimiento y voluntad, motivo que debió conllevar la desestimación del recurso extraordinario propuesto en contra de la sentencia de 17 de julio de 2012, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En los anteriores términos dejo sentada mi posición frente a la decisión adoptada por la Sala.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado