

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTAS – Origen / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTAS – Marco normativo y jurisprudencial

Uno de los puntos que se tuvo en cuenta para convocar la Asamblea Nacional Constituyente en la década de los noventa y expedir una nueva Constitución Política fue el alto grado de desprestigio en el cual se encontraba la institución del Congreso, depositario de la soberanía popular. Los senadores y representantes a la Cámara, en ejercicio del derecho político fundamental de elegir y ser elegidos, eran llamados a ocupar sus curules y, desbordando el marco funcional, incurrían en una serie de conductas que atentaban contra el orden jurídico, político, ético y disciplinario y, a lo sumo, recibían un reproche por parte del electorado, sin consecuencias jurídicas relevantes. Fue así que el constituyente de 1991 retomó una figura que había sido concebida en el Acto Legislativo número 1 de 1979, declarado inexecutable por defectos de forma por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia 57 del 3 de noviembre de 1981, y la plasmó en los artículos 183 y 184 de la Carta, como respuesta a la «deslegitimación que caracterizó durante mucho tiempo la institución congresual y (en aras de) devolverle el respeto y la dignidad que le son propios como escenario democrático por antonomasia en un Estado de derecho». Se ha sostenido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que la acción de pérdida de investidura es un instrumento para efectivizar el marco jurídico, democrático y participativo del Estado colombiano, trazado desde el mismo preámbulo de la Constitución. Es, además, una acción pública de raigambre constitucional y de responsabilidad de los elegidos como representantes del pueblo en relación con la dignidad, honradez, decoro, probidad, cuidado, respeto, mesura, compromiso, que comporta la investidura conferida. La legitimación en la causa por activa para incoar la acción la tiene cualquier ciudadano, las mesas directivas del Senado y la Cámara de Representantes y el Procurador General de la Nación, directamente o por medio de sus delegados (artículos 183, 184 y 277, numerales 6 y 7, de la Constitución Política). De otro lado, se precisa que es una acción jurisdiccional autónoma, cuya finalidad última es la de lograr el sometimiento de los miembros de las corporaciones públicas al orden jurídico, garantizar la transparencia absoluta en relación con sus actuaciones, conservar la dignidad de la institución, desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público, recuperar «el prestigio, el buen nivel [y] el tono moral» del órgano legislativo, consagrar un sistema más severo que esté a disposición de los ciudadanos para sancionar los comportamientos que atenten contra la dignidad de la investidura de congresista, para, de esta manera, preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política

INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS – Origen de la causal / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS – Eventos en que procede

El artículo 183, numeral 4 de la Constitución Política determina que los congresistas perderán su investidura «Por indebida destinación de dineros públicos». La causal de indebida destinación de dineros públicos no está definida en la Constitución ni en las normas legales que rigen el ejercicio de la acción de pérdida de investidura (Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994). Las referidas normas no establecen la naturaleza y alcance de la causal. Ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación que esta, como sucede con las demás causales de pérdida de investidura, no detalla las conductas específicas que la configuran, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal donde se describen con precisión, en los respectivos tipos, las conductas que se erigen como delitos. Por su parte, la delegataria María Teresa Garcés en su intervención en la Asamblea Nacional

Constituyente, sesión plenaria llevada a cabo el 28 de mayo de 1991, indicó: «...en relación con el artículo octavo sobre las causales de pérdida investidura, sugiero adicionar las que están en el proyecto con otras dos causales que sería la indebida destinación de dineros públicos que ha sido una práctica reiterada del Congreso. Conocemos los casos en que no solamente han desviado dineros públicos a través de la utilización de auxilios parlamentarios en las reelecciones de los congresistas sino también en pagar sueldos a personas que no asisten, que no trabajan en el Congreso de la República, esto claramente debe constituir una causal de pérdida de investidura». Precisamente sobre este punto el Consejo de Estado señaló que «(...) de acuerdo con las consideraciones generales expresadas en la Asamblea Nacional Constituyente con respecto a la “indebida destinación de dineros públicos”, fuera de la enunciación general de la causal, esta no estableció un contenido específico para esa figura. La discusión sobre ella se circunscribió a establecer la causal y a hacer referencia a algunas de las conductas que eventualmente podrían llegar a determinar esa causal en concreto.// En consecuencia, ha correspondido al Consejo de Estado (art. 184 C.P), darle el alcance pertinente a la causal, especialmente porque su contenido no se encuentra definido de manera expresa en la Constitución Política, ni en el artículo 296-4 de la Ley 5ª de 1992, ni en la Ley 144 de 1994». De otro lado, ha señalado esta Corporación que la indebida destinación de dineros públicos «se realiza cuando un congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos. Bien puede utilizarlos o dirigirlos a actividades o propósitos no autorizados; o a aquéllos que estando autorizados no correspondan a la finalidad asignada; o a cometidos prohibidos, entre otros». A título meramente ejemplificativo o enunciativo, no taxativo, y dada la necesidad de precisar el contenido de la norma, la Sala Plena ha concretado, además de los delitos de peculado por apropiación, por uso, o por aplicación oficial diferente (artículos 397, 398 y 399 del Código Penal), enriquecimiento ilícito (artículo 412 *ibídem*), interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 409 *ibídem*), y trámite de contratos sin observancia de los requisitos legales (artículo 410 *ibídem*), algunos eventos o gamas de conducta en los cuales puede incurrir el congresista para que se configure la causal, así: a) Cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados. b) Cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados. c) Cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento. d) Cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas. f) Cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros. g) Cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros. En estas condiciones, la causal se configura, de un lado, por conductas catalogadas como delitos, frente a los cuales existe una precisa regulación legal y, de otro, por actuaciones que escapan de la órbita de lo penal, pero no por ello dejan de contrariar el interés público, institucional y social. En el primer evento, es evidente que una misma conducta puede generar diferentes tipos de responsabilidad, sin que pueda hablarse de una violación al principio *non bis in ídem*, pues, se reitera, la acción penal y la acción de pérdida de investidura, son dos acciones independientes, autónomas, diferenciables y separables.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 183 NUMERAL 4

DINEROS PÚBLICOS – Concepto

Son recursos públicos todos aquellos que provienen de una actividad económica del Estado y se integran al ciclo presupuestal con el propósito de ser redistribuidos para la satisfacción de las necesidades que demanda el interés general. También hacen parte de los recursos públicos, los ingresos que se obtienen en el ejercicio de la potestad fiscal del Estado, los cuales se clasifican de acuerdo con la ley del presupuesto nacional en el componente de rentas del Estado. Dentro de dicho componente se encuentran los ingresos corrientes de la Nación, que a su vez son de origen tributario y no tributario, directos (cuando gravan la renta), e indirectos (cuando gravan el consumo); al lado de los ingresos fiscales, también se recaudan recursos por rentas de capital, excedentes financieros, rentas contractuales, privatizaciones, participaciones accionarias y utilidades comerciales. Esta especie de recursos puede denominarse, genéricamente, como recursos financieros activos del Estado. Desde otro punto de vista, se puede hablar de recursos públicos no financieros, entre los que se cuentan los recursos naturales, los que resultan de la explotación del suelo y del subsuelo y de las demás categorías que conforman el territorio nacional, como las áreas marítimas de comercialización y el espectro electromagnético, de los cuales se derivan rentas que se materializan en ingresos para la Nación. Son recursos públicos porque son reglamentados y administrados por el Estado y tienen como finalidad específica atender las necesidades de la población en materia de servicios públicos, con una prestación eficiente y de calidad para el acceso por parte de los ciudadanos. La vigilancia de la gestión de estos recursos, también recae en el Estado a través de los organismos de control fiscal integrados por la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales; a su vez, existen otros organismos que vigilan y regulan la actividad fiscal, como la Auditoría General de la Nación y la Contaduría General de la República. (...) Dentro de este contexto, la positivización del término «dinero público» debe interpretarse, en su acepción lógica de la voluntad constituyente, que se trata de recursos públicos que administra el Estado. Bajo este razonamiento, el salario que se paga a través de la nómina de personal de las entidades públicas, se expresa en dinero público. El otro extremo que se debe analizar alrededor del concepto de dinero público es el de su administración. Como ya se anotó, el dinero es un medio comercial para facilitar las transacciones necesarias dentro de un mercado; mientras que el salario se circunscribe al ámbito de los gastos dentro del presupuesto nacional, es decir, que se trata de una función eminentemente reglada que escapa a la liberalidad de los administradores de los recursos. Así, el pago de toda obligación a cargo de una entidad del Estado, debe estar previamente respaldada en los instrumentos procesales y contables tales como los certificados de disponibilidad presupuestal y los registros presupuestales. Si bien es cierto la disposición final de ese recurso público se expresa en forma de dinero que recibe el empleado, la administración de las cuentas por donde circulan dichos recursos, corresponde a la autoridad de hacienda pública que interviene en el ciclo presupuestal, valga decir, el Ministerio de Hacienda y la Dirección General del Tesoro Público. Bajo este entendimiento, es fácil concluir que solamente las autoridades fiscales del Estado están en capacidad de administrar el dinero que circula por los canales de las cuentas públicas, valga decir, los que provienen del público a través del pago de los impuestos, tasas y contribuciones; los demás agentes que intervienen en el flujo de los recursos son ejecutores del gasto, cuando reciben los recursos, una vez cumplidas las etapas del mencionado ciclo presupuestal, como ocurre cuando se ha expedido el Decreto Ejecutivo de Liquidación del Presupuesto, conforme lo dispone el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996 y sus disposiciones complementarias, y se han hecho las transferencias a cada entidad por medio del Plan Anualizado de Caja (PAC artículo 73 ibídem), cuando han sido previamente inscritas las obligaciones a su cargo, tanto para las acreencias contractuales, como para los gastos de funcionamiento e inversión, entre los que

se encuentran los recursos para el pago de la nómina. Para el caso de los recursos asignados al Congreso de la República con la finalidad de pagar la nómina de sus empleados públicos, incluidos aquellos que están adscritos a las unidades de trabajo legislativo, intervienen como ordenadores del gasto el Director General, cuando se trata del Senado; y la Mesa Directiva, cuando se destinan para la Cámara de Representantes, previa certificación de cumplimiento de labores expedida por el respectivo Congresista.

INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / INDEBIDA DESTINACIÓN - Concepto

La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho, en múltiples oportunidades, que aun cuando la generalidad de los congresistas no son ordenadores del gasto, no por ello dejan de ser destinatarios de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos. Una lectura diferente conduce a concluir que la norma resulta inane. En este sentido se ha aclarado que «El énfasis interpretativo de la causal no ha de colocarse sobre la expresión “dineros públicos” sino sobre la forma en que se puede llevar a cabo su correcta destinación. En efecto, para la Sala, la indebida utilización de dineros públicos, puede llevarse a cabo de dos formas diferentes, de manera directa o de manera indirecta. Será directa cuando el congresista - con capacidad de ordenación del gasto - dispone ilícitamente de recursos del erario, bien sea para obtener finalidades particulares (a través, por ejemplo, de la celebración de contratos estatales sin establecer su necesidad, oportunidad o conveniencia, tal y como se examinó en la sentencia del 20 de junio de 2000, Expedientes AC-9875 y AC-9876) o para ordenar una destinación diferente a la establecida en el Presupuesto para esos dineros públicos. Y se presentará la destinación indirecta cuando a pesar de haber sido ordenado el gasto para el objeto previsto en el respectivo Presupuesto, el congresista propicia con su conducta una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados».

CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE FUNCIONES POR PARTE DE EMPLEADOS DE LA UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO UTL

De acuerdo con el artículo 388 de la Ley 5ª de 1992, modificado por las Leyes 186 de 1995 y 868 de 2003, se reitera, cada congresista tiene a su cargo una Unidad de Trabajo Legislativo, conformada por varias personas, frente a las cuales aquél tiene la obligación de certificar el cumplimiento de labores, con el fin de que le sean cancelados sus salarios. (...) En estas condiciones, se concluye que la certificación otorgada por el congresista respecto del cumplimiento de labores de los empleados que desempeñan funciones en su Unidad de Trabajo Legislativo, constituye presupuesto para el pago de salarios y prestaciones sociales y tiene por objeto constatar la prestación del servicio. Una interpretación genética, histórica, teleológica y sistemática de la norma con el artículo 183.4 de la Constitución, lleva a establecer que tal regulación obedeció a la necesidad de evitar que asesores cobraran sus sueldos sin haber laborado en la entidad, con lo cual, inexorablemente, se genera un detrimento patrimonial. Precisamente, sobre este punto, en sesión del 28 de mayo de 1991 de la Asamblea Nacional Constituyente, al analizarse los antecedentes del artículo 183.4 constitucional se dijo que «Conocemos los casos en que no solamente han desviado dineros públicos a través de la utilización de auxilios parlamentarios en las reelecciones de los congresistas sino también en pagar sueldos a personas que no asisten, que no trabajan en el Congreso de la República, esto claramente debe constituir una causal de pérdida de investidura».(...) En estas condiciones, como requerimiento

indispensable para la configuración de la causal, la Sala concluye que el senador Soto Jaramillo, en el marco de su competencia funcional, tuvo injerencia inmediata y determinante en el pago de salarios efectuado al señor Giraldo Saldarriaga, asistente de su Unidad de Trabajo Legislativo, durante los períodos comprendidos entre el 2 de julio de 2012 y el 7 de julio de 2012 y entre el 1 de noviembre de 2013 y el 12 de noviembre de 2013, lapsos durante los cuales este servidor se trasladó a las ciudades de Panamá y Toronto, motivo por el cual no prestó sus servicios, derivándose de ello una aplicación diferente o distorsión al destino último de los dineros públicos, pues se hicieron pagos que no tenían razón que los justificara, sin mediar justa causa, con base en certificaciones de cumplimiento de labores que no se realizaron.

FUENTE FORMAL: LEY 5 DE 1992 – ARTICULO 388

FIRMA ORIGINAL, FIRMA DIGITAL Y FIRMA DIGITALIZADA

Conforme al dictamen pericial, emitido el Grupo de Grafología Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, «Las firmas que como de Carlos Enrique Soto Jaramillo aparecen plasmadas en las certificaciones laborales de las Unidades de Trabajo Legislativo relacionadas en elementos recibidos, Documentos Dubitados, no corresponden a firmas originales sino digitalizadas y posteriormente impresas mediante el sistema de impresión láser». Las máximas de la experiencia muestran que este tipo de firma digitalizada, impresa mediante el sistema de impresión láser, era la que usualmente utilizaba el senador Soto Jaramillo para certificar las labores desarrolladas por los miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo, lo cual se puede corroborar con las certificaciones que corresponden a los meses de septiembre a diciembre de 2011, enero a abril y junio a octubre de 2012, mayo a octubre de 2013, febrero a abril y diciembre de 2014. (...) Encuentra esta Sala que tanto la firma original como la firma digital tienen pleno valor de autenticidad. Por su parte, la firma digitalizada, impresa mediante el sistema de impresión láser, no ha sido regulada por el legislador, constituye otra modalidad de firma y su valor probatorio no presenta los mismos matices que las dos anteriores. En torno a las firmas o documentos escaneados, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia les ha dado la connotación de firma electrónica y sus requisitos están establecidos en el artículo 7 de la Ley 527 de 1997 reglamentado por el Decreto 2364 de 2012. La citada Corporación, al respecto, manifestó: «Ahora, la autenticidad del mensaje de datos corre paralela con la confiabilidad del mismo, determinada por la seguridad de que esté dotado en cuanto a la forma como se hubiese generado y conservado la integridad de la información y, por supuesto, en la forma en que se identifique a su iniciador y la asociación de este a su contenido. Como todo documento, la eficacia probatoria del electrónico dependerá, también, de su autenticidad, contándose con mecanismos tecnológicos que permiten identificar el autor del mismo y asociarlo con su contenido. En este aspecto cobra particular relevancia la firma electrónica, que es el género, y que puede comprender las firmas escaneadas, o los métodos biométricos (como el iris y las huellas digitales), y la firma digital —especie—, basada en la criptografía asimétrica. (...) Por tal razón y ante la imposibilidad de que el documento informático pudiese tener una firma manuscrita, fue concebida la de carácter electrónico, que consiste, según la doctrina, en «cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita». En otras palabras, todo dato que en forma electrónica cumpla una función identificadora, con independencia del grado de seguridad que ofrezca, puede catalogarse como firma electrónica; de suerte, pues, que dentro de este amplio concepto tienen

cabida signos de identificación muy variados, como los medios biométricos, la contraseña o password, la criptografía, etc. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1, numeral 2, del Decreto 2364 de 2012, se entiende como firma electrónica aquellos «códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas» dentro de los cuales se enmarcan, incluso, las firmas digitalizadas y, aunque la norma en cita se refiere particularmente a los mensajes de datos, la Sala, de acuerdo con la jurisprudencia en cita, le dará ese tratamiento a la que se plasmó en las certificaciones aludidas, en tanto y en cuanto se puede inferir que se trató de una firma que, en principio, hizo parte de un mensaje de datos, pero que se imprimió mediante el sistema de impresión láser a efecto de soportar documentalmente las certificaciones referenciadas. Así, la Sala estima que tales certificaciones de funciones, expedidas mediante el uso de una firma electrónica, son plenamente válidas en cuanto cumplen los requisitos previstos en el artículo 3 del decreto previamente citado, esto es, que se usó una firma digitalizada que era confiable y apropiada a los fines para los que se generó; lo anterior, comoquiera que en la contestación de la demanda se afirmó que ese era el mecanismo que el señor Soto Jaramillo «empleaba para expedir las constancias de labores cumplidas» por parte de los miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo. Tal afirmación hecha en la contestación de la demanda, permite considerar que la firma era confiable, pues los datos de creación de la firma, es decir, la firma digitalizada e impresa mediante el sistema de impresión láser, corresponden al firmante. En todo caso, el señor Soto Jaramillo en momento alguno controvertió su veracidad y confiabilidad, ni adujo que su interés era contrario a hacer constar lo certificado en tales documentos, ni mucho menos alegó que su firma hubiere sido utilizada sin su consentimiento o para fines no acordados previamente, de donde surge su veracidad, autenticidad y reconocimiento de lo allí consignado. (...) Lo anterior, analizado a la luz de las reglas de la sana crítica y de las máximas de la experiencia, permite inferir que la modalidad atípica de firma digitalizada e impresa mediante el sistema de impresión láser, era el mecanismo utilizado, de manera reiterada, por cuestiones operativas, por el congresista para certificar el cumplimiento de labores de los empleados adscritos a su Unidad de Trabajo Legislativo y de allí se enviaban a la División de Nómina. Por ende, las certificaciones referidas se le pueden imputar al senador, gozan de presunción de autenticidad, salvo que se demuestre lo contrario - lo cual no ocurrió dentro del proceso, pues no fueron tachadas de falsas - y le generan responsabilidad en la medida en que existe certeza de que le son atribuibles.

FUENTE FORMAL: LEY 527 DE 1997 – ARTICULO 7 / DECRETO 2364 DE 2012

INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / DEVOLUCIÓN DE SUMAS DE DINERO

Dentro del proceso aparece prueba de que el señor Giraldo Saldarriaga hizo devolución de las sumas salariales percibidas por los períodos comprendidos entre el 2 y el 7 de julio de 2012 y entre el 1º y el 12 de noviembre de 2013; sin embargo, ello no exonera de responsabilidad al senador Soto Jaramillo, por la sencilla razón de que la conducta se consumó y el ordenamiento jurídico no prevé exoneración de responsabilidad en materia de pérdida de investidura, por procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias o por reparar voluntariamente el daño.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ENRIQUE JARAMILLO SOTO

Se decide la solicitud formulada por los señores Pablo Bustos Sánchez, Carlos Alfredo Crosthwaite Ferro y Daniel Silva Orrego en orden a obtener que se decrete la pérdida de investidura del senador de la República Carlos Enrique Soto Jaramillo.

1. Antecedentes

1.1. La solicitud de pérdida de investidura

1.1.1. La causal de pérdida de investidura

En ejercicio de la acción contemplada en el artículo 183 constitucional, los ciudadanos Pablo Bustos Sánchez, Carlos Alfredo Crosthwaite Ferro y Daniel Silva Orrego, solicitan la pérdida de investidura del senador de la República Carlos Enrique Soto Jaramillo, pues consideran que se encuentra incurso en la causal prevista en los artículos 183.4 de la Constitución Política y 296.4 de la Ley 5.^a de 1992, consistente en la «indebida destinación de dineros públicos».

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentan la solicitud de pérdida de investidura son, en síntesis, los siguientes:

El señor Carlos Enrique Soto Jaramillo resultó elegido senador de la República para el período 2010-2014.

El señor Juan David Giraldo Saldarriaga ingresó a laborar dentro de la Unidad de Trabajo Legislativo del senador, el 9 de septiembre de 2010, y, durante su servicio, se le autorizaron los siguientes periodos de vacaciones: del 19 de diciembre de 2011 al 6 de enero de 2012 (Resolución 1125 de 14 de diciembre de 2011); del 24 de diciembre de 2012 al 16 de enero de 2013 (Resolución 2647 de

12 de diciembre de 2012); y del 20 de diciembre de 2013 al 14 de enero de 2014 (Resolución 1421 de 18 de diciembre de 2013).

Al señor Giraldo Saldarriaga no se le concedieron licencias, permisos, comisiones de estudio o de servicios, mientras estuvo al servicio de la UTL del senador; sin embargo, realizó dos viajes fuera del país en los periodos comprendidos entre el 2 y el 7 de julio de 2012 y entre el 1 y el 12 de noviembre de 2013, con destino a las ciudades de Panamá y Toronto (Canadá), respectivamente.

Dentro de esa Unidad de Trabajo Legislativo también prestó sus servicios el señor Álvaro Moreno Bermúdez, desde el 27 de julio de 2010, pero en lugar de asistir en sus labores al senador, se ha desempeñado como sujeto político del partido en que milita, y ha desarrollado su labor en la sede de ese movimiento, que se ubica en la calle 20 # 9 – 28 de la ciudad de Pereira.

El senador fue elegido nuevamente como tal, para el período constitucional 2014-2018.

1.1.3. Fundamentos de derecho

Señalan los accionantes que en las sentencias proferidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 19 de octubre de 1994, expediente AC-2108 y el 30 de mayo de 2000, expediente AC-9877, se aborda el tema de la configuración de la causal de destinación indebida de dineros públicos; que el ciudadano Juan David Giraldo Saldarriaga se desempeñó como miembro de la Unidad de Trabajo Legislativo del congresista Soto Jaramillo desde el 9 de septiembre de 2010; que durante el ejercicio de sus funciones salió del país el 2 de julio de 2012 con destino a Panamá y regresó el 7 de julio de la misma anualidad; que no reposa en las oficinas del Congreso solicitud alguna de permiso, licencia o comisión de estudios o de servicios; que si él tenía la necesidad de ausentarse de su cargo ha debido obtener el respectivo permiso; que a pesar de lo anterior el senador Soto Jaramillo, con fundamento en el artículo 388 de la Ley 5.^a de 1992, certificó ante el pagador del Senado que aquél había cumplido sus funciones a cabalidad.

Advierten que Soto Jaramillo debió certificar ante el pagador que el citado miembro de la UTL se había ausentado del país en las fechas referidas; que como ello no acaeció, el erario terminó por pagarle una suma de dinero por unos servicios que no fueron prestados; que la salida del país no fue justificada y se presume ajena a sus funciones legales (artículo 388 de la Ley 5.^a de 1992, modificado por el artículo 7 de la Ley 388 de 2003); que no hay disposición jurídica o precedente jurisprudencial que permita que un miembro de una UTL preste servicios por fuera del territorio nacional; que por lo anterior, se materializó una distorsión o cambio al fin y cometido estatal del interés general; que la salida del país de Giraldo Saldarriaga, durante varios días, no fue ajena al conocimiento del congresista, debido a que aquél es hijo de la actual compañera sentimental de este, hecho que fue corroborado en entrevista brindada a la W Radio.

Precisan que en desde el 1.º hasta el 12 de noviembre de 2013 Juan David Giraldo Saldaña volvió a salir del país, esta vez con destino a Canadá, sin licencia, permiso, comisión de estudios o de servicios; que el congresista certificó que había dado cumplimiento a sus labores, generándose el pago de un salario por servicios que no se prestaron; que no se demostró ante el Congreso que aquél cumpliera alguna función específica en Panamá o Canadá; que por todo lo anterior se configuró una indebida destinación de dineros públicos.

De otro lado, anotan los accionantes que en la Unidad de Trabajo Legislativo del senador Soto Jaramillo es miembro el ciudadano Álvaro Moreno Bermúdez, quien se posesionó el 27 de julio de 2010; que este servidor ha cumplido funciones dentro de la sede del Partido de la U en la ciudad de Pereira (calle 20 # 9-28), según se puede constatar con los documentos aportados, en los que aparece su firma como constancia de recibido; que la Corte Suprema de Justicia ha expresado que bajo ninguna circunstancia los miembros de las UTL pueden convertirse en activistas políticos y que la Procuraduría Delegada para Asuntos Electorales, en diciembre de 2013, hizo hincapié sobre esta prohibición.

Dicen que la labor del ciudadano Álvaro Moreno Bermúdez en la sede del Partido de la U no es un hecho fortuito o casual, sino que permite deducir un servicio constante, realizado durante campaña electoral; que ello permite determinar la destinación indebida de recursos públicos por parte del senador Soto Jaramillo, pues, no se prestó el servicio para el logro de una eficiente labor legislativa, en los términos del artículo 388 de la Ley 5.ª de 1992 (modificado por el artículo 7.º de la Ley 868 de 2003), sino con fines políticos; que al certificar el congresista el cumplimiento de labores del ciudadano Moreno Bermúdez, en beneficio de un partido político, se configura la causal en comento.

Concluyen los accionantes que con ese actuar el senador incurrió en las cuatro conductas que, según la jurisprudencia, configuran la causal que se invoca: la primera, en cuanto permitió que el señor Moreno Bermúdez prestara un servicio de carácter político y no en beneficio de la función legislativa, es decir, actuó en contravía del fin y cometido estatal, conducta que se agravó al certificar que el miembro de su Unidad de Trabajo Legislativo cumplió sus labores; la segunda, porque el pago del salario a quien no está prestando apoyo al congresista en su tarea legislativa sino que, en últimas, está concediendo beneficio a un partido político, constituye la destinación de dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados; la tercera, porque los recursos se aplicaron para remunerar la labor de un ciudadano que no estaba prestando su servicio al Congreso, sino a un partido político y, por ende, era este el que debía asumir los costos salariales y no utilizar los recursos públicos para reportar beneficio a un movimiento de esa naturaleza; y, la cuarta, porque la prestación del servicio del señor Moreno Bermúdez fue en favor del partido político al que pertenece el senador y no del servicio público.

1.2. Contestación de la demanda

El ciudadano Carlos Enrique Soto Jaramillo, por intermedio de su apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y expuso como argumentos de defensa los siguientes¹:

Son ciertos los hechos relativos a su elección como senador durante los dos periodos señalados en la demanda, así como aquellos que aluden a la prestación de servicios por parte de Juan David Giraldo Saldarriaga y Álvaro Moreno Bermúdez dentro de su Unidad de Trabajo Legislativo. La autorización de los periodos vacacionales a los miembros de estas, está atribuida al Congreso de la República, por conducto de la Dirección Administrativa del Senado.

No le constan aquellos hechos que sugieren que al señor Giraldo Saldarriaga no le concedieron permisos, licencias o comisiones, en cuanto tales situaciones administrativas son tramitadas por la Dirección Administrativa del Senado y tampoco tenía conocimiento de que su subordinado hubiera salido fuera del país durante las fechas que se mencionan.

No acepta la afirmación de la demanda según la cual la prestación de servicio del señor Moreno Bermúdez se puede evaluar dentro del contexto de sujeto político.

El senador Carlos Enrique Soto Jaramillo solo certificó que los funcionarios que relacionó en el Oficio CESJ-0094 del 28 de noviembre de 2013 (sic) «(...) desarrollaron las funciones asignadas durante el mes de julio de 2012 (...)»; de ese texto no se infiere que los empleados allí mencionados hubiesen laborado los 30 días del mes, sino que llevaron a cabo las tareas que se les impartieron para la época. Lo propio se deduce de la certificación expedida el 21 de agosto de 2012 mediante Oficio CESJ-0097.

Tales certificaciones se expiden por cuestiones operativas mediante firma escaneada, cuyo manejo está a cargo de la doctora Maribel Ortiz Méndez, quien tiene encomendado el envío de esas constancias a la dependencia de nómina.

Durante el mes de julio de 2012 no se realizaron sesiones del Congreso, ni estuvo en la ciudad de Bogotá, aunque asignó tareas a los miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo, las que se desarrollaron con normalidad.

En el mes de noviembre de 2013, asistió a las sesiones ordinarias del Congreso durante los días 5, 6 y 12, pero no permaneció durante la totalidad del mes en la ciudad de Bogotá porque la naturaleza de su trabajo legislativo hizo necesario atender los requerimientos de su electorado.

La actividad propia de congresista le impide tener control de la permanencia de sus dependientes en la ciudad de Bogotá, pues, además de asistir a las sesiones ordinarias o extraordinarias del Congreso, debe desarrollar labores en distintos lugares del país, atendiendo los requerimientos de sus electores, motivo por el

¹ Folios 40 a 49.

cual asigna tareas y trabajos que los miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo atienden oportuna y eficazmente.

Las anteriores circunstancias impiden que se configure la causal alegada, por cuanto para ello se requiere que exista un nexo causal que «lo vincule con una conducta funcional al ejercer las competencias de las que ha sido revestido»; además, para su estructuración es necesario que «el congresista autorice de manera explícita el desempeño de labores por fuera del territorio nacional», lo que no ocurrió en el caso de las ausencias que se aducen respecto del señor Giraldo Saldarriaga.

Respecto de la situación planteada frente al señor Álvaro Moreno Bermúdez, porque la rúbrica de este aparece en algunos oficios dirigidos a diversos miembros del «partido de la U», consideró que ello no lo enmarca, de por sí, como un «sujeto político», ni estructura la causal de destinación indebida de dineros públicos, ya que no se establece el lugar en que el funcionario recibió tales comunicaciones; además, su desplazamiento a algunas ciudades del país, tuvo como finalidad soportar su trabajo legislativo.

En todo caso, la labor legislativa no comprende, únicamente, la expedición de textos legales o actos legislativos, sino «una serie de actividades que el congresista debe desarrollar en pro de la comunidad en general y en forma particularísima a favor de quienes aquél representa ante el Congreso». Bajo el anterior supuesto, los miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo pueden desarrollar sus funciones dentro o fuera de las instalaciones del Congreso e, incluso, fuera de la ciudad de Bogotá, ordinariamente en la región de la que es oriundo el congresista, dada su cercanía con las personas a las que representa.

1.3. Audiencia pública

El 24 de mayo de 2016 se llevó a cabo la audiencia pública prevista en el artículo 11 de la Ley 144 de 1994, con presencia de los accionantes Pablo Bustos Sánchez y Daniel Silva Orrego, así como del accionado Carlos Enrique Soto Jaramillo y su apoderado. De igual manera, estuvo presente la procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado.

1.3.1. Intervenciones

1.3.1.1. Del señor Pablo Bustos Sánchez

En su intervención - de la cual allegó resumen escrito - ², planteó, en síntesis, que se configuran los supuestos para declarar la pérdida de investidura del senador Carlos Enrique Soto Jaramillo por indebida destinación de dineros públicos, pues, permitió, autorizó y certificó de manera ilegal en no menos de 60 ocasiones, por espacio superior a 5 años, el desempeño de funciones de dos miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo, pese a que realizaban actividades completamente ajenas a sus funciones de apoyo legislativo, como son, en un caso – el de Juan

² Folios 365 a 393.

David Giraldo Saldarriaga -, viajes al exterior y estudios universitarios de tiempo completo diurnos y, en otro caso - el de Álvaro Moreno Bermúdez-, labores de proselitismo político en la sede de un partido político. Con su comportamiento el senador propició el pago de salarios por servicios que no fueron prestados al Congreso de la República.

1.3.1.2. De los señores Daniel Silva Orrego y Carlos Alfredo Crosthwaite Ferro

Por su parte, los referidos accionantes durante su intervención - de la que aportaron resumen escrito³-, reiteraron los cargos expuestos en la solicitud de pérdida de investidura, en el sentido de señalar que las salidas del país del señor Juan David Giraldo Saldarriaga, en los períodos señalados, se realizaron en días diferentes a los de vacaciones; que si en gracia de discusión se llegase a aceptar que el Senador no conocía las salidas del país de su miembro de la UTL, se estaría frente a otro supuesto de indebida destinación de dineros públicos consistente en que el congresista certificaba labores sin verificar su cumplimiento; que el hecho de que las firmas que aparecen en las certificaciones de cumplimiento de labores correspondientes a los meses de julio de 2012 y noviembre de 2013 sean escaneadas, no son justificación razonable para librar de responsabilidad al Senador porque (i) fueron originadas en su oficina; (ii) no se hicieron en contra de su voluntad; (iii) es la misma firma escaneada que utiliza en documentos de ese tipo; (iv) tuvo validez para realizar los pagos; (v) en el expediente no se probó que una funcionaria de la UTL tuviera acceso a la rúbrica digital, de modo que solo se trató de una afirmación que se hizo en la contestación de la demanda y, en todo caso, (vi) la delegación no exime de responsabilidad en los procesos de pérdida de investidura.

En lo que toca con el asistente Álvaro Moreno Bermúdez, insisten que desempeñaba funciones en la calle 20 # 9-28 de la ciudad de Pereira, lugar donde funciona el directorio político del Partido de la U, en horario laboral.

Finalmente, señalan que el asesor Giraldo Saldarriaga estudiaba dos pregrados en la Universidad de Los Andes al mismo tiempo y en jornada diurna, lo que lleva a concluir una imposibilidad de cumplimiento de labores en la UTL.

1.3.1.3. De la procuradora delegada ante el Consejo de Estado

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, en su intervención - de la que allegó resumen escrito - ⁴, solicitó denegar la solicitud de pérdida de investidura, con base en las siguientes razones:

En lo referente a las certificaciones en las que se hace constar la prestación de servicios de los miembros de la UTL del congresista, se tiene que la Ley 527 de 1999 y sus decretos reglamentarios 1747 de 2000 y 2364 de 2012, definieron la firma digital y le dieron una serie de características que permiten deducir la

³ Folios 403 a 416.

⁴ Folios 417 a 445.

autenticidad y la voluntad del suscriptor y que por lo mismo genera una serie de responsabilidades «al mediar una entidad de certificación de esa firma que impide algún reparo frente a su autenticidad, que garantiza la integridad de la información, así como el no repudio de la misma, que consiste en el compromiso de quien firma digitalmente de no retractarse o refutar dicho acto.»

No ocurre lo mismo con la firma impresa en los oficios referidos, por cuanto, como lo precisó el grupo de Grafología Forense del Instituto de Medicina Legal, es una firma digitalizada, que pudo haber sido escaneada o fotografiada digitalmente y luego impresa, a la que no se le puede dar viso alguno de autenticidad, salvo reconocimiento del propio senador.

Si bien puede concluirse que el senador autorizó que su firma fuera digitalizada y utilizada para la certificación mensual de cumplimiento de funciones, por razones operativas, no es posible determinar que estaba enterado de los viajes del señor Giraldo Saldarriaga. No se trajo a declarar al proceso a la señora Maribel Ortiz Méndez, única persona que podría afirmar que puso en conocimiento del congresista las certificaciones antes de su envío.

Por todo lo anterior, el aspecto subjetivo de la responsabilidad del senador no se encuentra plenamente demostrado y no es posible establecer que haya incurrido en la causal de indebida destinación de dineros públicos.

En lo que respecta a la situación del señor Álvaro Moreno Bermúdez como miembro de la UTL del senador, afirma la procuradora delegada que de las pruebas aportadas al proceso, particularmente del recibo de cuatro comunicaciones del 4 y 16 de diciembre de 2013 y del 18 y 31 de enero de 2014, no se puede inferir el cumplimiento de actividad política y, mucho menos, la permanencia y exclusividad del referido servidor público en las labores del partido.

El hecho de que la oficina del senador Soto Jaramillo esté ubicada en el mismo edificio donde funciona la sede del partido no es prueba para demostrar el supuesto fáctico que aducen los accionantes como configurativo de la causal invocada. En todo caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 385 de la Ley 5.^a de 1992, el congresista está facultado para asignar funciones a sus subordinados en una sede diferente a la ciudad de Bogotá y, particularmente, en la región en que fue electo.

1.3.1.4. Del senador Carlos Enrique Soto Jaramillo

El senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, a través de apoderado, solicitó despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

No es cierto que hubiese incurrido en falta al certificar que Giraldo Saldarriaga «había cumplido sus labores a cabalidad», permitiendo la indebida destinación de dineros públicos al cancelar unos servicios no prestados; que hubiese omitido dar informes de las salidas de este del país a los encargados de pagar la nómina; y

que debía conocer de tales circunstancias dada la relación sentimental con su progenitora. Al certificar el senador lo primero, por intermedio de su asistente Maribel Ortiz Méndez, lo hizo en atención a la rendición de informes y al desarrollo de las tareas impuestas.

El señor Giraldo Saldarriaga se ausentó a espaldas del senador y así lo manifestó aquél en su declaración; suponer que por su relación sentimental con la señora madre de Juan David Giraldo era de su conocimiento la salida del país, es un simple argumento sin demostración probatoria; imponer la pérdida de investidura por un hecho ajeno, sería tanto como sancionar por omitir la vigilancia durante las 24 horas del día.

No hay culpa por el hecho ajeno; la diligencia debida no exige actuaciones ideales, sino el cumplimiento de los deberes dentro de una base razonable; en materia de pérdida de investidura se requiere de prueba contundente de que el congresista con su conducta propició una indebida destinación de dineros públicos.

Resulta violado el principio de congruencia, por no haberse planteado en la demanda el cargo relacionado con la utilización de tiempo laboral para destinarlo a estudios universitarios por parte del señor Giraldo Saldarriaga.

«En conclusión, el honorable senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, al certificar el cumplimiento de las funciones del señor Giraldo Saldarriaga, no se extralimitó; tampoco incurrió en omisión de informe acerca de las salidas del país del miembro de la UTL, ante el desconocimiento de tal circunstancia, resultando imposible atribuírsele “indebida destinación de dineros públicos”, al no aparecer acreditada “(...) la omisión de las responsabilidades administrativas del congresista”».

La indebida destinación de dineros públicos no es aplicable al congresista dado el desconocimiento que tuvo de la irregularidad cometida por el señor Giraldo Saldarriaga, pues, a aquél le resultaba imposible percatarse de la salida del país de este último; tampoco resulta predicable que, en virtud de su conducta funcional, haya cambiado o distorsionado los fines y cometidos estatales establecidos en la Constitución, la ley y el reglamento.

Por todo lo anterior, «el Senador Carlos Enrique Soto, no traicionó, cambió ni distorsionó los fines y cometidos estatales, al autorizar el pago de los estipendios al miembro de la UTL señor David Giraldo Saldarriaga, no obstante sus dos salidas del país, por desconocer tal circunstancia».

Respecto del segundo cargo, señala el apoderado del congresista que el señor Moreno Bermúdez no se desempeñó como activista político; que resulta «demasiado exegético» que por la recepción de cuatro documentos se concluya el servicio constante en una causa o partido político; que dentro de las funciones asignadas al citado miembro de la UTL se encontraba la de recibir correspondencia con el fin de elaborar su propia agenda; y que al proceso no se allegó prueba alguna que acredite que Moreno Bermúdez estuviese al servicio de causas o partidos políticos.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la solicitud de pérdida de investidura del senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 y 237.5 de la Constitución Política, 1.º de la Ley 144 de 1994 y 37, numeral 1, de la Ley 270 de 1996.

2.2. El problema jurídico

El problema jurídico consiste en dilucidar si el senador de la República, doctor Carlos Enrique Soto Jaramillo, incurrió en la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, consagrada en el numeral 4.º del artículo 183 de la Constitución Política, al certificar – con firma digitalizada impresa con sistema de impresión láser -, la prestación de servicios por todo el mes por parte de dos miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo, cuando uno de ellos realizó dos viajes por fuera del país entre el 2 y 7 de julio de 2012 y el 1.º y 12 de noviembre de 2013; y el otro, prestó servicios en la sede del Partido de la U en la ciudad de Pereira.

2.3. Marco normativo y jurisprudencial de la pérdida de investidura de los congresistas. Naturaleza de la acción

Uno de los puntos que se tuvo en cuenta para convocar la Asamblea Nacional Constituyente en la década de los noventa y expedir una nueva Constitución Política fue el alto grado de desprestigio en el cual se encontraba la institución del Congreso⁵, depositario de la soberanía popular. Los senadores y representantes

⁵ Salvamento de voto doctoras Stella Conto Díaz del Castillo y Rocío Araujo Oñate, sentencia del 22 de noviembre de 2016, expediente 11001-03-15-000-2015-02938-00, actor Juan Carlos Arango. Allí se consigna: «Cfr. Oscar ORTÍZ GONZÁLEZ, “El Capitolio incuba suicidio de su legitimidad”, en Semanario Virtual Caja de Herramientas, disponible en la red en el sitio <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0306/articulo03.html> consultado el 5 de agosto de 2016: «[e]n 1989 en Colombia era evidente el divorcio entre Estado y sociedad. Al Capitolio lo caracterizaba una enclenque legitimidad producto de un portafolio de vicios y de debilidad institucional. // Al portafolio de vicios pertenecían el ausentismo parlamentario, el turismo parlamentario, los auxilios parlamentarios, las suplencias con puerta de vaivén, el carrusel de pensiones, la inmunidad o permiso previo por parte de la Corporación para que la Justicia pudiera dar inicio a la investigación contra uno de sus integrantes. Era una zona segura para la impunidad. Por ello, hasta Pablo Escobar acampó en una curul de la Cámara de Representantes. // A la debilidad institucional en eficiencia, eficacia y representatividad había dado lugar el que sesionaran sólo cinco meses al año y el que fuera un Legislador excepcional porque quien expedía las principales leyes era el Ejecutivo, en virtud del Estado de sitio y las repetidas facultades extraordinarias al Presidente, el que no revisara la legislación expedida y el que su control político fuera raquítico, entre otras razones, porque los congresistas hacían méritos para ser nombrados ministros, embajadores, en fin, pasar a la Casa de Nariño y dejarle la curul a su suplente; el “Frente Nacional” jurídico y cultural extendido que hizo de los partidos clubes excluyentes. // El Congreso no operó como vaso comunicante entre Estado y sociedad para adecuar las instituciones y ponerlas al servicio de los ciudadanos. El Congreso no cerró la brecha entre Estado y sociedad, por el contrario, la amplió. Se convirtió en una capa aislante que desprestigió no sólo al Legislativo, sino al Estado y a la política. Erosionó nuestra democracia. // Por esas razones llegamos a una crisis no de legalidad sino de legitimidad que ningún poder constituido, ni ningún sector organizado pudo solucionar. Ello hizo

a la Cámara, en ejercicio del derecho político fundamental de elegir y ser elegidos, eran llamados a ocupar sus curules y, desbordando el marco funcional, incurrían en una serie de conductas que atentaban contra el orden jurídico, político, ético y disciplinario y, a lo sumo, recibían un reproche por parte del electorado, sin consecuencias jurídicas relevantes. Fue así que el constituyente de 1991 retomó una figura que había sido concebida en el Acto Legislativo número 1 de 1979, declarado inexecutable por defectos de forma por la Corte Suprema de Justicia⁶, mediante sentencia 57 del 3 de noviembre de 1981, y la plasmó en los artículos 183 y 184 de la Carta, como respuesta a la «deslegitimación que caracterizó durante mucho tiempo la institución congresual y (en aras de) devolverle el respeto y la dignidad que le son propios como escenario democrático por antonomasia en un Estado de derecho».⁷

Se ha sostenido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que la acción de pérdida de investidura es un instrumento para efectivizar el marco jurídico, democrático y participativo del Estado colombiano⁸, trazado desde el mismo preámbulo de la Constitución. Es, además, una acción pública de raigambre constitucional⁹ y de responsabilidad de los elegidos¹⁰ como representantes del

que el propio pueblo, liderado por un grupo de estudiantes universitarios, se auto convocara para dar la orden que se le preguntara al pueblo si quería o no convocar una Asamblea Nacional Constituyente como un cuerpo extraordinario en el que sí cupiera toda la realidad nacional que no estaba reflejada en el Capitolio, en ese momento. A esa estrategia la llamamos el plebiscito para el plebiscito. Y al primer plebiscito lo bautizamos con el nombre de 'La Séptima Papeleta'. // La Asamblea Constituyente se convocó mediante tres plebiscitos con el mandato de fundar la democracia participativa. Por ello no sólo hizo un nuevo reparto de poder dentro de las Ramas y órganos del poder público sino también entre Estado y ciudadanía que se tradujo en el reconocimiento de la soberanía popular. // En ese nuevo reparto y relacionamiento intra Estado, el Congreso fue fortalecido por la Constituyente mediante la extinción de los auxilios, el ausentismo, la inmunidad y las suplencias. Mediante el establecimiento de más tiempo de sesiones y funciones legislativas robustecidas, prevalentes, permanentes. Mediante un control político dotado hasta de moción de censura. Mediante una composición y un sistema de elección renovados. Y mediante la institución de Pérdida de Investidura como un mecanismo que le permitiera impedir que el comportamiento indecoroso de manera grave en lo político o en lo ético de un miembro del Congreso no manchara a toda la Corporación. Es un régimen más exigente que el de un servidor público corriente porque los representantes del pueblo no son servidores públicos corrientes. Son, ni más ni menos, que hilo conector entre el pueblo y el Estado, y no podemos permitir que ese hilo se vuelva a reventar. // La Pérdida de Investidura es un termostato ético que ha funcionado tan bien que no ha permitido prosperar iniciativas de cierre o anticipación de elecciones surgidas ante la narco política del proceso 8000, ante el "pomaricazo", ni ante la parapolítica o la farc política debido a que la ciudadanía ha percibido que dichas conductas generan una seria consecuencia de manera relativamente pronta. // La Pérdida de Investidura ha robustecido la legitimidad del Congreso de la República de Colombia».

⁶ Expediente 786, magistrado ponente doctor Fernando Uribe Restrepo.

⁷ Salvamento de voto doctoras Stella Conto Díaz del Castillo y Rocío Araujo Oñate, sentencia del 22 de noviembre de 2016, expediente 11001-03-15-000-2015-02938-00, actor Juan Carlos Arango.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2012, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente: 11001-03-15-000-2011-00616-00, accionante: Saúl Villar Jiménez, accionado: Juan Carlos Martínez Gutiérrez.

⁹ Artículo 40.

¹⁰ En sentencia C-319 del 14 de julio de 1994 la Corte Constitucional sostuvo: «... la pérdida de investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la transgresión al código

pueblo en relación con la dignidad, honradez, decoro, probidad, cuidado, respeto, mesura, compromiso, que comporta la investidura conferida¹¹.

La legitimación en la causa por activa para incoar la acción la tiene cualquier ciudadano, las mesas directivas del Senado y la Cámara de Representantes y el Procurador General de la Nación, directamente o por medio de sus delegados (artículos 183, 184 y 277, numerales 6 y 7, de la Constitución Política).

De otro lado, se precisa que es una acción jurisdiccional¹² autónoma¹³, cuya finalidad última es la de lograr el sometimiento de los miembros de las corporaciones públicas al orden jurídico, garantizar la transparencia absoluta en relación con sus actuaciones¹⁴, conservar la dignidad de la institución¹⁵, desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público, recuperar «el prestigio, el buen nivel [y] el tono moral»¹⁶ del órgano legislativo, consagrar un sistema más severo que esté a disposición de los ciudadanos para sancionar los comportamientos que atenten contra la dignidad de la investidura de congresista, para, de esta manera, preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política¹⁷¹⁸

También se ha dicho que el juicio¹⁹ o proceso de pérdida de investidura de los Congresistas es de naturaleza ética²⁰- pues está orientado a «dignificar y

de conducta intachable que los congresistas deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan».

¹¹ Artículo 6º de la Constitución Política.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1992, consejero ponente: Guillermo Chaín Lizcano, expediente AC-175, accionante: Carlos Espinosa Faccio Lince, accionado: Samuel Alberto Escrucería Manzi.

¹³ Sentencias C-280 de 25 de junio de 1996, Corte Constitucional, M. P. Doctor Alejandro Martínez Caballero y C-437 de 25 de septiembre de 1997, Corte Constitucional, M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2012, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente: 11001-03-15-000-2011-00616-00, accionante: Saúl Villar Jiménez, accionado: Juan Carlos Martínez Gutiérrez.

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.

¹⁶ Intervención del constituyente Guillermo Nieto Roa en la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente de 3 de abril de 1991 «Sesión Comisión 3».

¹⁷ Sobre el particular pueden citarse, entre otras, las sentencias del 17 de agosto de 1994, expediente AC-1899; 24 de agosto de 1994, expediente AC-1587; 21 de marzo de 1995, expediente AC-2362; 19 de abril de 1995, expediente AC-2444; 9 de julio de 1996, expediente AC-3577; 12 de febrero de 1997, expediente AC-4192; 12 de agosto de 1997, expediente AC-4686.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de julio de 2003, consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, expediente: 11001-03-15-000-2003-00278-01, accionante: Belma Genith Olarte Casallas, accionado: Wellington Ortiz Palacio.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-1159 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2001, consejero ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, expediente: 11001-03-15-000-2001-0098-01, accionante: Pablo Bustos Sanchez y otro, accionado: José Antonio Gómez Hermida.

enaltecer la calidad de los representantes del pueblo en las corporaciones públicas»²¹ -, sancionatoria²², punitiva²³ o disciplinaria y, por ende, sometido a los principios del debido proceso (artículo 29 constitucional), en la medida en que implica, en el fondo, una sanción por conductas en las que incurre el congresista, relacionadas con el incumplimiento de compromisos y responsabilidades de carácter ético, jurídico y político ante la colectividad, que generan consecuencias particulares, al romperse el pacto político entre la sociedad, el elector y el elegido²⁴, principio fundamental de la democracia representativa²⁵.

2.4. Causales de pérdida de investidura

Los artículos 183, 110 y 109 de la Constitución Política consagran:

Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

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

(...)

Corte Constitucional sentencia C-247 de 1995. Ver además Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de agosto de 2012, consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. expediente: 110010315000201100254-00(PI), accionante: Jesús Enrique Vergara Barreto, accionado: Héctor Javier Vergara Sierra.

²¹ Sentencias T-544 de 2004 y T- 987 de 2007

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00, accionante: Juan Carlos Arango, accionado: Luciano Grisales Londoño.

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2012, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente: 11001-03-15-000-2011-00616-00, accionante: Saúl Villar Jiménez, accionado: Juan Carlos Martínez Gutiérrez.

²⁴ Artículo 133 de la Constitución Política

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2012, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente: 11001-03-15-000-2011-00616-00, accionante: Saúl Villar Jiménez, accionado: Juan Carlos Martínez Gutiérrez.

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

(...)

Artículo 109. [Modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2009.](#)

(...)

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

Se ha reiterado que las causales expresa, objetiva y taxativamente consagradas en la Carta que dan lugar a decretar la pérdida de investidura de un congresista, como las causales propias de todo derecho sancionatorio, están sujetas a un principio imperante en el Derecho Universal, como lo es el de legalidad, que se traduce, para el caso, en su consagración constitucional o legal.²⁶ Por esa misma razón, debe tenerse presente que dichas causales son de aplicación restrictiva, esto es, no admiten interpretación extensiva o analógica, motivo por el cual deben configurarse todos los supuestos fácticos y jurídicos previstos en la norma para aplicar la consecuencia que ella determina. Así las cosas, la declaración de pérdida de investidura solo procede frente a las conductas del congresista que se adecuen a la descripción realizada por el constituyente.²⁷ Por ello, el proceso exige un examen riguroso de las circunstancias en que se produjo la conducta y con el mismo rigor se deben respetar las garantías procesales que le asisten al congresista accionado.

2.5. De la causal consagrada en el numeral 4 del artículo 183 de la Constitución Política.

2.5.1. Indebida destinación de dineros públicos

²⁶ Aclaración de voto del doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz en la sentencia del 25 de octubre de 1995, expediente AC-3007.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de junio de 2001, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, expediente: AC-2001-0069, accionante: Rafael Robles Solano, accionado: Darío Saravia Gómez

El artículo 183, numeral 4 de la Constitución Política determina que los congresistas perderán su investidura «Por indebida destinación de dineros públicos».²⁸

La causal de indebida destinación de dineros públicos no está definida en la Constitución ni en las normas legales que rigen el ejercicio de la acción de pérdida de investidura (Leyes 5.^a de 1992 y 144 de 1994)²⁹. Las referidas normas no establecen la naturaleza y alcance de la causal.³⁰ Ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación que esta, como sucede con las demás causales de pérdida de investidura, no detalla las conductas específicas que la configuran, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal donde se describen con precisión, en los respectivos tipos, las conductas que se erigen como delitos.

Por su parte, la delegataria María Teresa Garcés en su intervención en la Asamblea Nacional Constituyente, sesión plenaria llevada a cabo el 28 de mayo de 1991, indicó: «(...) en relación con el artículo octavo sobre las causales de pérdida investidura, sugiero adicionar las que están en el proyecto con otras dos causales que sería la indebida destinación de dineros públicos que ha sido una práctica reiterada del Congreso. Conocemos los casos en que no solamente han desviado dineros públicos a través de la utilización de auxilios parlamentarios en las reelecciones de los congresistas **sino también en pagar sueldos a personas que no asisten, que no trabajan en el Congreso de la República, esto claramente debe constituir una causal de pérdida de investidura**».³¹

Precisamente sobre este punto el Consejo de Estado señaló que «(...) de acuerdo con las consideraciones generales expresadas en la Asamblea Nacional Constituyente con respecto a la “indebida destinación de dineros públicos”, fuera de la enunciación general de la causal, esta no estableció un contenido específico para esa figura. La discusión sobre ella se circunscribió a establecer la causal y a hacer referencia a algunas de las conductas que eventualmente podrían llegar a determinar esa causal en concreto.// En consecuencia, ha correspondido al Consejo de Estado (art. 184 C.P), darle el alcance pertinente a la causal, especialmente porque su contenido no se encuentra definido de manera expresa

²⁸ En el mismo sentido, el artículo 296 de la Ley 5 de 1992 señala: “CAUSALES. La pérdida de la investidura se produce: (...) 4. Por indebida destinación de dineros públicos.”

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de junio de 2001, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, expediente: 11001-03-15-000-2001-0069-01, accionante: Rafael Robles Solano, accionado: Darío Saravia Gómez y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de mayo de 2014, consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00, accionante: Carlos Mario Isaza, accionado: Roy Leonardo Barreras Montealegre.

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00, accionante: Juan Carlos Arango, accionado: Luciano Grisales Londoño.

³¹ Memorias y Antecedentes artículo 183 de la Constitución Política, Asamblea Nacional Constituyente, transcripción de sesiones, sesión plenaria mayo 28 de 1991, página 59.

en la Constitución Política, ni en el artículo 296-4 de la Ley 5ª de 1992, ni en la Ley 144 de 1994».³²

De otro lado, ha señalado esta Corporación que la indebida destinación de dineros públicos «se realiza cuando un congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos. Bien puede utilizarlos o dirigirlos a actividades o propósitos no autorizados; o a aquéllos que estando autorizados no correspondan a la finalidad asignada; o a cometidos prohibidos, entre otros».³³

A título meramente ejemplificativo o enunciativo, no taxativo, y dada la necesidad de precisar el contenido de la norma³⁴, la Sala Plena ha concretado, además de los delitos de peculado por apropiación, por uso, o por aplicación oficial diferente (artículos 397, 398 y 399 del Código Penal), enriquecimiento ilícito (artículo 412 *ibídem*), interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 409 *ibídem*), y trámite de contratos sin observancia de los requisitos legales (artículo 410 *ibídem*), algunos eventos o gamas de conducta en los cuales puede incurrir el congresista para que se configure la causal, así:

- a. Cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados.
- b. Cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados.
- c. Cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.
- d. Cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas.
- f. Cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.
- g. Cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros.³⁵

³² Sentencia del 20 de septiembre de 2011, consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, radicado: 11001-03-15-000-2010-00183-00, accionante: Pablo Bustos Sánchez, accionado: Javier Enrique Cáceres Leal.

³³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de mayo de 2014, consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00, accionante: Carlos Mario Isaza, accionado: Roy Leonardo Barreras Montealegre.

³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de julio de 2002, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, expediente: 11001-03-15-000-2001-0248-01, accionante: Rubiel Orlando Espinosa, accionado: Lorenzo Rivera Hernández.

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de octubre del 2000, consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, expediente: AC-10529 y AC-10968, accionantes: Emilio Sánchez Alsina y Pablo Bustos Sánchez, accionado: Emilio Martínez Rosales. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de junio de 2001, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, expediente: AC-2001-0069, accionante: Rafael Robles Solano, accionado: Darío Saravia Gómez. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 1.º de diciembre de 2016, radicado: 54001-23-33- 000-2016-00135-01, accionante: José Fuentes Contreras, accionado: Félix Adolfo Muñoz Luna. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2001, consejero ponente: Juan Ángel Palacio

En estas condiciones, la causal se configura, de un lado, por conductas catalogadas como delitos, frente a los cuales existe una precisa regulación legal y, de otro, por actuaciones que escapan de la órbita de lo penal, pero no por ello dejan de contrariar el interés público, institucional y social. En el primer evento, es evidente que una misma conducta puede generar diferentes tipos de responsabilidad, sin que pueda hablarse de una violación al principio *non bis in idem*, pues, se reitera, la acción penal y la acción de pérdida de investidura, son dos acciones independientes, autónomas, diferenciables y separables.

En este sentido, es necesario aclarar, además, que el parágrafo segundo del artículo 296 de la Ley .5ª de 1992 que establecía como condición previa para decretar la pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, que se hubiera proferido sentencia penal ejecutoriada, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-319 de 1994, al considerar, básicamente, que esa condición no estaba prevista en el numeral 4.º del artículo 183 de la Constitución Política. Por lo tanto, ha dicho la jurisprudencia, el juicio que haga el Consejo de Estado sobre los hechos para establecer si se configura o no la causal de pérdida de investidura es independiente del que pueda hacer el juez penal, para determinar si esos mismos hechos son o no constitutivos de un ilícito penal³⁶.

Hincapié, expediente: 11001-03-15-000-2001-0098-01, accionante: Pablo Bustos Sánchez y otro, accionado: José Antonio Gómez Hermida.

³⁶ En sentencia de 30 de mayo de 2000, exp. AC-9877, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, dijo la Sala: “[L]a indebida destinación de dineros públicos no necesariamente se configura, ni mucho menos exclusivamente, porque la utilización, ordenación o aplicación de esos específicos dineros públicos por parte del congresista se realice en forma ilícita, esto es, con transgresión de los linderos del derecho penal. En otros términos, no es de la esencia, ni tampoco el único comportamiento para la estructuración de dicha causal, que la conducta del congresista sea constitutiva o esté tipificada en la ley penal como hecho punible.” Entre la gama de conductas que pueden dar lugar a la causal en cuestión, si bien algunas de ellas al tiempo se encuentran definidas en la legislación penal como delitos, tales como el peculado (por apropiación, por uso, o por aplicación oficial diferente (arts. 133, 134 y 136 del C.P.), el enriquecimiento ilícito (art. 148 del C.P.), el interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145 del C.P.), el trámite de contratos sin observancia de los requisitos legales (art. 146 del C.P.), ellas no son las únicas a las que se refiere el numeral 4º del artículo 183 de la Constitución, por cuanto existen otras más que perfectamente pueden quedar comprendidas en esta específica causal de pérdida de investidura, en tanto consistan en la aplicación de dineros públicos a una finalidad o propósito diferente o contrario al legal o reglamentariamente preestablecido, sin que necesariamente las mismas estén tipificadas como delitos”. Ver sentencias de la Sala Plena del Consejo de Estado del 14 de julio de 2015, consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, radicado: 11001-03-15-000-2012-01350-00, accionante: Jorge Alberto Méndez García, accionado: Amanda Ricardo de Páez; del 30 de julio de 2002, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, expediente: 11001-03-15-000-2001-0248-01, accionante: Rubiel Orlando Espinosa Triana, accionado: Lorenzo Rivera Hernández; del 20 de septiembre de 2011, consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, expediente: 11001-03-15-000-2010-00183-01, accionante: Pablo Bustos Sánchez, accionado: Javier Enrique Cáceres Lea; del 6 de mayo de 2014, consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente: 11001-03-15-000-2013-0865-00, accionante: Carlos Mario Isaza Serrano, accionado: Roy Leonardo Barreras Montealegre; y del 22 de noviembre de 2016, consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00, accionante: Juan Carlos Arango, accionado: Luciano Grisales Londoño.

2.5.2. Elementos tipificadores de la causal en comento

El análisis gramatical por grupos sintácticos de la causal de indebida destinación de dineros públicos permite establecer lo siguiente: (i) sujeto oracional «los congresistas»; (ii) verbo «perderán»; (iii) complemento directo «su investidura»; y (iv) complemento circunstancial de causa «por indebida destinación de dineros públicos».

Más concretamente, en sentencia del 5 de febrero de 2001, esta Sala Plena indicó: «Además, el sentido natural y obvio de las palabras que componen el enunciado del pretranscrito numeral 4.º hace suficiente para tenerlo como una descripción típica completa, en tanto indica el sujeto activo de la misma (congresista), el verbo rector (destinar), la circunstancia de modo que la cualifica, esto es, que sea indebida, y el objeto sobre el cual recae la acción, que viene a ser el bien jurídico protegido: los dineros públicos, así como la consecuencia de su realización, la pérdida de la investidura de congresista».³⁷

En sentencia del 30 de mayo de 2000, expediente AC-9877 se dijo: « (...) el elemento tipificador de la causal de pérdida de investidura en referencia, está en el hecho de que el congresista, en su condición de servidor público, que lo es (art. 123 de la Constitución), con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas, etc.»³⁸

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de febrero de 2001. consejero ponente: Germán Ayala Mantilla, expediente: AC-10528 y AC-10967, accionante: Jorge Iván Manzano Quintero y otros, accionado: Juan Ignacio Castrillón Roldán.

³⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de mayo del 2000, consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, expediente AC-9877, accionante: Emilio Sánchez Alsina Consejo de Estado. Ver, además, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de junio del 2000, consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: AC-9875 y AC-9876, accionante: Emilio Sánchez Alsina, accionado: Armando de Jesús Pomarico Ramos. En el mismo sentido ver sentencias del 4 de septiembre de 2012, expedientes 2011-00616-00, consejero ponente: Mauricio Fajardo y del 14 de julio de 2015, expediente 2012-01350-00, consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. «La indebida destinación de dineros públicos, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, se presenta cuando: (i) el congresista, en su condición de servidor público, con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados; o (ii) aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o (iii) la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; o (iv) pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas». Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de febrero de 2011, consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicado: 11001-03-15-000-2010-00990-00, accionante: César Julio Gordillo Núñez, accionado: Rubén Darío Rodríguez Góngora. Ver, además, Consejo de Estado, Sala Plena

Y en sentencia del 22 de julio de 2003 se indicó: «En consecuencia y de acuerdo con la jurisprudencia transcrita se deduce que para la configuración de la causal de indebida destinación de dineros públicos prevista en el num. 4º del art. 183 de la Constitución Política (reproducida en el num. 4º del art. 298 de la Ley 5ª de 1992) se destacan o requieren **dos elementos como son la conducta y el fin. // La conducta.** El sujeto activo que la desarrolla debe ser el congresista y que en su condición de servidor público, ejerza competencias para las cuales fue investido. // **La finalidad.** Que al ejercer dichas competencias (ordenar, señalar, aplicar o determinar algo) **traicione, cambie o distorsione los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento al destinar los dineros públicos** a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas, etc.». ³⁹

En esta oportunidad, estima la Sala pertinente clarificar que de acuerdo a la estructura de la norma y los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para que se configure la causal se requieren tres presupuestos o elementos:

- (i) Que se ostente la condición de congresista;
- (ii) Que se esté frente a dineros públicos; y
- (iii) Que estos sean indebidamente destinados.

Cuando no se presentan esos elementos y se contraría el ordenamiento jurídico, se está en presencia de irregularidades que pueden dar lugar a sanciones penales o disciplinarias, mas no a la pérdida de investidura. ⁴⁰

Procede la Sala a estudiar cada uno de los elementos referidos, así:

2.5.2.1. Que se ostente la condición de congresista

De conformidad con las nítidas voces del artículo 123 constitucional los miembros de las corporaciones públicas, entre ellos los congresistas, son servidores públicos y, por ende, deben cumplir sus funciones dentro del ámbito fijado por la Constitución, la ley y el reglamento. Cuando desborden el marco de sus

de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de septiembre de 2011, consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, expediente: 11001-03-15-000-2010-01357-00, accionante: Fernando Augusto Ramírez Guerrero, accionado: Luis Enroque Salas Moisés.

³⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de julio de 2003, consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, expediente: 11001-03-15-000-2003-00278-01, accionante: Belma Genith Olarte Casallas, accionado: Wellington Ortiz Palacio.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de septiembre del 2000, consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, expediente: AC-10753, accionante: Miguel Ángel Castillo, accionado: Antenor Durán Carrillo

competencias e incurran en conductas como las señaladas anteriormente, son destinatarios de la sanción precisada por el constituyente.

A tono con la preceptiva jurídica que gobierna la materia y con los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio «(...) la configuración de la causal requiere como supuesto necesario que la persona a quien se le endilga tenga en el acto la condición de congresista, de modo que comporta inevitablemente un sujeto pasivo con esa específica cualificación, pues está referida exclusivamente para los congresistas. Por lo tanto, la indebida destinación de dineros públicos que se le atribuya tiene que haberse dado con su participación como miembro del Congreso de la República.»⁴¹

Ahora bien, la causal de pérdida de investidura en estudio se configura bien frente a la conducta de quien administra directamente el erario⁴² o bien frente a quien no tiene competencias de ordenación del gasto, pero a través de su actuación tiene injerencia en este. En torno a este punto se ha dicho también que la Constitución Política al consagrar la causal no estableció que la destinación tenía que ser directa sino que es plausible que sea indirecta, como «cuando utiliza intangibles o contratos como instrumentos para desviar los dineros públicos a fines distintos de los previstos en las disposiciones legales y reglamentarias».

En este orden de ideas «Ha precisado la Sala que se incurre en indebida destinación de dineros públicos, de manera directa, al aplicar los recursos a propósitos prohibidos, no autorizados, injustificados o innecesarios, o de manera indirecta, cuando los dineros se aplican a fines diferentes de los que justificaron la disposición del gasto. Por lo tanto, que en dicha prohibición puede incurrir no sólo el ordenador del gasto, sino todo congresista cuando cambia la destinación de los recursos públicos».⁴³

En sentencia de 2001, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación fue más precisa y señaló:

⁴¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de junio de 2006, consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, expediente: 11001-03-25-000-2005-01365-00, accionante: María del Pilar Otálora Ortiz, accionado: Héctor José Ospina Avilés.

⁴² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de mayo de 2000, consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente: AC-9878, accionante: Emilio Sánchez Alsina, accionado: Luis Norberto Guerra Vélez. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de agosto de 2008, consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón, expediente: 11001-03-15-000-2008-00578-00, accionante: Mauricio Mateus Rodríguez, accionado: Orsinia Patricia Polanco Jusayú.

⁴³ Es por ello que el Consejo de Estado ha decretado la pérdida de investidura no solamente ante la indebida destinación de dineros públicos causada por los congresistas cuando actúan como ordenadores del gasto, sino en situaciones donde se utilizan instrumentos idóneos para cambiar la destinación de los dineros públicos. Por ejemplo, en sentencias de 23 de mayo de 2000, exp. AC-9878, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; de 30 de mayo de 2000, exp. AC-9877, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; de 5 de febrero de 2001, exps. AC-10528 y AC-10967, C.P. Germán Ayala Mantilla; de 8 de agosto de 2001, exps. AC-10966 y AC-11274, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá; de 8 de agosto de 2001, exp. AC-12546, C.P. María Elena Giraldo Gómez y de 13 de noviembre de 2001, exp. 11001-03-15-000-2001-0101-01, C.P. Ligia López Díaz.

La Sala ha adoptado una postura interpretativa, del concepto jurídico de dineros públicos que permite, dentro de la vocación constitucional, hacer efectivas las acciones e instituciones que buscan imprimirle transparencia a la actividad pública.

En efecto, con la consideración del concepto “dineros públicos” restringida al tema monetario, únicamente los ordenadores del gasto podrían ser requeridos por su destinación indebida, es decir se trataría de una norma que hasta 1994 habría estado destinada exclusivamente a la pérdida de investidura de los miembros de las Mesas Directivas de la Cámara y del Senado, esto es, en cada vigencia, a seis personas, toda vez que de conformidad con el artículo 40 de la ley 5ª de 1992, «La Mesa Directiva de cada Cámara se compondrá de un Presidente y dos Vicepresidentes» y según el artículo 91 de la ley 38 de 1989 «En el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las mesas directivas de cada Cámara». Esta norma fue subrogada por la ley 174 de 1994 y compilada en el Decreto Orgánico del Presupuesto, D.111 de 1996, artículo 110, en el que se dispone que las facultades de ordenación del gasto «estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo» y que se ejercerán de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes. Por lo tanto, a partir de 1995, la causal se limitaría a 2 personas por vigencia: Los Presidentes de la Cámara y del Senado o a quienes ellos deleguen conforme a la ley.

Es por ello que el Consejo de Estado ha decretado la pérdida de investidura no solamente ante la indebida destinación de dineros públicos causada por los congresistas cuando actúan como ordenadores del gasto, sino en situaciones donde se utilizan instrumentos idóneos para cambiar la destinación de los dineros públicos como ha ocurrido frente a la contratación pública⁴⁴, los anticipos⁴⁵ y las autorizaciones.⁴⁶

⁴⁴ Cita original: Sentencia de 23 de mayo de 2000, Expediente AC-9878, M. P. Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Demandado Luis Norberto Guerra Vélez, Primer Vicepresidente de la Cámara de Representantes; Sentencia de 30 de mayo de 2000, Expediente AC-9877, M. P. Doctor Germán Rodríguez Villamizar, Demandado Octavio Carmona Salazar, Segundo Vicepresidente de la Cámara de Representantes; Sentencia de 5 de febrero de 2001, Expedientes acumulados AC-

Y con más exactitud, en sentencia del 24 de febrero de 2004, expediente 11001-03-15-000-2003-1149-01 (PI), sostuvo:

De otra parte y en relación con la forma como puede configurarse la causal, ha precisado esta Sala que ella se presentará no sólo cuando la conducta sea realizada por los congresistas que tienen a su cargo la ordenación del gasto -esto es, los presidentes de las dos cámaras legislativas, de conformidad con lo dispuesto en los artículo 51 de la Ley 179 de 1994, recogido en los artículos 110 del Decreto 111 de 1996 y 43 de la Ley 5ª de 1992-, sino también cuando cualquier otro congresista dé lugar, con su actuación, a la destinación indebida de los dineros públicos, en los términos en que la misma ha sido concebida por la corporación. Y se ha explicado recientemente que, en el primer caso, la causal se configurará de manera directa, y en el segundo de manera indirecta.⁴⁷

Conforme a lo anterior, resulta claro, adicionalmente, que la indebida destinación de dineros públicos puede tener lugar cuando, al efectuarse la ordenación del gasto, aquéllos se aplican a propósitos prohibidos, no autorizados, injustificados o innecesarios, y también cuando, luego de efectuada la ordenación del gasto, los mismos dineros, o los bienes o servicios adquiridos con ellos, se aplican a fines diferentes de los que justificaron tal ordenación. En todas estas situaciones, en efecto, la causal se configurará en la medida en que resulte modificado o distorsionado el destino último que, con fundamento en las disposiciones constitucionales o legales, debían tener los dineros públicos.⁴⁸

10528 y AC-10967, M. P. Doctor Germán Ayala Mantilla, Demandado Juan Ignacio Castrillón Roldán, Vicepresidente de la Cámara de Representantes.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de agosto de 2001, consejero ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, expedientes acumulados AC-10966 y AC-11274, accionante: Procuraduría Tercera Delegada ante lo Contencioso Administrativo y otro, accionado: Darío Saravia Gómez.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de agosto de 2001, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, expediente AC-12546, accionante: Francisco Joel Ángel Gómez, accionado: Luis Alfonso Hoyos Aristizabal.

⁴⁷ Ver sentencia del 13 de noviembre de 2001, expediente 11001-03-15-000-2001-0101-01, solicitud de pérdida de la investidura del Representante a la Cámara Franklin Segundo García Rodríguez.

De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que el sujeto de la oración de la causal contemplada en el artículo 183.4 de la Constitución Política es cualquier congresista, sea este ordenador de gasto, en condición de presidente de Cámara y Senado, o sin esa atribución, como cuando tiene injerencia en la destinación de dineros públicos a través de la contratación, anticipos, autorizaciones o certificaciones, pues como se ha dicho «(...) no es necesario que el sujeto activo de la causal ostente la condición de nominador u ordenador del gasto, basta con que deba respetar, defender y cuidar el patrimonio público, toda vez que es imperativo cuidar los bienes del Estado para evitar su menoscabo».⁴⁹

2.5.2.2. Que se esté frente a dineros públicos

Son recursos públicos todos aquellos que provienen de una actividad económica del Estado y se integran al ciclo presupuestal con el propósito de ser redistribuidos para la satisfacción de las necesidades que demanda el interés general.

También hacen parte de los recursos públicos, los ingresos que se obtienen en el ejercicio de la potestad fiscal del Estado, los cuales se clasifican de acuerdo con la ley del presupuesto nacional en el componente de rentas del Estado.

Dentro de dicho componente se encuentran los ingresos corrientes de la Nación, que a su vez son de origen tributario y no tributario, directos (cuando gravan la renta), e indirectos (cuando gravan el consumo); al lado de los ingresos fiscales, también se recaudan recursos por rentas de capital, excedentes financieros, rentas contractuales, privatizaciones, participaciones accionarias y utilidades comerciales.

Esta especie de recursos puede denominarse, genéricamente, como recursos financieros activos del Estado.

Desde otro punto de vista, se puede hablar de recursos públicos no financieros, entre los que se cuentan los recursos naturales, los que resultan de la explotación del suelo y del subsuelo y de las demás categorías que conforman el territorio nacional, como las áreas marítimas de comercialización y el espectro electromagnético, de los cuales se derivan rentas que se materializan en ingresos para la Nación.

Son recursos públicos porque son reglamentados y administrados por el Estado y tienen como finalidad específica atender las necesidades de la población en materia de servicios públicos, con una prestación eficiente y de calidad para el acceso por parte de los ciudadanos. La vigilancia de la gestión de estos recursos, también recae en el Estado a través de los organismos de control fiscal integrados

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de febrero de 2004, consejero ponente: Alier Hernández Enríquez, expediente: 11001-03-15-000-2003-1149-01, accionante: Álvaro Gutiérrez Marengo, accionado: Dieb Nicolás Maloof Cuse.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de mayo de 2014, consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00, accionante: Carlos Mario Isaza Serrano, accionado: Roy Leonardo Barreras Montealegre.

por la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales; a su vez, existen otros organismos que vigilan y regulan la actividad fiscal, como la Auditoría General de la Nación y la Contaduría General de la República.

Ahora bien, el salario es la contraprestación que recibe una persona empleada para la ejecución de una obra o labor determinada a favor de un empleador.

Para el caso de los empleados públicos, la determinación del salario recae sobre la competencia compartida entre el poder legislativo que, de conformidad con el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, expide una ley marco de salarios y prestaciones del sector público, como ocurre en Colombia con la Ley 4.^a de 1992, y el Gobierno Nacional, quien debe expedir anualmente el Decreto de salarios para las diferentes categorías de empleos públicos y para todas las ramas del poder público.

Dentro del ciclo presupuestal, los salarios hacen parte del componente de gastos y específicamente los gastos de funcionamiento. Cada organismo que hace parte del Presupuesto Nacional debe estimar anualmente el monto de este rubro para que a través del Gobierno sea presentado el proyecto de presupuesto ante el Congreso de la República, donde el gasto es decretado, conforme al «principio de legalidad del gasto»; quiere decir, que no puede ejecutarse ningún gasto que no haya sido previamente apropiado por el Gobierno y decretado por el Congreso de la República.

Siendo así, el gasto se financia con las rentas del presupuesto y los salarios que se pagan a los empleados públicos, hacen parte de los recursos públicos.

«En relación con el elemento “dineros públicos” el Consejo de Estado ha acogido interpretaciones que van desde la limitación de este concepto a “un símbolo”, “un medio de cambio económico” hasta señalar que “no es posible extender o ampliar su alcance a todo bien o servicio cuantificable en dinero, es decir, aquellos bienes que tienen un precio, un valor de cambio establecido”, porque la norma se refiere a dineros públicos y no a bienes públicos o fiscales. En los últimos años, el Consejo de Estado ha ampliado el concepto, comprendiendo dentro de la causal que se analiza, la existencia de instrumentos idóneos para la desviación de dineros públicos como ha ocurrido con la autorización y celebración de contratos estatales, la entrega de anticipos a los contratistas **y las autorizaciones para realizar pagos de salarios.**» No obstante esta posición jurisprudencial, han existido voces dentro de la misma Corporación que han pretendido ampliar el concepto de dineros públicos a la hacienda pública, entendida como el “conjunto de haberes, bienes, rentas, impuestos, etc., correspondientes al Estado para satisfacer las necesidades de la Nación”⁵⁰. También se ha llamado la atención en la necesidad de no limitar el concepto a la idea de “moneda”, para evitar “que la prohibición constitucional quede vaciada de contenido”⁵¹ (...) Se ha estimado que

⁵⁰ Salvamento de voto del Consejero Libardo Rodríguez a la Sentencia AC- 4734 del 2 de julio de 1997, M.P. Dr. Germán Ayala.

los dineros públicos -en plural- son el género y hacen relación a su representación “porque la Hacienda Pública se nutre de dineros provenientes de los impuestos, las tasas, las contribuciones, las cuotas parafiscales, los recursos provenientes del crédito interno y externo, entre otros, y todos estos dineros pueden estar representados en moneda, nacional o extranjera, en recursos financieros o en bienes y servicios (...) No tendría lógica ni sería equitativo que pueda perderse la investidura porque se destinen indebidamente los dineros representados en moneda, mientras que tratándose de bienes o recursos de capital o de servicios, que los representan, no se cause la indignidad ni se evidencie la falta de honestidad de quienes malversen los dineros públicos, es decir, la hacienda pública». ⁵²

Por su parte, en sentencia del 13 de noviembre de 2001, se indicó que «los dineros públicos, es decir, el caudal del Estado conformado por los impuestos, las tasas, las contribuciones y los recursos del capital deben cumplir la destinación prevista en el respectivo Presupuesto, de suerte que se haga efectivo el mandato del artículo 345 de la Constitución Política». ⁵³

Conforme a este examen conviene precisar que el dinero es un instrumento material que está al servicio de los agentes que participan en el ámbito económico de un mercado bajo las reglas de la oferta y la demanda, para intercambiar bienes y servicios originados bien sea a través de la producción nacional de un país, o en los mercados de transacción internacional a través de las exportaciones o las importaciones, según que actúen como industriales o bien como comerciantes, respectivamente.

Para facilitar la circulación del dinero en mercados de escala, se adoptan diversas formas de expresión nominal, como circulante en efectivo o representado en títulos de diversa naturaleza de contenido económico, como pagarés, bonos, acciones y demás medios habilitados para las transacciones comerciales.

Por su parte, el dinero que circula entre el público para atender sus obligaciones y necesidades básicas como educación, salud, vivienda, recreación, es aquel que proviene de la emisión oficial a cargo del Banco de la República. Este circulante se obtiene como producto de las actividades privadas de las personas, las que, a su vez, pueden ser de carácter comercial o de carácter laboral.

En el ámbito laboral, tanto los empleados del sector privado como los trabajadores oficiales, los empleados públicos, los miembros de la Fuerza Pública, los empleados del Banco de la República perciben su ingreso, en forma de dinero,

⁵¹ Salvamento de voto del Consejero Manuel Urueta a la sentencia del 2 de julio de 1997, expediente AC-4734, M.P. Dr. Germán Ayala.

⁵² Aclaración de voto de la Consejera Ligia López Díaz a la Sentencia AC- 11.759 del 5 de junio de 2001, M.P. Dr. Manuel Urueta

⁵³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de noviembre de 2001, consejera ponente: Ligia López Díaz, expediente: 11001-03-15-000-2001-0101-01, accionante: Abel Benito Castro, accionado: Franklin Segundo García Rodríguez.

como contraprestación de una relación contractual consensuada con su empleador o como consecuencia de una relación legal y reglamentaria.

Como quedó visto, sobre la alocución «dinero público» que hace parte integral de la descripción típica que contiene el artículo 183 numeral 4 de la Constitución Política, refiriéndose a las causales de pérdida de investidura de los congresistas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha concluido que el aspecto relevante, objeto de demostración probatoria, es el uso indebido que se haga de dichos recursos.

La Sala considera, entonces, que los dineros públicos, es decir, el caudal del Estado conformado por los impuestos, las tasas, las contribuciones y los recursos del capital, deben cumplir la destinación prevista en el respectivo Presupuesto, de suerte que se haga efectivo el mandato del artículo 345 de la Constitución Política.

En todo caso, se ha adoptado una postura interpretativa del concepto jurídico de dineros públicos que permite, dentro de la vocación constitucional, hacer efectivas las acciones e instituciones que buscan imprimirle transparencia a la actividad pública.

En efecto, con la consideración del concepto «dineros públicos» restringida al tema monetario, únicamente los ordenadores del gasto podrían ser requeridos por su destinación indebida, es decir, se trataría de una norma que hasta 1994 habría estado destinada exclusivamente a la pérdida de investidura de los miembros de las Mesas Directivas de la Cámara y del Senado. Según el artículo 91 de la Ley 38 de 1989 «En el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las mesas directivas de cada Cámara».

Esta norma fue subrogada por la Ley 174 de 1994 y compilada en el Decreto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996, artículo 110, en el que se dispone que las facultades de ordenación del gasto «estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo» y que se ejercerán de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes.

En síntesis, habrá de concluirse que los recursos recaudados del público por los canales de las autoridades fiscales del Estado ingresan como dinero en sentido amplio y se transforman en recursos públicos cuando son administrados por aquellos servidores que señale la ley o el reglamento, según el caso.

Dentro de este contexto, la positivización del término «dinero público» debe interpretarse, en su acepción lógica de la voluntad constituyente, que se trata de recursos públicos que administra el Estado. Bajo este razonamiento, el salario que se paga a través de la nómina de personal de las entidades públicas, se expresa en dinero público.

El otro extremo que se debe analizar alrededor del concepto de dinero público es el de su administración. Como ya se anotó, el dinero es un medio comercial para facilitar las transacciones necesarias dentro de un mercado; mientras que el salario se circunscribe al ámbito de los gastos dentro del presupuesto nacional, es decir, que se trata de una función eminentemente reglada que escapa a la liberalidad de los administradores de los recursos.

Así, el pago de toda obligación a cargo de una entidad del Estado, debe estar previamente respaldada en los instrumentos procesales y contables tales como los certificados de disponibilidad presupuestal y los registros presupuestales. Si bien es cierto la disposición final de ese recurso público se expresa en forma de dinero que recibe el empleado, la administración de las cuentas por donde circulan dichos recursos, corresponde a la autoridad de hacienda pública que interviene en el ciclo presupuestal, valga decir, el Ministerio de Hacienda y la Dirección General del Tesoro Público.

Bajo este entendimiento, es fácil concluir que solamente las autoridades fiscales del Estado están en capacidad de administrar el dinero que circula por los canales de las cuentas públicas, valga decir, los que provienen del público a través del pago de los impuestos, tasas y contribuciones; los demás agentes que intervienen en el flujo de los recursos son ejecutores del gasto, cuando reciben los recursos, una vez cumplidas las etapas del mencionado ciclo presupuestal, como ocurre cuando se ha expedido el Decreto Ejecutivo de Liquidación del Presupuesto, conforme lo dispone el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996 y sus disposiciones complementarias, y se han hecho las transferencias a cada entidad por medio del Plan Anualizado de Caja (PAC artículo 73 ibídem), cuando han sido previamente inscritas las obligaciones a su cargo, tanto para las acreencias contractuales, como para los gastos de funcionamiento e inversión, entre los que se encuentran los recursos para el pago de la nómina.

Para el caso de los recursos asignados al Congreso de la República con la finalidad de pagar la nómina de sus empleados públicos, incluidos aquellos que están adscritos a las unidades de trabajo legislativo, intervienen como ordenadores del gasto el Director General, cuando se trata del Senado; y la Mesa Directiva, cuando se destinan para la Cámara de Representantes, previa certificación de cumplimiento de labores expedida por el respectivo Congresista.

2.5.2.3. Que los dineros públicos sean indebidamente destinados

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra «**destinación**» como acción y efecto de «destinar», vocablo que a su turno significa ordenar, señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto, y la palabra «**indebido**» como aquello que no es obligatorio ni exigible o que es ilícito, injusto y falto de equidad. Partiendo de esa concepción, se ha dicho que por destinación indebida, desde el punto de vista jurídico, debe entenderse aquella que recae o se aplica a un fin o propósito distinto, o contrario al que legal o

reglamentariamente se encuentra previsto o destinado a un determinado bien, o cuando versa sobre algo prohibido, ilícito o injusto, o innecesario.⁵⁴

Cabe reiterar que la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho, en múltiples oportunidades, que aun cuando la generalidad de los congresistas no son ordenadores del gasto, no por ello dejan de ser destinatarios de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos. Una lectura diferente conduce a concluir que la norma resulta inane.

En este sentido se ha aclarado que «El énfasis interpretativo de la causal no ha de colocarse sobre la expresión “dineros públicos” sino sobre la forma en que se puede llevar a cabo su correcta destinación. En efecto, para la Sala, la indebida utilización de dineros públicos, puede llevarse a cabo de dos formas diferentes, de manera directa o de manera indirecta. Será directa cuando el congresista - con capacidad de ordenación del gasto - dispone ilícitamente de recursos del erario, bien sea para obtener finalidades particulares (a través, por ejemplo, de la celebración de contratos estatales sin establecer su necesidad, oportunidad o conveniencia, tal y como se examinó en la sentencia del 20 de junio de 2000, Expedientes AC-9875 y AC-9876) o para ordenar una destinación diferente a la establecida en el Presupuesto para esos dineros públicos. Y se presentará la destinación indirecta cuando a pesar de haber sido ordenado el gasto para el objeto previsto en el respectivo Presupuesto, **el congresista propicia con su conducta una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados**».⁵⁵

El anterior criterio fue reiterado por la Sala al señalar que la causal se configura «(...) no sólo cuando la conducta sea realizada por los congresistas que tienen a su cargo la ordenación del gasto -esto es, los presidentes de las dos cámaras legislativas, de conformidad con lo dispuesto en los artículo 51 de la Ley 179 de 1994, recogido en los artículos 110 del Decreto 111 de 1996 y 43 de la Ley 5ª de 1992-, sino también cuando cualquier otro congresista **dé lugar, con su actuación, a la destinación indebida de los dineros públicos**, en los términos en que la misma ha sido concebida por la corporación. Y se ha explicado recientemente que, en el primer caso, la causal se configurará de manera directa, y en el segundo de manera indirecta».⁵⁶

⁵⁴ Cita original: Expediente AC-9877. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Demandado: Octavio Carmona Salazar. Ver, además, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de julio de 2002, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, expediente: 11001-03-15-000-2001-0248-01, accionante: Rubiel Orlando Espinosa Triana, accionado: Lorenzo Rivera Hernández.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de noviembre de 2001, consejera ponente: Ligia López Díaz, expediente: 11001-03-15-000-2001-0101-01, accionante: Abel Benito Castro, accionado: Franklin Segundo García Rodríguez.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de febrero de 2004, consejero ponente: Alier Hernández Enríquez, expediente: 11001-03-15-000-2003-1149-01, accionante: Álvaro Gutiérrez Marengo, accionado: Dieb Nicolás Maloof Cuse.

Y más recientemente se dijo: «De lo arriba expuesto, se sigue que la interpretación en sentido amplio en la sentencia en comento, es el concepto de **indebida destinación**, tanto que se pone de presente que no fue restringido por el constituyente, razón por la cual la Corporación tampoco lo ha hecho en sus interpretaciones, so pena de desconocer el principio de interpretación hermenéutica que así lo impide; por el contrario, la Sala ha entendido como **indebida destinación** los casos en que el Congresista, sin ser ordenador del gasto, utiliza instrumentos idóneos para cambiar la destinación de los dineros públicos como ha ocurrido frente a la contratación pública⁵⁷, los anticipos⁵⁸ y las autorizaciones⁵⁹. Incluso, lo ha entendido así, en los eventos de cesión de tiquetes aéreos⁶⁰, la asignación de funciones distintas a los funcionarios públicos de las Unidades de Trabajo Legislativo⁶¹, el desarrollo de funciones a esos mismos funcionarios en lugares diferentes al sitio de trabajo y por motivaciones que no consultan el servicio público⁶², entre otros.»⁶³

Es suma, puede decirse que la causal se materializa cuando el congresista, en su condición de servidor público, de manera directa o indirecta, destina dinero público, a fines diferentes a los establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, en provecho propio o de un tercero, independientemente de que dicha actuación configure un delito penal.⁶⁴ Lo importante es que la conducta del

⁵⁷ Cita original: Sentencia de 23 de mayo de 2000, Expediente AC-9878, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, demandado Luis Norberto Guerra Vélez, Primer Vicepresidente de la Cámara de Representantes; sentencia de 30 de mayo de 2000, Expediente AC-9877, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, demandado Octavio Carmona Salazar, Segundo Vicepresidente de la Cámara de Representantes; sentencia de 5 de febrero de 2001, expedientes acumulados AC-10528 y AC-10967, M.P. Germán Ayala Mantilla, demandado Juan Ignacio Castrillón Roldán, Vicepresidente de la Cámara de Representantes. En estas oportunidades se juzgó la conducta de unos Congresistas, quienes en su calidad de miembros de la mesa directiva de la Cámara de Representantes, dispusieron y avalaron una serie de contrataciones, desconociendo lo establecido en las normas presupuestales y los principios de la contratación pública.

⁵⁸ Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, expedientes acumulados AC-10966 y AC-11274, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, demandado Darío Saravia Gómez, Representante a la Cámara. En esta oportunidad, se probó que los dineros públicos pagados a un contratista a título de anticipo fueron destinados al pago de comisiones por la adjudicación del contrato a favor del congresista demandado y, en consecuencia, se declaró la pérdida de investidura.

⁵⁹ Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, expediente AC-12546, M.P. Elena Giraldo Gómez, demandado Luis Alfonso Hoyos Aristizabal, Senador.

⁶⁰ Cita original: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 13 de noviembre de 2001, exp. 2001-0101-01 (PI), M.P. Ligia López Díaz.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de septiembre de 2011, consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, expediente: 110010315000201001357-00, accionante: Fernando Augusto Ramírez Guerrero, accionado: Luis Enrique Salas Moisés

⁶² Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, expediente AC-12546, M.P. Elena Giraldo Gómez, demandado Luis Alfonso Hoyos Aristizabal, Senador.

⁶³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de julio de 2015, consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, expediente: 11001-03-15-000-2012-01350-00, accionante: Jorge Alberto Méndez García, accionado: Amanda Ricardo de Páez.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00, accionante: Juan Carlos Arango, accionado: Luciano Grisales Londoño.

congresista sea determinante del detrimento patrimonial del Estado, al aplicar los dineros públicos a un fin no autorizado.⁶⁵

2.6. Hechos probados

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.6.1. La calidad de Congresista del señor Carlos Enrique Soto Jaramillo

El 20 de enero de 2015⁶⁶, el subsecretario del Consejo Nacional Electoral certificó que el señor Carlos Enrique Soto Jaramillo fue elegido senador de la República, inscrito por el Partido Social de la Unidad Nacional, para los períodos constitucionales 2010-2014 y 2014-2018, según Resoluciones 1787 de 18 de julio de 2010 y 3006 de 17 de julio de 2014, respectivamente.

2.6.2. Conducta del senador en relación con su asesor Juan David Giraldo Saldarriaga

El señor Juan David Giraldo Saldarriaga laboró al servicio del Senado de la República primero en el cargo asistente y luego en el cargo de asesor I⁶⁷ senatorial en la Unidad de Trabajo Legislativo del congresista Carlos Enrique Soto Jaramillo, desde el 9 de septiembre de 2010 hasta el 21 de julio de 2014⁶⁸. La calidad de empleado público se desprende del contingente documental que obra dentro del proceso, particularmente, de la copia del acto administrativo por el cual fue ascendido al cargo de asesor, grado 1, de la Unidad de Trabajo Legislativo del Senador Carlos Enrique Soto Jaramillo - Resolución 433 del 7 de mayo de 2013, proferida por la directora general administrativa del Senado de la República – ⁶⁹; de la copia del acto administrativo por medio del cual fue declarado insubsistente su nombramiento - Resolución 722 del 21 de julio de 2014, expedida por la misma funcionaria⁷⁰ -; de los desprendibles de sueldo que obran de folios 164 a 167 y 215 a 219; y de la concesión de vacaciones durante diferentes períodos⁷¹.

Durante el tiempo de servicio laboral no solicitó licencias, permisos, ni comisiones y se le concedieron los siguientes periodos de vacaciones⁷²:

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de febrero de 2004, consejero ponente: Alier Hernández Enríquez, expediente: 11001-03-15-000-2003-1149-01, accionante: Álvaro Gutiérrez Marengo, accionado: Dieb Nicolás Maloof Cuse.

⁶⁶ Folios 12 y 13.

⁶⁷ A ese cargo ascendió, en virtud de la Resolución 433 de 7 de mayo de 2013 (folio 17).

⁶⁸ Folio 14.

⁶⁹ Folio 17

⁷⁰ Folio 18

⁷¹ Folio 15

⁷² Folios 15 y 16.

- Del 12 de diciembre de 2011 al 6 de enero de 2012 (Resolución 1125 de 14 de diciembre de 2011).
- Del 24 de diciembre de 2012 al 16 de enero de 2013 (Resolución 2647 de 12 de diciembre de 2012).
- Del 20 de diciembre de 2013 al 14 de enero de 2014 (Resolución 1422 de 18 de diciembre de 2013).

Según certificado emitido por la oficial de migración del Ministerio de Relaciones Exteriores⁷³ el señor Giraldo Saldarriaga salió del país con destino a la ciudad de Panamá el 2 de julio de 2012 y regresó el 7 del mismo mes y año. Nuevamente salió del país con destino a la ciudad de Toronto el 1 de noviembre de 2013 y regresó el 12 del mismo mes y año.

Obran registros fotográficos⁷⁴ tomados de la red social «facebook», arrimados a la actuación por los accionantes, quienes afirman que corresponden a los viajes realizados por el señor Juan David Giraldo Saldarriaga en las fechas y a los destinos previamente señalados.

De acuerdo con los desprendibles de nómina allegados por la jefe de la División de Recursos Humanos del Senado de la República⁷⁵, el señor Juan David Giraldo Saldarriaga recibió la totalidad de su salario, es decir, el que corresponde a los 30 días de labor, durante los meses de julio de 2012⁷⁶ y noviembre de 2013⁷⁷.

Obran las constancias⁷⁸ que emitió el senador Carlos Enrique Soto Jaramillo en relación con las laborales desarrolladas por los miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo, que corresponden a los meses de septiembre a diciembre de 2011; enero a abril y junio a octubre de 2012; mayo a octubre de 2013; febrero a abril y diciembre de 2014; y, en particular, las del 21 de agosto de 2012⁷⁹ y el 28 de noviembre de 2013⁸⁰ en las que se hizo constar lo siguiente: «me permito certificar que el personal que relaciono a continuación, laboró en mi Unidad de Trabajo Legislativo de manera normal durante el mes de julio de 2012, normalmente» y «me permito certificar que los funcionarios que relaciono a continuación, desarrollaron las funciones asignadas durante el mes de noviembre de 2013»; en una y otra certificaciones se relacionó al señor Giraldo Saldarriaga, en su

⁷³ Folios 150 y 151.

⁷⁴ Folios 19 a 24

⁷⁵ Folio 162.

⁷⁶ Folio 164.

⁷⁷ Folio 166.

⁷⁸ Folios 173 a 198.

⁷⁹ Folio 182 y 227

⁸⁰ Folio 196 y 223.

condición de asistente I.

Los certificados aludidos fueron objeto de dictamen pericial por parte del Grupo de Grafología Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para lo cual se hizo el siguiente análisis:⁸¹

El examen microscópico realizado con lupas y el estereomicroscopio a las firmas obrantes en la certificación de actividad laboral en Unidad de Trabajo Legislativo de fecha 21 de agosto de 2012 y la certificación de actividad laboral en Unidad de Trabajo Legislativo de fecha 28 de noviembre de 2013, arroja como resultado que dichas firmas no están plasmadas en original, si no (sic) que provienen de reproducciones digitalizadas e impresas con impresora láser, pues existe evidencia de las siguientes características de clase.

Las firmas en original registran deformación del papel, debido a la presión ejercida por el útil de escritura, o absorción por el soporte cuando se utilizan mecanismos de escritura de tinta fluida. En las firmas contenidas en los dos documentos de duda está ausente esta característica, y en su lugar aparece una acumulación de toner con patrones de puntos sobre la superficie del papel.

El trazado de las firmas en original da lugar a trazos con tono continuo, donde las variaciones de presión y cambios de dirección, al igual que los movimientos de adicción y abducción propios de la escritura manuscrita directa, aparecen con diferencias cromáticas en transiciones de tonalidad, sin dar lugar a patrones de puntos, tal y como se observan en las imágenes de detalle de las firmas cuestionadas.

Producto del análisis previo, se concluyó:

Las firmas que como de Carlos Enrique Soto Jaramillo aparecen plasmadas en las certificaciones laborales de las Unidades de Trabajo Legislativo relacionadas en elementos recibidos, Documentos Dubitados, no corresponden a firmas originales sino digitalizadas y posteriormente impresas mediante el sistema de impresión láser.

En declaración rendida dentro de este proceso, el señor Juan David Giraldo

⁸¹ Folios 230 a 233.

Saldarriaga⁸² expresó que sus funciones al servicio de la Unidad de Trabajo Legislativo del senador las prestaba en el Congreso y comprendían: «investigaciones de absolutamente todo (...) buscar estadística de todo, en proyectos de ley, cuánto costaba algo, si ese proyecto salía cuánto le costaba a la Nación, de esas consideraciones sacaba estadísticas para poder hacer los debates y demás cosas que me pusieran».

Asimismo, informó que durante su servicio nunca solicitó licencias ni permisos y, en torno a sus salidas del país, expresó: «sí salí por motivos personales, aquí tengo las fechas, del 2 de julio al 6 de julio de 2012, eso fue a Panamá y durante esa época los días laborales que habían era el 2 de julio era festivos (sic), el 3, 4 y 5 eran días normales y el 6 fue el día que regresé. Salí del primero al 12 de noviembre de 2013 a Canadá, el primero fue viernes día normal, 2 y 3 sábado y domingo; 11 lunes festivo y el 12 regresé» y agregó «lo que pasa es que durante el primer viaje el congreso no estaba sesionando porque salen a vacaciones el 20 de junio y comienza a sesionar otra vez el 20 de julio; fuera de eso sucedía algo, en esa época las oficinas eran un hacinamiento terrible porque los escritorios eran gigantes y no había espacio para todos los miembros por consiguiente o no tenía espacio allá y cuando iba era a la oficina y mis horarios de trabajo yo intentaba de meter el máximo de materias en las horas de la mañana y cuando salía de allá almorzaba y llegaba más o menos a la una de la tarde a la oficina y cuando llegaba me quedaba trabajando todo el día más o menos hasta las nueve o diez de la noche». En relación con los estudios que cursaba, aclaró que se trataba de los programas de ingeniería civil e ingeniería ambiental en la Universidad de Los Andes, a los cuales ingresó en jornada diurna en el año 2009 y, precisó, que en el año 2010 ingresó a laborar en la Unidad de Trabajo Legislativo del senador, primero como asistente y posteriormente ascendido como asesor I.

Más adelante, agregó: «yo tenía que viajar a hacer diligencias personales pero precisamente como nunca había pedido y no sabía que había que pedir las, ese fue mi error. Igual no considero que haya dejación de cargo porque las labores que yo tenía que hacer las desarrollé y cumplí con los informes correspondientes que debía entregar en las semanas posteriores, por ejemplo, rendición de cuentas». Preciso que no se notaba su ausencia, de un lado, porque en la época en que estuvo en Panamá no habían sesiones y, de otro, en la época en que estuvo en Canadá, como no tenía escritorio fijo, a causa de la estrechez del espacio, le asignaban funciones que desarrollaba sin necesidad de ir al Congreso y se limitaba a presentar los informes en torno a las labores asignadas.

Respecto al desarrollo de funciones durante el tiempo en que estuvo de viaje por razones personales adujo que no se vieron interrumpidas, y que sí las desempeñó, pero que «el senador no sabía qué gestiones iba a realizar» en Panamá y Canadá, porque ni él ni la asesora Maribel sabían que iba a salir del país. En consecuencia, resaltó que nadie tuvo conocimiento de sus viajes, ni siquiera el senador, porque este «No sabía absolutamente nada de esas salidas del país».

⁸² Folios 133 a 141.

Finalmente, obra documento allegado por el señor Juan David Giraldo Saldarriaga⁸³ mediante el cual aportó las copias de los recibos de consignación en lo que devolvió el monto proporcional de salarios y prestaciones pagados durante los días que permaneció fuera del país, con los soportes de acreditación de ese pago a la División de Pagaduría del Senado de la República⁸⁴.

2.6.3. Conducta del senador en relación con su asistente Álvaro Moreno Bermúdez

Según Acta 439 de 27 de julio de 2010⁸⁵, el señor Álvaro Moreno Bermúdez tomó posesión del cargo de asistente I senatorial de la Unidad de Trabajo Legislativo del senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, para el que fue nombrado según Resolución 766 de 23 de julio de 2010, respecto del cual percibió el salario correspondiente⁸⁶.

Obran dentro del expediente constancias de la labor prestada por los miembros de la Unidad de Trabajo Legislativo del senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, de los meses de septiembre a diciembre de 2011, enero a abril y junio a octubre de 2012, mayo a octubre de 2013, febrero a abril y diciembre de 2014, en las que figura el cumplimiento de funciones por parte del señor Moreno Bermúdez⁸⁷.

Así mismo, aparecen documentos contentivos de las siguientes citaciones en las que figura el sello del «partido de la U» y en él, el nombre del señor Álvaro Moreno Bermúdez, para acreditar que fue este quien los recibió:

- Las suscritas por el secretario de gobierno municipal de Pereira⁸⁸, dirigidas a la señora Ignacia Vergara Baile, en calidad de integrante del Partido Social de Unidad Nacional «partido de la U» a una reunión de la comisión de seguimiento electoral, que fueron recibidas el 4 y 17 de diciembre de 2013 a las 9:15 y 9:50 am, respectivamente.
- La suscrita por el alcalde y el secretario de gobierno municipal de Pereira⁸⁹, dirigida a la señora Ignacia Vergara Baile, en calidad de integrante del mismo movimiento político, a una reunión de la comisión de seguimiento electoral, que fue recibida el 31 de enero de 2014 a las 6:00 (sic).
- La suscrita por la secretaria de gobierno municipal de Pereira⁹⁰, dirigida a la

⁸³ Folio 205.

⁸⁴ Folios 210 a 219.

⁸⁵ Folio 170.

⁸⁶ Según desprendibles que obran a folios 168 y 169.

⁸⁷ Folios 173 a 198.

⁸⁸ Folios 25 y 26.

⁸⁹ Folio 27.

⁹⁰ Folio 28.

señora Sandra Liliana Saldarriaga, en calidad de integrante de ese partido, a una citación extraordinaria a los representantes de los partidos, movimientos o grupos políticos a participar en las elecciones del 9 de marzo de 2014, que fue recibida el 18 de febrero de 2014 a las 5:00 (sic).

En la declaración rendida en este proceso por el señor Álvaro Moreno Bermúdez⁹¹ informó que su oficina o lugar de trabajo es en la ciudad de Pereira, en la calle 20 # 9 – 28, en donde presta sus servicios en el horario de 8:00 a 12:00 (sic) y de 2:00 a 5:00 (sic) y que en el mismo inmueble opera la sede política del senador Soto Jaramillo, aunque se trata de oficinas contiguas pero diferentes, a las que se ingresa por la misma puerta principal. En relación con las funciones que tiene encomendadas precisó: «la receptación de la documentación que llega a la oficina del senador, el día jueves se le entrega a él para que maneje su propia agenda y la otra función es la de acompañarlo a las comunidades y mi función es escuchar, después nos sentamos, él toma apuntes de estas conversaciones y extracta lo que a él le sirve para legislar».

Al ponerle de presente las comunicaciones a las que se aludió, aseguró que aunque no es su firma, sí es su nombre, escrito con su puño y letra y, en relación con la fecha de recibo de esas comunicaciones, señaló que para el 17 de diciembre de 2013, 31 de enero y 18 de febrero de 2014, el senador «no se encontraba legislando», es decir, estaba en la ciudad de Pereira, mientras que para el 4 de diciembre de 2013 todavía estaba legislando.

Por último, aclaró que él no laboró para el directorio del partido político, no participó en campañas electorales, ni realizó actividades de proselitismo porque su función era la de «asistir al honorable senador» y ser «el asistente del honorable senador Carlos Soto».

2.6.4. Otras pruebas

Informe de actividades y gestión como senador del accionado Carlos Enrique Soto Jaramillo, para el primer⁹² y segundo⁹³ semestre de 2012 y para el segundo semestre de 2013⁹⁴.

2.7. Análisis de la Sala

Una vez analizada la preceptiva jurídica que gobierna la materia, el acervo probatorio obrante dentro del expediente y las directrices jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado en casos de contornos similares al *sub lite*, estima la Sala que están dados los supuestos para que se decrete la pérdida de

⁹¹ Folios 142 a 148.

⁹² Folios 70 a 107.

⁹³ Folios 108 a 124.

⁹⁴ Folios 125 a 132.

investidura del senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, por las razones que se explican a continuación:

2.7.1. De acuerdo con lo expuesto, el sujeto oracional de la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4 del artículo 183 de la Constitución Política es cualquier congresista. Este servidor público puede incurrir en indebida destinación de dineros públicos de manera directa, cuando es ordenador del gasto (artículos 51 de la Ley 179 de 1994, 110 del Decreto 111 de 1996 y 43 de la Ley 5.^a de 1992), o de manera indirecta, cuando no administra directamente el erario pero con su conducta tiene injerencia en este a través de autorizaciones y certificaciones, etc., que sirven de sustento para aplicar los recursos públicos a propósitos prohibidos, injustificados o innecesarios. Una lectura diferente, esto es, considerar que la causal solo está destinada al ordenador del gasto, conduciría al absurdo de vaciar de contenido la norma y limitar su aplicabilidad solo a dos congresistas (presidentes de las Cámaras), lo cual no se compadece con su finalidad. Como se ha dicho «(...) no es necesario que el sujeto activo de la causal ostente la condición de nominador u ordenador del gasto, basta con que deba respetar, defender y cuidar el patrimonio público, toda vez que es imperativo cuidar los bienes del Estado para evitar su menoscabo».⁹⁵

En el acápite de «hechos probados» se señaló que con la certificación expedida el 20 de enero de 2015⁹⁶ por el subsecretario del Consejo Nacional Electoral se acredita que el doctor Carlos Enrique Soto Jaramillo fue elegido senador de la República, inscrito por el Partido Social de la Unidad Nacional, para los períodos constitucionales 2010-2014 y 2014-2018, conforme a las Resoluciones 1787 de 18 de julio de 2010 y 3006 de 17 de julio de 2014, respectivamente y, por ende, es destinatario de la causal de pérdida de investidura en comento.

2.7.2. De otro lado, es necesario resaltar que los dineros con que se paga la nómina de los empleados públicos de las Unidades de Trabajo Legislativo son recursos públicos y más concretamente «dineros públicos», pues, provienen de una actividad económica del Estado y se integran al ciclo presupuestal, con el propósito de ser redistribuidos para la satisfacción de las necesidades que demanda el interés general. Se aclara, entonces, que dentro del ciclo presupuestal, los salarios hacen parte del componente de gastos y, específicamente, de gastos de funcionamiento y, por ello, son recursos públicos y *per se* dineros públicos, conforme quedó clarificado en el punto 2.5.2.2. de este fallo.

2.7.3. La indebida destinación de dineros públicos opera bien cuando se tipifiquen conductas consideradas como delito en el Código Penal (peculado por apropiación, por uso, o por aplicación oficial diferente; enriquecimiento ilícito; interés ilícito en la celebración de contratos), o bien por fuera de esta esfera como

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de mayo de 2014, consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00, accionante: Carlos Mario Isaza Serrano, accionado: Roy Leonardo Barreras Montealegre.

⁹⁶ Folios 12 y 13.

cuando se destinan los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados; a objetos, actividades o propósitos autorizados pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados; a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento; a materias innecesarias o injustificadas; con la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; con el objeto de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros, entre otros casos.⁹⁷

2.7.4. Los servicios técnicos y administrativos del Senado de la República están comprendidos por las áreas legislativa y administrativa⁹⁸, y su estructura y organización básica están contempladas en el artículo 368 de la Ley 5.^a de 1992.

El artículo 388 *ibidem* prevé que, para el eficiente logro de la labor legislativa, cada congresista cuenta con una unidad de trabajo a su cargo «integrada por no más de 10 empleados y/o contratistas»; para la vinculación de estos, aquél deberá hacer la postulación del candidato para su libre nombramiento y remoción o para la suscripción del contrato respectivo. La nomenclatura de cargos de que dispone comprende asistente I a V y asesor I a VIII, con las diferentes asignaciones salariales. La certificación del cumplimiento de labores por parte de estos está atribuida al congresista respectivo.

El artículo 385 de la comentada ley en su inciso segundo prevé que los empleados que integran la planta de personal del Congreso «prestarán sus servicios en las dependencias donde fueron nombrados, o donde las necesidades del servicio así lo exijan».

Y, según el artículo 32 de la Resolución 237 de 1992 «por la cual se establece el régimen de administración de personal del Senado de la República», el nombramiento del personal, bien sea de carrera o de libre nombramiento y remoción, corresponde al Director General, salvo en los casos en que la designación se haga por la Plenaria del Senado o por las Comisiones Constitucionales o Legales. Las situaciones administrativas en las que se puede encontrar ese personal son en servicio activo, en licencia, en permiso, en comisión, en encargo o suspendido del ejercicio de sus funciones (artículo 43 *ibidem*).

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de octubre del 2000, consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, expediente: AC-10529 y AC-10968, accionantes: Emilio Sánchez Alsina y Pablo Bustos Sánchez, accionado: Emilio Martínez Rosales. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de junio de 2001, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, expediente: AC-2001-0069, accionante: Rafael Robles Solano, accionado: Darío Saravia Gómez. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 1.º de diciembre de 2016, radicado: 54001-23-33- 000-2016-00135-01, accionante: José Fuentes Contreras, accionado: Félix Adolfo Muñoz Luna. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2001, consejero ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, expediente: 11001-03-15-000-2001-0098-01, accionante: Pablo Bustos Sánchez y otro, accionado: José Antonio Gómez Hermida.

⁹⁸ Artículo 367 de la Ley 5 de 1992.

De acuerdo con el artículo 388 de la Ley 5.^a de 1992, modificado por las Leyes 186 de 1995 y 868 de 2003, se reitera, cada congresista tiene a su cargo una Unidad de Trabajo Legislativo, conformada por varias personas, frente a las cuales aquél tiene la obligación de certificar el cumplimiento de labores, con el fin de que le sean cancelados sus salarios. Concretamente, la norma consagra:

Cada congresista contará, para el logro de una eficiente labor legislativa, con una unidad de trabajo a su servicio integrada por no más de seis (6) empleados, y/o contratistas. Para la provisión de estos cargos cada Congresista postulará, ante la Mesa Directiva, en el caso de la Cámara y, ante el Director General, o quien haga sus veces, en el caso del Senado, el respectivo candidato para su libre nombramiento y remoción o para su vinculación por contrato. La planta de personal de cada unidad de trabajo legislativo de los Congresistas se conformará dentro de las posibilidades que permite la combinación de rangos y nominaciones señalados en este Artículo a escogencia del respectivo Congresista. El valor del sueldo mensual de dicha planta o unidad de trabajo no podrá sobrepasar el valor de treinta y cinco (35) salarios mínimos para cada unidad.

Los cargos de la unidad de trabajo legislativo de los Congresistas tendrá la siguiente nomenclatura:

Denominación	Salarios mínimos
Asistente I	3
Asistente II	4
Asistente III	5
Asistente IV	6
Asistente V	7
Asesor I	8
Asesor II	9
Asesor III	10
Asesor IV	11
Asesor V	12
Asesor VI	13
Asesor VII	14
Asesor VIII	15

La certificación del cumplimiento de labores de los empleados de la unidad de trabajo legislativo será expedida por el respectivo Congresista. (Se resalta).

En estas condiciones, se concluye que la certificación otorgada por el congresista respecto del cumplimiento de labores de los empleados que desempeñan funciones en su Unidad de Trabajo Legislativo, constituye presupuesto para el pago de salarios y prestaciones sociales y tiene por objeto constatar la prestación del servicio. Una interpretación genética, histórica, teleológica y sistemática de la norma con el artículo 183.4 de la Constitución, lleva a establecer que tal regulación obedeció a la necesidad de evitar que asesores cobraran sus sueldos sin haber laborado en la entidad, con lo cual, inexorablemente, se genera un detrimento patrimonial. Precisamente, sobre este punto, en sesión del 28 de mayo de 1991 de la Asamblea Nacional Constituyente, al analizarse los antecedentes del artículo 183.4 constitucional se dijo que «Conocemos los casos en que no solamente han desviado dineros públicos a través de la utilización de auxilios parlamentarios en las reelecciones de los congresistas **sino también en pagar sueldos a personas que no asisten, que no trabajan en el Congreso de la República, esto claramente debe constituir una causal de pérdida de investidura**».⁹⁹

2.7.5. Dentro del expediente quedó plenamente demostrado que el señor Juan David Giraldo Saldarriaga laboró al servicio del Senado de la República como empleado público inicialmente como asistente y luego en el cargo de asesor ¹⁰⁰ en la Unidad de Trabajo Legislativo del congresista Carlos Enrique Soto Jaramillo, desde el 9 de septiembre de 2010 hasta el 21 de julio de 2014¹⁰¹; que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978 debía cumplir sus funciones de lunes a viernes durante 44 horas semanales; que por Resolución 722 de 21 de julio de 2014¹⁰² se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de asesor, grado I; que durante el tiempo de servicios no solicitó licencias¹⁰³, permisos, ni comisiones –no acreditó lo contrario-; que se le concedieron vacaciones del 12 de diciembre de 2011 al 6 de enero de 2012, del 24 de diciembre de 2012 al 16 de enero de 2013 y del 20 de diciembre de 2013 al 14 de enero de 2014.¹⁰⁴

Así mismo, aparece acreditado, de acuerdo con la certificación dada por la oficial de migración del Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁰⁵ y con la declaración rendida por el propio señor Giraldo Saldarriaga dentro del proceso, que este salió

⁹⁹ Memorias y Antecedentes artículo 183 de la Constitución Política, Asamblea Nacional Constituyente, transcripción de sesiones, sesión plenaria mayo 28 de 1991, página 59.

¹⁰⁰ A ese cargo ascendió, en virtud de la Resolución 433 de 7 de mayo de 2013 (folio 17).

¹⁰¹ Folio 14.

¹⁰² Folio 18.

¹⁰³ Folios 15, 16

¹⁰⁴ Folios 15 y 16.

¹⁰⁵ Folios 150 y 151.

del país con destino a la ciudad de Panamá del 2 de julio de 2012 al 7 del mismo mes y año y, con destino a la ciudad de Toronto, del 1 de noviembre de 2013 al 12 de noviembre de 2013, acumulando en ambos viajes un total de diez (10) días hábiles mientras se desempeñaba como empleado de la UTL del senador Soto Jaramillo.

En el mismo sentido se advierte, de conformidad con las pruebas que obran dentro del proceso, que al señor Giraldo Saldarriaga, dado que no tenía la condición de contratista de prestación de servicios sino de empleado público, no le fue conferido permiso, licencia o comisión para separarse del cargo durante esos días; sin embargo, de acuerdo a los desprendibles de nómina emanados de la División de Recursos Humanos del Senado de la República¹⁰⁶, se le pagó la totalidad del salario, por 30 días de labor durante los meses de julio de 2012¹⁰⁷ y noviembre de 2013¹⁰⁸.

2.7.6. Dichos salarios se cancelaron con base en las constancias emitidas el 21 de agosto de 2012¹⁰⁹ y el 28 de noviembre de 2013¹¹⁰ por el senador Carlos Enrique Soto Jaramillo¹¹¹ relacionadas con las supuestas labores del señor Giraldo Saldarriaga, en donde se dijo: «me permito certificar que el personal que relaciono a continuación (donde estaba incluido este último), laboró en mi Unidad de Trabajo Legislativo de manera normal durante el mes de julio de 2012, normalmente» y «me permito certificar que los funcionarios que relaciono a continuación (donde estaba incluido el señor Giraldo Saldarriaga), desarrollaron las funciones asignadas durante el mes de noviembre de 2013».

Conforme al dictamen pericial, emitido el Grupo de Grafología Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses¹¹², «Las firmas que como de Carlos Enrique Soto Jaramillo aparecen plasmadas en las certificaciones laborales de las Unidades de Trabajo Legislativo relacionadas en elementos recibidos, Documentos Dubitados, no corresponden a firmas originales sino digitalizadas y posteriormente impresas mediante el sistema de impresión láser».

Las máximas de la experiencia¹¹³ muestran que este tipo de firma digitalizada,

¹⁰⁶ Folio 162.

¹⁰⁷ Folio 164.

¹⁰⁸ Folio 166.

¹⁰⁹ Folio 182 y 227.

¹¹⁰ Folio 196 y 223.

¹¹¹ Folios 173 a 198.

¹¹² Folios 230 a 233.

¹¹³ «Las máximas de la experiencia corresponden al conocimiento que tiene el juez de lo usual, es decir, a pautas que provienen de la experiencia general, y que expresan la base de conocimientos generales asociados con el sentido común que pertenecen a la cultura promedio de una persona espacio-temporalmente situada en el medio social en el cual se encuentra el despacho judicial. Estas máximas ponen de manifiesto el contexto cultural y los conocimientos del sentido común, que se encuentran a disposición del juez como elementos de juicio para la valoración de las

impresa mediante el sistema de impresión láser, era la que usualmente utilizaba el senador Soto Jaramillo para certificar las labores desarrolladas por los miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo, lo cual se puede corroborar con las certificaciones que corresponden a los meses de septiembre a diciembre de 2011, enero a abril y junio a octubre de 2012, mayo a octubre de 2013, febrero a abril y diciembre de 2014.¹¹⁴

Ahora bien, el Código General del Proceso clasifica los documentos en públicos o privados, originales y copia¹¹⁵. Por su parte, el ordenamiento jurídico (Ley 527 de 1999 y sus Decretos Reglamentarios 1747 de 2000 y 2364 de 2012) regula el tema de las firmas digitales que deben cumplir ciertos presupuestos para ser consideradas como tales. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 literal c) de la Ley 527 de 1999, se entiende por firma digital «un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación».

En torno a la firma digital, el artículo 28 *ibidem* establece:

Artículo 28. Atributos jurídicos de una firma digital.

Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

Parágrafo. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquélla incorpora los siguientes atributos:

1. Es única a la persona que la usa.
2. Es susceptible de ser verificada.
3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el

pruebas. Son tesis hipotéticas que indican las consecuencias que cabe esperar a partir de algunos presupuestos; es decir, en ciertas condiciones se repiten, como consecuencia, los mismos fenómenos. Se parte de lo que sucede en la mayoría de los hechos concretos, de los casos comprobados. Así, las personas que se encuentran en determinada situación se comportan de una manera particular (Stein 1999; 24 – 25)»Prueba judicial. Análisis y Valoración. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2007. Página 59.

¹¹⁴ Folios 171 a 198.

¹¹⁵ Artículos 243 y 244

Gobierno Nacional.

Pues bien, encuentra esta Sala que tanto la firma original como la firma digital tienen pleno valor de autenticidad. Por su parte, la firma digitalizada, impresa mediante el sistema de impresión láser, no ha sido regulada por el legislador, constituye otra modalidad de firma y su valor probatorio no presenta los mismos matices que las dos anteriores.

En torno a las firmas o documentos escaneados, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia les ha dado la connotación de firma electrónica¹¹⁶ y sus requisitos están establecidos en el artículo 7¹¹⁷ de la Ley 527 de 1997 reglamentado por el Decreto 2364 de 2012. La citada Corporación, al respecto, manifestó:

4.1.3. Ahora, la autenticidad del mensaje de datos corre paralela con la confiabilidad del mismo, determinada por la seguridad de que esté dotado en cuanto a la forma como se hubiese generado y conservado la integridad de la información y, por supuesto, en la forma en que se identifique a su iniciador y la asociación de este a su contenido. Como todo documento, la eficacia probatoria del electrónico dependerá, también, de su autenticidad, contándose con mecanismos tecnológicos que permiten identificar el autor del mismo y asociarlo con su contenido.

En este aspecto cobra particular relevancia la firma electrónica, que es el género, y que puede comprender las firmas escaneadas, o los métodos biométricos (como el iris y las huellas digitales), y la firma digital —especie—, basada en la criptografía asimétrica.

(...)

Por tal razón y ante la imposibilidad de que el documento informático pudiese tener una firma manuscrita, fue concebida la de carácter electrónico, que consiste, según la doctrina, en «cualquier método o símbolo basado en

¹¹⁶ De acuerdo con el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2364 de 2012 se entiende como firma electrónica «Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, **así como cualquier acuerdo pertinente.**» (se resalta)

¹¹⁷ Artículo 7. Firma. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, **se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:**

a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma. (negrilla fuera de texto)

medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita». En otras palabras, **todo dato que en forma electrónica cumpla una función identificadora, con independencia del grado de seguridad que ofrezca, puede catalogarse como firma electrónica**; de suerte, pues, que dentro de este amplio concepto tienen cabida signos de identificación muy variados, como los medios biométricos, la contraseña o password, la criptografía, etc.¹¹⁸

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1, numeral 2, del Decreto 2364 de 2012, se entiende como firma electrónica aquellos «códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas» dentro de los cuales se enmarcan, incluso, las firmas digitalizadas y, aunque la norma en cita se refiere particularmente a los mensajes de datos, la Sala, de acuerdo con la jurisprudencia en cita, le dará ese tratamiento a la que se plasmó en las certificaciones aludidas, en tanto y en cuanto se puede inferir que se trató de una firma que, en principio, hizo parte de un mensaje de datos, pero que se imprimió mediante el sistema de impresión láser a efecto de soportar documentalmente las certificaciones referenciadas.

Así, la Sala estima que tales certificaciones de funciones, expedidas mediante el uso de una firma electrónica, son plenamente válidas en cuanto cumplen los requisitos previstos en el artículo 3¹¹⁹ del decreto previamente citado, esto es, que se usó una firma digitalizada que era confiable y apropiada a los fines para los que se generó; lo anterior, comoquiera que en la contestación de la demanda se afirmó que ese era el mecanismo que el señor Soto Jaramillo «empleaba para expedir las constancias de labores cumplidas» por parte de los miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo.

Tal afirmación hecha en la contestación de la demanda, permite considerar que la firma era confiable¹²⁰, pues los datos de creación de la firma, es decir, la firma

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente: Pedro Octavio Munar Cadena, sentencia 2004-01074 de 16 de diciembre de 2010, referencia 11001 3110 005 2004 01074 01.

¹¹⁹ **Artículo 3°. Cumplimiento del requisito de firma.** Cuando se exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan confiable como apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

¹²⁰ El carácter de confiabilidad de la firma electrónica fue regulado en el artículo 4 del Decreto 2364 de 2012, cuyo tenor literal es el siguiente: **Confiabilidad de la firma electrónica.** La firma electrónica se considerará confiable para el propósito por el cual el mensaje de datos fue generado o comunicado si:

1. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante.
2. Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma.

Parágrafo. Lo dispuesto anteriormente se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

digitalizada e impresa mediante el sistema de impresión láser, corresponden al firmante. En todo caso, el señor Soto Jaramillo en momento alguno controvirtió su veracidad y confiabilidad, ni adujo que su interés era contrario a hacer constar lo certificado en tales documentos, ni mucho menos alegó que su firma hubiere sido utilizada sin su consentimiento o para fines no acordados previamente, de donde surge su veracidad, autenticidad y reconocimiento de lo allí consignado.

Adicional a lo anterior, y a efecto de corroborar, aún más, la anuencia del senador para el uso de su firma con esos efectos, se debe tener en cuenta el argumento expuesto en la contestación de la demanda, según el cual la certificación estaba encaminada a demostrar el cumplimiento de las labores asignadas a los miembros de la UTL del senador, pero no «que hubiesen laborado los treinta (30) días del mes». De este aserto se concluye que el fundamento de la defensa se circunscribe a interpretar la intención al certificar la labor, mas no a cuestionar la veracidad del certificado propiamente dicho, ni la rúbrica digitalizada allí impuesta.

Tanto en el texto de contestación de la solicitud de pérdida de investidura, como en la audiencia de alegaciones, el apoderado del senador Soto Jaramillo precisó que tales certificaciones se expiden, por cuestiones operativas, mediante firma escaneada, cuyo manejo está a cargo de la doctora Maribel Ortiz Méndez, quien tiene encomendado el envío de tales constancias a la dependencia de nómina y que al certificar el senador, por intermedio de su asistente, lo hizo en atención a la rendición de informes y al desarrollo de las tareas impuestas «En conclusión, el honorable senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, al certificar el cumplimiento de las funciones del señor Giraldo Saldarriaga, no se extralimitó».

Lo anterior, analizado a la luz de las reglas de la sana crítica y de las máximas de la experiencia, permite inferir que la modalidad atípica de firma digitalizada e impresa mediante el sistema de impresión láser, era el mecanismo utilizado, de manera reiterada, por cuestiones operativas, por el congresista para certificar el cumplimiento de labores de los empleados adscritos a su Unidad de Trabajo Legislativo y de allí se enviaban a la División de Nómina. Por ende, las certificaciones referidas se le pueden imputar al senador, gozan de presunción de autenticidad¹²¹, salvo que se demuestre lo contrario - lo cual no ocurrió dentro del proceso, pues no fueron tachadas de falsas - y le generan responsabilidad en la medida en que existe certeza de que le son atribuibles.

De otro lado, no hay certeza de que el manejo de dicha firma estaba a cargo de la doctora Maribel Ortiz Méndez, pues ella no declaró dentro del proceso. En este sentido se advierte, además, que no se probó dentro del proceso ningún acto formal de la delegación de la función, ni la manifestación de aceptación de la funcionaria de la UTL del senador, lo cual supone que dicha función estuvo bajo

1. Demuestre de otra manera que la firma electrónica es confiable; o

2. Aduzca pruebas de que una firma electrónica no es confiable.

¹²¹ «Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a que se atribuya el documento». Artículo 244 del Código General del Proceso.

su responsabilidad. Si bien es cierto el ordenamiento jurídico prevé un amplio margen para delegar competencias de un empleo, aquél como titular de la atribución, dado los elementos de subordinación y dependencia que la ley le confiere, responde siempre y en todo momento por el deber de vigilancia y control de los miembros de su UTL.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 2002, sostuvo:

La delegación tampoco puede constituirse en el medio para evadir un régimen de prohibiciones ni de incompatibilidad que acompañe la actuación de los servidores públicos ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, con la convicción que la delegación los aísla o los protege de toda modalidad de responsabilidad. Es preciso tener siempre en cuenta que lo que busca la delegación es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa (C.P., art. 209)

Considera esta Sala que este tipo de firma digitalizada e impresa mediante el sistema de impresión láser genera responsabilidad para su autor; además, a lo largo del proceso, la parte demandada no refutó su autenticidad, sino que, por el contrario, admitió que, por cuestiones operativas, este era el instrumento autorizado por él y utilizado sistemáticamente para dar cumplimiento a lo previsto en el último inciso del artículo 388 de la Ley 5.^a de 1992, modificado por las Leyes 186 de 1995 y 868 de 2003.

2.7.7. Ahora, con referencia a las razones de defensa que se exponen en la contestación de la demanda, particularmente en lo que toca con la imposibilidad del congresista de estar enterado de los viajes del señor Giraldo Saldarriaga, conviene señalar que si bien es cierto este era un hecho que no tenía por qué ser de su conocimiento, también lo es que la ausencia injustificada al sitio de trabajo sí era una situación que él estaba en la obligación de constatar.

No se desconoce que los congresistas, en muchas oportunidades, se desplazan a sus regiones; no obstante lo anterior, como nominadores o superiores jerárquicos, dentro del normal ejercicio de sus funciones, tienen la obligación de velar porque sus subalternos cumplan de manera eficiente y eficaz sus obligaciones. En esos eventos, la autoridad responsable deberá buscar los mecanismos para determinar el cumplimiento de los deberes encomendados al subalterno; si dichos controles no son idóneos, debido a su propia conducta, bien puede llegar a comprometer su responsabilidad.¹²²

De otro lado, y en relación con uno de los argumentos esbozados por la parte accionante para atribuirle el conocimiento de los actos del empleado Giraldo Saldarriaga al senador Soto Jaramillo, según el cual existía cercanía entre ambos,

¹²² Aclaración de voto del doctor Tarsicio Cáceres Toro, en la sentencia del 19 de febrero de 2001, expediente AC-12156.

pues, de acuerdo a lo manifestado por aquél, es el hijo de la pareja sentimental del congresista, resulta pertinente transcribir la parte del testimonio rendido en sede judicial. Sobre el particular señaló Giraldo lo siguiente:

A continuación se le concede el uso de la palabra a la parte demandante para interrogar al testigo: Preguntado: Informe al Despacho si su señora progenitora tiene alguna relación o ha tenido alguna relación sentimental con el demandado. Contestó: Sí mi mama es la novia del senador. Preguntado: Sírvase informar desde cuándo tiene conocimiento de esa relación y de cuánto tiempo ha sido la misma. Contestó: fue mucho después de que yo había empezado a laborar. Respecto a años ni idea. Preguntado: Aún hasta la fecha dicha relación existe. Contestó: sí

Si bien es cierto la sola circunstancia de que la madre de Giraldo Saldarriaga sea novia del senador Soto Jaramillo no es plena prueba de que éste estuviese enterado de los viajes de aquél, también es cierto que ese hecho constituye un indicio de la proximidad que tenían ambos servidores públicos y del posible trato especial dispensado al primero, al permitírsele cursar dos carreras (Ingenierías Civil y Ambiental) en la Universidad de los Andes, en jornada completa, estando vinculado a la UTL, sin el respectivo permiso, como lo indicó el mismo Giraldo Saldarriaga en su testimonio.

Para la Sala, estas pruebas indiciarias vistas en conjunto con los demás medios de convicción arrimados al proceso, muestran la falta de control y vigilancia del senador Soto Jaramillo para con este empleado de su UTL y por lo mismo justifica el hecho que no advirtiera siquiera su ausentismo durante los diez días laborales en los que el señor Giraldo Saldarriaga estuvo por fuera del país, pues en el proceso no se demostró que el congresista hubiese estado fuera de la ciudad o de su lugar de trabajo en esos días, o hubiese estado en una circunstancia tal que le impidiera acudir a su UTL y notar la ausencia de uno de sus colaboradores más cercanos. Por lo tanto, este hecho, dada la claridad que ofrece sobre los denunciados en la solicitud de pérdida de investidura, habrá de acogerse como prueba contundente y razonable de la aquiescencia del senador Soto para con el señor Saldarriaga, lo cual hizo posible que este realizara viajes al exterior en días que eran laborables, sin mediar una autorización legal expresa ni ninguna justificación, y lo que es más grave aún, que esos días le fueran inmerecidamente remunerados.

2.7.8. Dentro del proceso aparece prueba de que el señor Giraldo Saldarriaga hizo devolución de las sumas salariales percibidas por los períodos comprendidos entre el 2 y el 7 de julio de 2012 y entre el 1.º y el 12 de noviembre de 2013¹²³; sin embargo, ello no exonera de responsabilidad al senador Soto Jaramillo, por la

¹²³ Folios 208 y siguientes.

sencilla razón de que la conducta se consumó y el ordenamiento jurídico no prevé exoneración de responsabilidad en materia de pérdida de investidura, por procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias o por reparar voluntariamente el daño.

2.7.9. Al analizar las diferentes pruebas que obran dentro del proceso y valorarlas a la luz del principio de la sana crítica encuentra esta Sala lo siguiente: (i) de conformidad con el último inciso del artículo 388 de la Ley 5ª de 1992, modificado por las leyes 186 de 1995 y 868 de 2003, le correspondía al congresista Carlos Enrique Soto Jaramillo certificar el cumplimiento de labores de los empleados de su Unidad de Trabajo Legislativo; (ii) en desarrollo de dicha atribución el congresista en mención certificó el 21 de agosto de 2012 y el 28 de noviembre de 2013 «(...) que el personal que relaciono a continuación – entre los cuales se relaciona al señor Giraldo Saldarriaga -, laboró en mi Unidad de Trabajo Legislativo de manera normal durante el mes de julio de 2012, normalmente» y «(...) que los funcionarios que relaciono a continuación, desarrollaron las funciones asignadas durante el mes de noviembre de 2013»; (iii) el señor Giraldo Saldarriaga, según certificado emitido por la oficial de migración del Ministerio de Relaciones Exteriores salió del país con destino a la ciudad de Panamá el 2 al 7 de julio de 2012 y con destino a la ciudad de Toronto del 1 al 12 de noviembre de 2013; (iv) lo anterior quiere significar que el senador Soto Jaramillo certificó un hecho que no correspondía a la realidad, pues, señaló que el referido empleado de su UTL laboró normalmente durante los meses de julio de 2012 y noviembre de 2013 cuando ello no fue así; (v) el comportamiento reprochable al congresista denota falta de cuidado y diligencia al momento de expedir las certificaciones con base en las cuales se paga la remuneración mensual a los empleados de su UTL, pues es su deber supervisar, controlar y vigilar que las personas que hacen parte de su equipo de colaboradores cumplan sus funciones conforme a la ley.

El artículo 34 de la Ley 734 de 2002 contempla como deberes de todo servidor público cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución y las leyes; cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función; y realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, entre otros. Por su parte, el artículo 35 ibídem consagra como prohibiciones de todo servidor público incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución y en la ley.

En este orden de ideas, la Sala precisa que el congresista debía ser conocedor de sus funciones y de las implicaciones de certificar un hecho que no era cierto. Él ha debido constatar qué servidores públicos asistían normalmente a cumplir sus funciones y cuáles no. Así mismo ha debido prever el alcance de las certificaciones en las cuales se hacían constar situaciones que eran irreales. El anterior comportamiento denota culpa y genera un grado de responsabilidad que es sancionado con la pérdida de investidura.

2.7.10. Por otra parte, debe decirse que el hecho de que el señor Giraldo Saldarriaga se hubiera trasladado a las ciudades de Panamá y Toronto en las fechas referidas, no puede entenderse como la prestación de servicios de un miembro de Unidad de Trabajo Legislativo de un congresista en territorio extranjero, habida cuenta que la prueba documental y testimonial allegada al expediente permite establecer que el senador Soto Jaramillo no prestó su consentimiento para ello y, si lo hubiera hecho, tal decisión sería contraria al orden jurídico, pues la función pública, en estos casos, se debe cumplir en el territorio colombiano. Se aclara, entonces, que un congresista no tiene competencia para autorizar que desde el exterior se sigan cumpliendo funciones.¹²⁴

2.7.11. No se desconocen las diferentes críticas y censuras que se le han formulado a la figura constitucional en comento durante los más de 25 años de vigencia, tales como (i) el desconocimiento del derecho fundamental a la doble instancia (artículo 31)¹²⁵; (ii) la inconstitucionalidad de normas constitucionales¹²⁶, al establecer una sanción perenne o de por vida¹²⁷; y (iii) la indebida dosificación de la pena, pues, dado que no existe un juicio de proporcionalidad, se está aplicando la misma sanción, la muerte política, a conductas que revisten diferente gravedad. Con todo, el balance a la fecha muestra que esta acción ha sido idónea para ayudar a recuperar la credibilidad del Congreso y de las instituciones.

Concretamente, en lo que toca con la graduación o dosificación de la pena el constituyente no contempla términos medios, ni sanciones accesorias. De esta manera, el resultado es el mismo si se destinaron indebidamente \$1.000 o si se destinaron indebidamente \$100.000.000.

2.7.12. En estas condiciones, como requerimiento indispensable para la configuración de la causal¹²⁸, la Sala concluye que el senador Soto Jaramillo, en el marco de su competencia funcional¹²⁹, tuvo injerencia inmediata y determinante en el pago de salarios efectuado al señor Giraldo Saldarriaga, asistente de su Unidad de Trabajo Legislativo, durante los períodos comprendidos entre el 2 de julio de 2012 y el 7 de julio de 2012 y entre el 1 de noviembre de 2013 y el 12 de noviembre de 2013, lapsos durante los cuales este servidor se trasladó a las ciudades de Panamá y Toronto, motivo por el cual no prestó sus servicios,

¹²⁴ Sentencia de 8 de agosto de 2011, consejera ponente: Maria Elena Giraldo Gómez, radicación número: AC-12546, accionante: Francisco Joel Ángel Gómez, accionado: Luis Alfonso Hoyos Aristizabal.

¹²⁵ Ver sentencia C-254 A de 2012.

¹²⁶ Ver salvamento de voto doctor Julio César Uribe Acosta en la sentencia del 19 de octubre de 1994, expediente AC-2102.

¹²⁷ Artículo 179.4 de la Constitución Política

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de mayo de 2007, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: 11001-03-15-000-2006-01268-00, accionante: Luis Hernando Velásquez Bravo, accionado: Efrén Antonio Hernández Díaz.

¹²⁹ Consejo de Estado, sentencia del 8 de agosto de 2001, consejero ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, expediente: AC-10966 y AC-11274, accionante: Procuraduría Tercera Delegada ante lo contencioso administrativo y otro, accionado: Darío Saravia Gómez.

derivándose de ello una aplicación diferente o distorsión al destino último de los dineros públicos¹³⁰, pues se hicieron pagos que no tenían razón que los justificara, sin mediar justa causa, con base en certificaciones de cumplimiento de labores que no se realizaron.¹³¹

2.7.13. Como consecuencia de la declaración rendida por el señor Juan David Giraldo Saldarriaga, en relación con el tiempo durante el cual cursó sus estudios en la Universidad de Los Andes, en jornada diurna, y de forma simultánea con la prestación del servicio en la UTL del senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, los accionantes pretenden en sus alegaciones, que ese hecho se tenga como elemento adicional encaminado a decretar la pérdida de investidura del congresista.

Al respecto, esta Sala dirá que como esa censura no se formuló en la solicitud de pérdida de investidura, es decir, no hizo parte de la imputación inicial que se planteó contra el señor Soto Jaramillo y respecto de ella no se le permitió ejercer su derecho de defensa y contradicción (artículo 29 de la Constitución Política), no fue analizada como un cargo concreto, pero sí como un indicio de la actitud de tolerancia del senador para con Giraldo Saldarriaga, según quedó expuesto en el punto 2.7.7. de este fallo.

2.7.14. Finalmente, frente al cargo relacionado con el asistente Álvaro Moreno Bermúdez, cabe señalar que, según el material probatorio recaudado, este ha laborado como asistente I de la Unidad de Trabajo Legislativo del senador Soto Jaramillo y la prestación de su servicio se ha desarrollado en horario de oficina, en las instalaciones que el senador dispuso para ese efecto, en la ciudad de Pereira.

La prestación de los servicios del mencionado asistente en un lugar diferente a la ciudad de Bogotá, está legalmente justificada conforme a lo dispuesto en el artículo 385, inciso 2 de la Ley 5.^a de 1992, que permite a los miembros de las Unidades de Trabajo Legislativo desarrollar la labor encomendada en «donde las necesidades del servicio así lo exijan».

De suerte que el senador Soto Jaramillo podía encomendarle al señor Moreno Bermúdez que cumpliera sus funciones en un lugar distinto de la sede del Congreso, pero, obviamente, dentro del territorio nacional, con el fin de que atendiera las inquietudes, requerimientos y necesidades de su comunidad. Como bien lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, es habitual que se designe personal, generalmente en las regiones de las que es oriundo el congresista, habida cuenta de que es allí donde se encuentran aquellos ciudadanos que se ven más próximamente representados por él.

¹³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de abril de 2008, consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, expediente: 11001-03-15-000-2007-01231-001, accionante: Luis Ernesto Correa Pinto, accionado: Germán Antonio Aguirre Muñoz.

¹³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de febrero de 2001, consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente: AC-12321, accionante: Domingo Andrés José Ordóñez Giraldo, accionado: Leonor González Mina.

Ahora, en cuanto a que el senador Soto Jaramillo hubiese certificado el cumplimiento de funciones por parte del señor Moreno Bermúdez, pese a que estaba al servicio del movimiento político denominado «Partido Social de Unidad Nacional» o «partido de la U», se dirá que las pruebas que reposan en el expediente no son concluyentes de que este hubiera estado al servicio del aludido partido político.

En efecto, los medios probatorios que se emplearon para demostrar tal cargo solo se limitan a cuatro oficios en donde se registra el nombre del señor Moreno Bermúdez, según el cual se da fe de su recibo, en cuanto están dirigidos a diferentes miembros del «partido de la U» y no al senador Soto Jaramillo.

Sin embargo, tales comunicaciones no tienen la magnitud de comprobar que el señor Moreno Bermúdez estuviera al servicio del partido en que milita el senador, ni mucho menos que se desempeñara como ideólogo, activista o que hiciera proselitismo político.

El acervo probatorio muestra que la oficina del senador en la ciudad de Pereira sí se ubica en el mismo inmueble en donde funciona la sede del partido político del congresista en esa ciudad, pero en una oficina contigua. De ahí que hubiera escrito su nombre para dejar constancia del recibo en los documentos atrás señalados. No obstante, los aludidos documentos no son indicativos de que al señor Moreno Bermúdez se le hubieran asignado, de manera exclusiva, funciones al servicio de ese movimiento político.

Lo único que demuestra el recibo de tales citaciones por parte del asesor del congresista es que, en algunos casos, tenía a su cargo la recepción de correspondencia, para su posterior entrega a este, quien, de conformidad con la declaración rendida por aquél, organizaba su propia agenda. Así, su función en relación con los documentos que recibía se limitaba a recibirlos y a entregarlos al senador, quien les daba el trámite correspondiente¹³². Igualmente, le estaba encomendada la función de acompañar al congresista a reuniones y asistirlo en ellas, afirmación que no fue desvirtuada.

En las anteriores condiciones, la Sala considera que el recibo de esa correspondencia por parte del asistente Moreno Bermúdez no constituye una función ajena a la función encomendada para el buen desarrollo de la labor congresal del senador. Por ello, no se puede concluir que la prestación del servicio hubiera estado destinada al partido político de que es miembro el senador. Tampoco se puede inferir que al certificar el cumplimiento de funciones del referido servidor público, se hubiera estructurado la causal prevista en el artículo 183.4 constitucional.

3. Conclusión

¹³² Ver declaración (folio 146).

No se requiere, entonces, abundar en consideraciones adicionales para llegar a establecer que el senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, al certificar el 21 de agosto 2012 y el 28 de noviembre de 2013, que el asistente de su Unidad de Trabajo Legislativo, Juan David Giraldo Saldarriaga, había laborado de manera normal durante el mes de julio de 2012 y desarrollado sus funciones durante el mes de noviembre de 2013, sin que lo hubiera hecho, pues viajó a las ciudades de Panamá y Toronto entre el 2 y el 7 de julio de 2012 y entre el 1 y el 12 de noviembre de 2013, propició una indebida destinación de dineros públicos, por cuanto conllevó el pago de la totalidad del salario a alguien que no laboró el mes completo, en ambos casos.

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

FALLA

Primero.- Decretar la pérdida de investidura del Congresista Carlos Enrique Soto Jaramillo, de acuerdo con las consideraciones que anteceden.

Segundo.- Por Secretaría General remítanse copias de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

Tercero.- Por la misma Secretaría, comuníquese esta decisión a la Mesa Directiva del Senado de la República, a la Presidencia del Consejo Nacional Electoral y al Ministro del Interior para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión de la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente
Aclaro voto

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Salvo voto

ROCÍO ARAUJO OÑATE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Aclaro voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Salvamento de voto parcial

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Salvo voto

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Salvo voto

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Con aclaración

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Aclaro voto

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Aclaro voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Salvo voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Salvo voto

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Salvo voto

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Ausente con excusa

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ENRIQUE JARAMILLO SOTO

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO - RAMIRO PAZOS GUERRERO

Mi aclaración frente a la sentencia del 28 de marzo de 2017, por medio del cual el Pleno declaró la pérdida de investidura del Congresista Carlos Enrique Soto Jaramillo, se dirige básicamente a hacer hincapié, como lo pone en evidencia la providencia objeto de este escrito, en que la jurisprudencia de la Sala Plena ha entendido el concepto de dineros público en sentido restringido, tan es así que independientemente del alcance de ese concepto, la causal de “*indebida destinación de dineros públicos*” siempre ha descansado en la amplitud del concepto de “*indebida destinación*”, que no así en el de dineros públicos, como la misma Sala en reciente oportunidad precisó¹³³:

De otro lado, la Sala, sobre el alcance de la noción de dineros públicos, ha señalado¹³⁴:

“En relación con el elemento “dineros públicos” el Consejo de Estado ha acogido interpretaciones que van desde la limitación de este concepto a “un símbolo”, “un medio de cambio económico” hasta señalar que “no es posible extender o ampliar su alcance a todo bien o servicio cuantificable en dinero, es decir, aquellos bienes que tienen un precio, un valor de cambio establecido”, porque la norma se refiere a dineros públicos y no a bienes públicos o fiscales. En los últimos años, el Consejo de Estado ha ampliado el concepto, comprendiendo dentro de la causal que se analiza, la existencia de instrumentos idóneos para la desviación de dineros públicos como ha ocurrido con la autorización y celebración de contratos estatales, la entrega de anticipos a los contratistas y las autorizaciones para realizar pagos de salarios.

¹³³ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 14 de julio de 2015, exp. 11001-03-15-000-2012-01350-00, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹³⁴ Cita original: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 13 de noviembre de 2001, exp. 2001-0101-01 (PI), M.P. Ligia López Díaz.

“No obstante esta posición jurisprudencial, han existido voces dentro de la misma Corporación que han pretendido ampliar el concepto de dineros públicos a la hacienda pública, entendida como el “conjunto de haberes, bienes, rentas, impuestos, etc., correspondientes al Estado para satisfacer las necesidades de la Nación”¹³⁵. También se ha llamado la atención en la necesidad de no limitar el concepto a la idea de “moneda”, para evitar “que la prohibición constitucional quede vaciada de contenido”¹³⁶. En relación con los billetes de pasaje públicos se ha considerado que el utilizarlos para fines distintos o por personas diferentes del Congresista puede generar la causal de indebida destinación de recursos públicos¹³⁷. Se ha estimado que los dineros públicos -en plural- son el género y hacen relación a su representación “porque la Hacienda Pública se nutre de dineros provenientes de los impuestos, las tasas, las contribuciones, las cuotas parafiscales, los recursos provenientes del crédito interno y externo, entre otros, y todos estos dineros pueden estar representados en moneda, nacional o extranjera, en recursos financieros o en bienes y servicios..... No tendría lógica ni sería equitativo que pueda perderse la investidura porque se destinen indebidamente los dineros representados en moneda, mientras que tratándose de bienes o recursos de capital o de servicios, que los representan, no se cause la indignidad ni se evidencie la falta de honestidad de quienes malversen los dineros públicos, es decir, la hacienda pública”¹³⁸.

Más adelante, la providencia en cita, propone la posición, que hasta el momento es la que ha tenido respaldo por la jurisprudencia de la Corporación, sobre el alcance del concepto de dineros públicos, al señalar¹³⁹:

“La Sala ha adoptado una postura interpretativa, del concepto jurídico de dineros públicos que permite, dentro de la vocación constitucional, hacer efectivas las acciones e instituciones que buscan imprimirle transparencia a la actividad pública.

“En efecto, con la consideración del concepto “dineros públicos” restringida al tema monetario, únicamente los ordenadores del gasto

¹³⁵ Cita original: Salvamento de voto del Consejero Libardo Rodríguez a la Sentencia AC-4734 del 2 de julio de 1997, M.P. Dr. Germán Ayala.

¹³⁶ Cita original: Salvamento de voto del Consejero Manuel Urueta a la sentencia del 2 de julio de 1997, expediente AC-4734, M.P. Dr. Germán Ayala.

¹³⁷ Cita original: Aclaración de voto del Consejero Tarcicio Cáceres a la Sentencia AC-11854 del 6 de marzo de 2001, M.P. Dr. Delio Gómez.

¹³⁸ Cita original: Aclaración de voto de la Consejera Ligia López Díaz a la Sentencia AC-11.759 del 5 de junio de 2001, M.P. Dr. Manuel Urueta.

¹³⁹ Cita original: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 13 de noviembre de 2001, exp. 2001-0101-01 (PI), M.P. Ligia López Díaz.

podrían ser requeridos por su destinación indebida, es decir se trataría de una norma que hasta 1994 habría estado destinada exclusivamente a la pérdida de investidura de los miembros de las Mesas Directivas de la Cámara y del Senado, esto es, en cada vigencia, a seis personas, toda vez que de conformidad con el artículo 40 de la ley 5ª de 1992, “La Mesa Directiva de cada Cámara se compondrá de un Presidente y dos Vicepresidentes” y según el artículo 91 de la ley 38 de 1989 “En el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las mesas directivas de cada Cámara”. Esta norma fue subrogada por la ley 174 de 1994 y compilada en el Decreto Orgánico del Presupuesto, D.111 de 1996, artículo 110, en el que se dispone que las facultades de ordenación del gasto “estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo” y que se ejercerán de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes. Por lo tanto, a partir de 1995, la causal se limitaría a 2 personas por vigencia: Los Presidentes de la Cámara y del Senado o a quienes ellos deleguen conforme a la ley.

“Es por ello que el Consejo de Estado ha decretado la pérdida de investidura no solamente ante la indebida destinación de dineros públicos causada por los congresistas cuando actúan como ordenadores del gasto, sino en situaciones donde se utilizan instrumentos idóneos para cambiar la destinación de los dineros públicos como ha ocurrido frente a la contratación pública¹⁴⁰, los anticipos¹⁴¹ y las autorizaciones¹⁴².

“La Sala considera entonces que los dineros públicos, es decir, el caudal del Estado conformado por los impuestos, las tasas, las contribuciones y los recursos del capital deben cumplir la destinación prevista en el respectivo Presupuesto, de suerte que se haga efectivo el mandato del artículo 345 de la Constitución Política.

“El énfasis interpretativo de la causal no ha de colocarse sobre la expresión “dineros públicos” sino sobre la forma en que se puede llevar a cabo su correcta destinación. En efecto, para la Sala, la indebida utilización de dineros públicos, puede llevarse a

¹⁴⁰ Cita original: Sentencia de 23 de mayo de 2000, Expediente AC-9878, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, demandado Luis Norberto Guerra Vélez, Primer Vicepresidente de la Cámara de Representantes; sentencia de 30 de mayo de 2000, Expediente AC-9877, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, demandado Octavio Carmona Salazar, Segundo Vicepresidente de la Cámara de Representantes; sentencia de 5 de febrero de 2001, expedientes acumulados AC-10528 y AC-10967, M.P. Germán Ayala Mantilla, demandado Juan Ignacio Castrillón Roldán, Vicepresidente de la Cámara de Representantes.

¹⁴¹ Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, expedientes acumulados AC-10966 y AC-11274, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, demandado Darío Saravia Gómez, Representante a la Cámara.

¹⁴² Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, expediente AC-12546, M.P. Elena Giraldo Gómez, demandado Luis Alfonso Hoyos Aristizabal, Senador.

cabo de dos formas diferentes, de manera directa o de manera indirecta. Será **DIRECTA** cuando el congresista - con capacidad de ordenación del gasto - dispone ilícitamente de recursos del erario, bien sea para obtener finalidades particulares (a través, por ejemplo, de la celebración de contratos estatales sin establecer su necesidad, oportunidad o conveniencia, tal y como se examinó en la sentencia del 20 de junio de 2000, Expedientes AC-9875 y AC-9876) o para ordenar una destinación diferente a la establecida en el Presupuesto para esos dineros públicos. Y se presentará la destinación **INDIRECTA** cuando a pesar de haber sido ordenado el gasto para el objeto previsto en el respectivo Presupuesto, el congresista propicia con su conducta una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados.

“Toda vez que la Constitución Política al instituir como causal de pérdida de investidura la “Indebida destinación de dineros públicos”, no estableció que la misma tenía que ser **DIRECTA**, es plausible que esta destinación pueda ser **INDIRECTA**, como lo ha aceptado la Corporación en los casos señalados atrás.

“Entonces, la Sala de acuerdo con el Ministerio Público, **considera que la indebida destinación de dineros públicos - aún entendida bajo el criterio jurisprudencial exclusivamente monetario -**, se configura no solamente cuando el congresista, en ejercicio de su cargo, “traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento”, utilizando, aplicando o destinando directa e indebidamente los valores monetarios, sino también cuando utiliza intangibles o contratos como instrumentos para desviar los dineros públicos a fines distintos de los previstos en las disposiciones legales y reglamentarias.

“En esta última hipótesis se presentará una indebida destinación de los dineros públicos en forma indirecta, toda vez que su utilización no autorizada, constituye una desviación de los recursos estatales, un gasto evidentemente no autorizado en objetivos diferentes del interés público. La indebida destinación indirecta se materializa en que los dineros públicos destinados para el cumplimiento de las funciones del congresista terminan beneficiando a terceras personas ajenas al mencionado objetivo (se destaca)”.

De lo expuesto, sin desconocer que la providencia arriba citada ha tenido interpretaciones donde se sostiene que amplió el concepto de dineros públicos¹⁴³, lo cierto es que su alcance no está cimentado en

¹⁴³ Cita original: Salvamentos de voto unificados de los Consejeros de Estado doctores Juan Ángel Palacio Hincapié, Germán Ayala Mantilla y Germán Rodríguez Villamizar, respecto de la sentencia del 13 de noviembre de 2001, citada en el anterior pie de página. En esa oportunidad, precisaron: “La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido reiterativa en el sentido de considerar que la causal de indebida destinación de dineros públicos no es posible extenderla o ampliarla a todo bien o servicio cuantificable en dinero, sino que debe limitarse, en los mismos términos en que lo

ese concepto, al punto que advierte que aún en el entendimiento “exclusivamente monetario” de dinero público, la causal se configuraría de forma directa e indirecta, pero alrededor del concepto de “indebida destinación”, no así frente al de dinero público.

Efectivamente, la sentencia al definir el concepto de dinero público, además de describir las posturas que sobre el particular ha desarrollado la Corporación, que pasan desde un entendimiento restringido hasta uno amplio, concluye que el factor determinante es el de la destinación indebida.

*De lo arriba expuesto, se sigue que la interpretación en sentido amplio en la sentencia en comento, es el concepto de **indebida destinación**, tanto que se pone de presente que no fue restringido por el constituyente, razón por la cual la Corporación tampoco lo ha hecho en sus interpretaciones, so pena de desconocer el principio de interpretación hermenéutica que así lo impide; por el contrario, la Sala ha entendido como **indebida destinación** los casos en que el Congresista, sin ser ordenador del gasto, utiliza instrumentos idóneos para cambiar la destinación de los dineros públicos como ha ocurrido frente a la contratación pública¹⁴⁴, los anticipos¹⁴⁵ y las autorizaciones¹⁴⁶. Incluso, lo ha entendido así, en los eventos de cesión de tiquetes aéreos¹⁴⁷, la asignación de funciones distintas a*

expresa la Constitución, a aquellos eventos en que se dispone de “dineros públicos”, concepto eminentemente monetario que es restrictivo y de ninguna manera comprende otros bienes o especies diferentes al medio monetario. En este mismo sentido, el Diccionario de la Real Academia Española define el término dinero como “moneda corriente”. De otro lado, con la decisión de la Sala Plena adoptada en la sentencia de la referencia no sólo se amplía una causal para volverla genérica, sino que se olvida que el proceso de Pérdida de Investidura también es un proceso sancionatorio sometido al principio doctrinal universal de que “no hay delito sin ley preexistente al hecho que se le imputa”, con lo cual se hacen merecedores de una sanción a inculpados por la jurisprudencia que la Ley no quiso sancionar”.

¹⁴⁴ Cita original: Sentencia de 23 de mayo de 2000, Expediente AC-9878, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, demandado Luis Norberto Guerra Vélez, Primer Vicepresidente de la Cámara de Representantes; sentencia de 30 de mayo de 2000, Expediente AC-9877, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, demandado Octavio Carmona Salazar, Segundo Vicepresidente de la Cámara de Representantes; sentencia de 5 de febrero de 2001, expedientes acumulados AC-10528 y AC-10967, M.P. Germán Ayala Mantilla, demandado Juan Ignacio Castrillón Roldán, Vicepresidente de la Cámara de Representantes. En estas oportunidades se juzgó la conducta de unos Congresistas, quienes en su calidad de miembros de la mesa directiva de la Cámara de Representantes, dispusieron y avalaron una serie de contrataciones, desconociendo lo establecido en las normas presupuestales y los principios de la contratación pública.

¹⁴⁵ Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, expedientes acumulados AC-10966 y AC-11274, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, demandado Darío Saravia Gómez, Representante a la Cámara. En esta oportunidad, se probó que los dineros públicos pagados a un contratista a título de anticipo fueron destinados al pago de comisiones por la adjudicación del contrato a favor del congresista demandado y, en consecuencia, se declaró la pérdida de investidura.

¹⁴⁶ Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, expediente AC-12546, M.P. Elena Giraldo Gómez, demandado Luis Alfonso Hoyos Aristizabal, Senador.

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 13 de noviembre de 2001, exp. 2001-0101-01 (PI), M.P. Ligia López Díaz.

los funcionarios públicos de las Unidades de Trabajo Legislativo¹⁴⁸, el desarrollo de funciones a esos mismos funcionarios en lugares diferentes al sitio de trabajo y por motivaciones que no consultan el servicio público¹⁴⁹, entre otros.

Efectivamente, en el caso de los tiquetes aéreos, desarrollada en la posición citada textualmente, se decretó la pérdida de investidura de un Congresista que propició la destinación indebida de dineros públicos, al ceder a terceras personas ajenas al Congreso, los billetes de pasaje adquiridos por la Cámara de Representantes con dineros públicos; igual decisión se adoptó respecto del desarrollo de funciones de los miembros de las Unidades de Trabajo Legislativo en lugares distintos al sitio de trabajo, concretamente en el exterior, y por motivaciones que no consultan el servicio público¹⁵⁰, en el cual

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 20 de septiembre de 2011, exp. 110010315000201001357-00 (PI); M.P. Ruth Stella Correa Palacio, actor: Fernando Augusto Ramírez Guerrero, demandado: Luis Enrique Salas Moisés

¹⁴⁹ **Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, expediente AC-12546, M.P. Elena Giraldo Gómez, demandado Luis Alfonso Hoyos Aristizabal, Senador.**

¹⁵⁰ Cita original: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 8 de agosto de 2001, expediente AC-12546, M.P. Elena Giraldo Gómez, demandado Luis Alfonso Hoyos Aristizabal, Senador. En esa oportunidad, la fundamentación dogmática fue la siguiente: “a.1. Dicha causal se encuentra prevista, de una parte, en el numeral 4 del artículo 183 de la Constitución Política el cual expresa que “Los congresistas perderán su investidura: () 4. Por indebida destinación de dineros públicos” y, de otra parte, en la ley 5ª de 1992 (num. 4 del art. 296). // Su alcance lo ha deducido la Sala del significado de las expresiones jurídico - normativas que la contienen y de acuerdo con la ley 153 de 1887 que enseña que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio (art. 28). // El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra “destinación” como acción y efecto de “destinar”, expresión que a su vez significa ordenar, señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto. Esa expresión en sentido figurado es equivalente a “aplicar”; y define la palabra “indebido” como aquello que no es obligatorio ni exigible o que es ilícito, injusto y falto de equidad. // a.2. Partiendo del sentido natural que se les debe dar a las palabras, la Sala en sentencia del 30 de mayo de 2000 entendió por “destinación indebida” “() desde el punto de vista jurídico () cuando quiera que recae o se aplica a un fin o propósito distinto, o contrario al que legal o reglamentariamente se encuentra previsto o destinado a un determinado bien, o cuando versa sobre algo prohibido, ilícito o injusto, o innecesario”. // El alcance de lo indebido hace alusión a la transgresión del ideal de conducta previsto en las normas sobre la destinación del dinero público: **basta con que el congresista destine indebidamente dineros públicos, en forma directa o indirecta.** La Sala precisó en sentencia de 19 de octubre de 1994 que no es de la esencia que la conducta de dicho servidor público sea constitutiva o esté tipificada en la ley penal; señaló: // “() la indebida destinación de dineros públicos no necesariamente se configura, ni mucho menos exclusivamente, porque la utilización, ordenación o aplicación de esos específicos dineros públicos por parte del congresista, se realice en forma ilícita, esto es, con transgresión de los linderos del derecho penal. En otros términos, no es de la esencia, ni tampoco el único comportamiento para la estructuración de dicha causal, que la conducta del congresista sea constitutiva o esté tipificada en la ley penal como hecho punible. // Igualmente, la Sala en el fallo citado antes, de 30 de mayo de 2000, definió el elemento tipificador de la causal de indebida destinación de dineros públicos; para ello analizó la conducta funcional del servidor público frente a la finalidad de la institucionalización de la causal y concluyó que estas deben ser contrarias a la Constitución, a la ley y/o a los reglamentos: // “() el elemento tipificador de la causal de pérdida de investidura en referencia, está en el hecho de que el congresista, en su condición de servidor público, que lo es (art. 123 de la Constitución), con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras

se volvió a reiterar el concepto de indebida destinación directa e indirecta; asimismo, se procedió en los asuntos de asignación de funciones distintas a los funcionarios públicos de las Unidades de Trabajo Legislativo¹⁵¹. Esta última decisión fue recientemente confirmada y reiterada, bajo las razones ya expuestas en la sentencia del 8 de agosto de 2001. Por su importancia ilustrativa se citan in extenso, así¹⁵²:

“La indebida destinación de dineros públicos¹⁵³.

“De acuerdo con la Jurisprudencia reiterada de la Corporación, esta causal de pérdida de investidura se presenta cuando el Congresista, en su condición de servidor público, con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido: i) traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales establecidos en

*personas, etc. // En los eventos como los antes indicados, la conducta del congresista bien puede ser delictiva o no, ajustada o no a un procedimiento legal de ordenación del gasto o de contratación, pero, su finalidad es otra muy distinta a la señalada en la Constitución, la ley o los reglamentos”. // La configuración de la causal en comento, como también la de tráfico de influencias, no está condicionada a la existencia de sentencia penal condenatoria previa; así lo decidió la Corte Constitucional en el fallo proferido el día 14 de julio de 1994, mediante el cual declaró inexecutable el parágrafo 2º del artículo 296 de la ley 5ª de 1992; sostuvo: // “Para la Corte, el tipo de responsabilidad política de carácter disciplinario exigible al congresista que incurriera en la comisión de una de las conductas que el Constituyente erigió en causa de pérdida de la investidura, es perfectamente diferenciable y separable de la penal que la misma pudiere también originar, por haber incurrido en un delito, independientemente de la acción penal (). // Agrégase a lo anterior que la existencia de estos dos tipos de responsabilidad separables y autónomos es, por lo demás, lo congruente con las razones que inspiraron al Constituyente para consagrar, con los propósitos que ya se mencionaron, un sistema más severo que estuviese a disposición de los ciudadanos, para sancionar los comportamientos que atenten contra la dignidad de la investidura de congresista, alejada de cualquier proceso previo de carácter penal’ Destacado por fuera del texto original. // a.3. Se puede concluir que son supuestos jurídicos de hecho para la configuración de la causal, que se demuestre concurrentemente que el Congresista en su condición de servidor público, incurrió en alguna de las siguientes conductas: // * distorsionó o cambió los fines y cometidos estatales consagrados en la Constitución, la ley o el reglamento; // * destinó los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados; // * aplicó los recursos a materias prohibidas, no necesarias o injustificadas; // * persiguió la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; y/o // * pretendió derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas”.*

¹⁵¹ Cita original: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 20 de septiembre de 2011, exp. 110010315000201001357-00 (PI); M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En esa ocasión, la Corporación declaró la pérdida de investidura de un Congresista porque *“indujo a los miembros de su unidad de trabajo legislativo a hacer contribuciones a su favor y a través suyo, a favor del movimiento o partido político al cual pertenece y destinó indebidamente los dineros públicos con los cuales se pagaban los salarios de aquéllos a actividades ajenas a las que debían cumplir en apoyo de la labor legislativa que correspondía al Representante”.*

¹⁵² Cita original: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 4 de septiembre de 2012, exp. 11001-03-15-000-2011-00616-00(PI), M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa ocasión, se juzgó la conducta de un Congresista que pidió un vehículo oficial adicional y lo dispuso para el uso de su hija, quien se accidentó en momentos en que conducía dicho automotor.

¹⁵³ Cita original: En relación con esta causal de pérdida de investidura de Congresistas, se reiteran las consideraciones expuestas en reciente sentencia de 20 de septiembre de 2011, exp. 110010315000201001357-00 (PI); M.P. Ruth Stella Correa Palacio, actor: Fernando Augusto Ramírez Guerrero, demandado: Luis Enrique Salas Moisés.

la Constitución Política, la ley o el reglamento, para destinar¹⁵⁴ los dineros públicos¹⁵⁵ a objetos, actividades o propósitos no autorizados o a otros sí autorizados pero diferentes de aquellos para los cuales se encuentran asignados; ii) aplica tales recursos (sic) a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; iii) actúa con la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; iv) pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas¹⁵⁶.

“Ha precisado la Sala, además, que se incurre en una indebida destinación de dineros públicos, de manera directa, al aplicar los recursos correspondientes a propósitos prohibidos, no autorizados, injustificados o innecesarios; de manera indirecta, cuando los dineros se aplican a fines diferentes de los que justificaron la disposición del gasto.

“Por lo tanto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha puntualizado que en dicha prohibición pueden incurrir tanto el ordenador del gasto, como cualquier otro Congresista cuando cambia la destinación de los recursos públicos¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Cita original: La Sala, en sentencia de 30 de mayo de 2000, exp. AC-9877, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, precisó el concepto “destinar” al que se refiere el artículo 183-4 de la Constitución “significa ordenar, señalar, aplicar o determinar una cosa para algún fin o efecto; por consiguiente, desde el punto de vista jurídico, aquella se torna indebida, cuando quiera que recae o se aplica a un fin o propósito distinto, o contrario al que legal o reglamentariamente se encuentra previsto o destinado un determinado bien, o cuando versa sobre algo prohibido, ilícito o injusto, o innecesario ... Entre la gama de conductas que pueden dar lugar a la causal en cuestión, si bien algunas de ellas al tiempo se encuentran definidas en la legislación penal como delitos, tales como el peculado (por apropiación, por uso, o por aplicación oficial diferente (...)) el enriquecimiento ilícito (...), el interés ilícito en la celebración de contratos (...), el trámite de contratos sin observancia de los requisitos legales (...), ellas no son las únicas a las que se refiere el numeral 4º del artículo 183 de la Constitución, por cuanto existen otras más que perfectamente pueden quedar comprendidas en esta específica causal de pérdida de investidura, en tanto consistan en la aplicación de dineros públicos a una finalidad o propósito diferente o contrario al legal o reglamentariamente preestablecido, sin que necesariamente las mismas estén tipificadas como delitos”.

¹⁵⁵ Cita original: Ha considerado la Sala que la expresión “dineros públicos” contenida en la norma constitucional citada debe entenderse como “el caudal del Estado conformado por los impuestos, las tasas, las contribuciones y los recursos del capital [los cuales] deben cumplir la destinación prevista en el respectivo Presupuesto, de suerte que se haga efectivo el mandato del artículo 345 de la Constitución Política”. Sentencia de 13 de noviembre de 2001, exp. 11001-03-15-000-2001-0101-01(PI), C.P. Ligia López Díaz.

¹⁵⁶ Cita original: Ver, sentencias de 30 de agosto de 2005, exp. 11001-03-15-000-2002-00250-01(REVPI), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; de 30 de mayo de 2000, exp. AC-9877; de 5 de septiembre de 2000, AC-9877, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; de 23 de abril de 2001, AC-12591, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 24 de febrero de 2004, PI 1149, C.P. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y de 12 de julio de 2005, exp. PI-00334, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, entre otras.

¹⁵⁷ Cita original: Es por ello que el Consejo de Estado ha decretado la pérdida de investidura tanto por la indebida destinación de dineros públicos causada por los Congresistas cuando actúan como ordenadores del gasto, como en situaciones donde se utilizan instrumentos idóneos para cambiar la destinación de los dineros públicos; por ejemplo, en sentencias de 23 de mayo de 2000, exp. AC-9878, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; de 30 de mayo de 2000, exp. AC-9877, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; de 5 de febrero de 2001, exps. AC-10528 y AC-10967, C.P. Germán Ayala Mantilla; de 8 de agosto de 2001, exps. AC-10966 y

“Desde hace más de una década, la Sala ha sido del criterio según el cual la indebida destinación de dineros públicos debe ser entendida desde su finalidad y que, en consecuencia, para que se configure esa causal

“... basta con que el Congresista destine indebidamente dineros públicos, en forma directa o indirecta. La Sala en el fallo de 30 de mayo de 2000 definió el elemento tipificador de la causal de indebida destinación de dineros públicos; para ello analizó la conducta funcional del servidor público frente a la finalidad de la institucionalización de la causal y concluyó que estas deben ser contrarias a la Constitución, a la ley y/o a los reglamentos:

“... el elemento tipificador de la causal de pérdida de investidura en referencia, está en el hecho de que el congresista, en su condición de servidor público, que lo es (art. 123 de la Constitución), con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas, etc.

“En los eventos como los antes indicados, la conducta del Congresista bien puede ser delictiva o no, ajustada o no a un procedimiento legal de ordenación del gasto o de contratación, pero, su finalidad es otra muy distinta a la señalada en la Constitución, la ley o los reglamentos”¹⁵⁸.

“Se puede concluir que son supuestos jurídicos de hecho para la configuración de la causal, que se demuestre concurrentemente que el Congresista en su condición de servidor público, incurrió en alguna de las siguientes conductas: -distorsionó o cambió los fines y cometidos estatales consagrados en la Constitución, la ley o el reglamento; - destinó los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados o a otros sí autorizados pero diferentes a

AC-11274, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá; de 8 de agosto de 2001, exp. AC-12546, C. P. María Elena Giraldo Gómez y de 13 de noviembre de 2001, exp. 11001-03-15-000-2001-0101-01, C.P. Ligia López Díaz.

¹⁵⁸ Cita original: Expediente AC-9877. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Demandado: Octavio Carmona Salazar.

aquellos para los cuales se encuentran asignados;- aplicó los recursos a materias prohibidas, no necesarias o injustificadas;- persiguió la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; y/o - pretendió derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas”¹⁵⁹.

“Posteriormente, la Sala se refirió a la aludida causal para efectos de precisar que la determinación de su alcance <<no ha de colocarse sobre la expresión ‘dineros públicos’ sino sobre la forma en que se puede llevar a cabo su correcta destinación>>:

“... con la consideración del concepto ‘dineros públicos’ restringida al tema monetario, únicamente los ordenadores del gasto podrían ser requeridos por su destinación indebida ...

“Es por ello que el Consejo de Estado ha decretado la pérdida de investidura no solamente ante la indebida destinación de dineros públicos causada por los congresistas cuando actúan como ordenadores del gasto, sino en situaciones donde se utilizan instrumentos idóneos para cambiar la destinación de los dineros públicos como ha ocurrido frente a la contratación pública¹⁶⁰, los anticipos¹⁶¹ y las autorizaciones¹⁶²”.

“La Sala considera entonces que los dineros públicos, es decir, el caudal del Estado conformado por los impuestos, las tasas, las contribuciones y los recursos de capital deben cumplir la destinación prevista en el respectivo Presupuesto, de suerte que se haga efectivo el mandato del artículo 345 de la Constitución Política.

“El énfasis interpretativo de la causal no ha de colocarse sobre la expresión ‘dineros públicos’ sino sobre la forma en que se puede llevar a cabo su correcta destinación. En efecto, para la Sala, la indebida utilización de dineros públicos, puede llevarse a cabo de dos formas diferentes, de manera directa o de manera indirecta. Será DIRECTA cuando el Congresista -con capacidad de ordenación del

¹⁵⁹ Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, exp. AC-12546, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁶⁰ Cita original: Sentencia de 23 de mayo de 2000, Expediente AC-9878, M. P. Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Demandado Luis Norberto Guerra Vélez, Primer Vicepresidente de la Cámara de Representantes; Sentencia de 30 de mayo de 2000, Expediente AC-9877, M. P. Doctor Germán Rodríguez Villamizar, Demandado Octavio Carmona Salazar, Segundo Vicepresidente de la Cámara de Representantes; Sentencia de 5 de febrero de 2001, Expedientes acumulados AC-10528 y AC-10967, M. P. Doctor Germán Ayala Mantilla, Demandado Juan Ignacio Castrillón Roldán, Vicepresidente de la Cámara de Representantes.

¹⁶¹ Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, Expedientes acumulados AC-10966 y AC-11274, M. P. Doctor Reinaldo Chavarro Buriticá, Demandado Darío Saravia Gómez, Representante a la Cámara.

¹⁶² Cita original: Sentencia de 8 de agosto de 2001, Expediente AC-12546, M. P. Doctora María Elena Giraldo Gómez, Demandado Luis Alfonso Hoyos Aristizábal, Senador.

gasto- dispone ilícitamente de recursos del erario, bien sea para obtener finalidades particulares (a través, por ejemplo, de la celebración de contratos estatales sin establecer su necesidad, oportunidad o conveniencia, tal y como se examinó en la sentencia del 20 de junio de 2000, expedientes AC-9875 y AC-9876) o para ordenar una destinación diferente a la establecida en el Presupuesto para esos dineros públicos. Y se presentará la destinación INDIRECTA cuando a pesar de haber sido ordenado el gasto para el objeto previsto en el respectivo Presupuesto, el congresista propicia con su conducta una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados.

“Toda vez que la Constitución Política al instituir como causal de pérdida de investidura la ‘Indebida destinación de dineros públicos’, no estableció que la misma tenía que ser DIRECTA, es plausible que esta destinación pueda ser INDIRECTA, como lo ha aceptado la Corporación en los casos señalados atrás.

“Entonces, la Sala de acuerdo con el Ministerio Público, considera que la indebida destinación de dineros públicos -aún entendida bajo el criterio jurisprudencial exclusivamente monetario-, se configura no solamente cuando el Congresista, en ejercicio de su cargo, ‘traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento’, utilizando, aplicando o destinando directa e indebidamente los valores monetarios, sino también cuando utiliza intangibles o contratos como instrumentos para desviar los dineros públicos a fines distintos de los previstos en las disposiciones legales y reglamentarias.

“En esta última hipótesis se presentará una indebida destinación de los dineros públicos en forma indirecta, toda vez que su utilización no autorizada, constituye una desviación de los recursos estatales, un gasto evidentemente no autorizado en objetivos diferentes del interés público. La indebida destinación indirecta se materializa en que los dineros públicos destinados para el cumplimiento de las funciones del Congresista terminan beneficiando a terceras personas ajenas al mencionado objetivo”¹⁶³. (Negritas adicionales)”.

Como se observa, en esa oportunidad nuevamente la indebida destinación de dineros públicos se fundamentó en el concepto de indebida destinación INDIRECTA, que no de dineros públicos, en los términos explicados con suficiencia en renglones precedentes y en la

¹⁶³ Cita original: Sentencia de 13 de noviembre de 2001, exp. 11001-03-15-000-2001-0101-01(PI), C.P. Ligia López Díaz.

cual se fundamentó la posición de la Sala en esa oportunidad para negar la pérdida de investidura¹⁶⁴.

En esos términos, se puede concluir que la indebida destinación, directa o indirecta, deberá recaer sobre dineros públicos, entendidos estos últimos en los términos que la Corporación le ha dado en los precedentes citados y en el desarrollo de cada caso en particular¹⁶⁵.

Bajo las precisiones arriba anotadas dejo rendida mi aclaración de voto.

Respetuosamente,

Fecha ut supra

RAMIRO PAZOS GUERRERO
MAGISTRADO

¹⁶⁴ Cita original: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 4 de septiembre de 2012, exp. 11001-03-15-000-2011-00616-00(PI), M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa oportunidad, se concluyó: *“que la situación fáctica en la cual se encuentra inmerso el demandado no cuenta con la virtualidad y con el alcance suficientes para decretar la pérdida de investidura **por la indebida destinación de dineros públicos bajo su modalidad indirecta**, dado que la conducción del automotor oficial por parte de la hija del Congresista demandado no provino de una conducta abusiva del responsable de dicho bien, sino de la ejecución del objeto para el cual el automotor se encontraba destinado, como lo era el desplazamiento del propio Representante a la Cámara, sólo que se hizo por parte de una persona no autorizada para ello, lo cual en modo alguno es ni puede ser motivo de aplauso”*.

¹⁶⁵ Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 24 de febrero de 2004, exp. 11001-03-15-000-2003-1149-01(PI), M.P. Alier Hernández Enríquez. En esta oportunidad, se precisó: *“[s]e insiste, en este orden de ideas, en que será siempre necesario estudiar las particularidades de cada situación planteada, a fin de determinar si la conducta realizada corresponde a la prevista en el artículo 183, numeral 4º, de la Carta Política, y si existe, entonces, fundamento suficiente para ordenar la pérdida de la investidura del Congresista acusado”*. Reiterada por la Sala Plena en sentencia del 15 de abril de 2008, exp. 11001-03-15-000-2007-01231-00(PI), M.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Sobre los antecedentes de la causal en comento, en la Asamblea Nacional Constituyente, conforme a la transcripción de la plenaria del 28 de mayo de 1991, la delegataria María Teresa Garcés propuso: *“(…) en relación con el artículo octavo sobre las causales de pérdida de investidura, sugiero adicionar las que están en el proyecto con otras dos causales que serían la indebida destinación de dineros públicos que ha sido una práctica reiterada en el congreso. Conocemos los casos en que no solamente se han desviado los dineros públicos a través de la utilización de auxilios parlamentarios en las reelecciones de los congresistas, sino también en pagar sueldos a personas que no asisten, que no trabajan en el Congreso de la República, eso claramente debe constituir una causal de pérdida de investidura. (...)”*. Presidencia de la República. Centro de Información y Sistemas para la Preparación de la Asamblea Nacional Constituyente. Transcripción de sesiones Art. 183 C.P. Plenaria Mayo 28 de 1991. Archivo Corte Constitucional. Vista en sentencia T-086 del 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ENRIQUE JARAMILLO SOTO

Referencia: SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO - STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Aunque coincido con la Sala en que la acción pública de pérdida de investidura estaba llamada a prosperar en el caso *sub judice*, debo manifestar, respetuosamente, mi desacuerdo con varios aspectos de fondo incluidos en la parte motiva de la decisión que desdibuja el mecanismo, al punto de volverlo inane. Se trata de llamar la atención sobre la necesidad de conservar la naturaleza de la pérdida de investidura, tal y como el constituyente la concibió.

La acción pública de pérdida de investidura es un instrumento de participación democrática por medio del cual la ciudadanía ejerce el control del poder político. Fue diseñada por el constituyente a la manera de un juicio objetivo, con causales expresas y taxativas, para preservar la dignidad congresal y no les corresponde a los jueces modificarlo de espaldas a la voluntad popular. Esta es una tarea reservada al constituyente primario.

Sin embargo, la decisión mayoritaria aludió a aspectos extraños para el efecto, esto es, al examen de “culpa”. Ello sale a relucir en el aparte que se cita a renglón seguido –se destaca–:

“En este orden de ideas, la Sala precisa que el congresista debía ser conocedor de sus funciones y de las implicaciones de certificar un hecho que no era cierto, Él ha debido constatar qué servidores públicos asistían normalmente a cumplir sus funciones y cuáles no. Así mismo ha debido prever el alcance de las certificaciones en las cuales se hacía constar situaciones que eran irreales. El anterior comportamiento denota culpa y genera un grado de responsabilidad que es sancionado con la pérdida de investidura”.

Adicionalmente, se mencionó en la Sala y, se mantuvo en las consideraciones de la sentencia (numeral 2.7.11) que no se desconocían “*las diferentes críticas y censuras*” formuladas respecto de la acción de pérdida de investidura, entre las que se mencionó “*la inconstitucionalidad de normas constitucionales, al establecer una sanción perenne o de por vida*”.

A propósito de lo anterior, debo destacar la naturaleza política del juicio de desinvestidura efectuado directamente por el Constituyente y consignado de manera clara en los preceptos constitucionales. Debo recordar, asimismo, que este no fue un tema baladí o secundario. Uno de los pilares sobre los cuales se edificó el orden jurídico a partir de la Constitución de 1991 fue, justamente, dignificar la institución del Congreso de la República, devolverle el prestigio, la estatura moral y la legitimidad puestas en entredicho.

Este aspecto neurálgico de la arquitectura constitucional no solo fue y, continúa siendo relevante; los debates que tuvieron lugar en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente dan cuenta de la **unanimidad** que existió entorno al mismo, hasta el extremo que, tanto la acción de desinvestidura, como el procedimiento, fueron regulados directamente en la Constitución, con miras a garantizar la eficacia del juicio de responsabilidad política efectuado de antemano por el Constituyente primario y que se confió a los jueces llevar a buen término – se destaca–.

Se devela, así, el interés del constituyente en formalizar los elementos de la acción y su naturaleza para dejar al intérprete escaso o ningún espacio. No cabe, por tanto, ampliar el espectro de la intervención judicial con facultades dirigidas a desentrañar la presencia o ausencia de “**culpa**”–se destaca–.

Dadas las especificidades del juicio de desinvestidura y, los objetivos que persigue lograr, esta figura concuerda incluso con el ambiente axiológico propio del constitucionalismo, que **como criterio meta positivo se inspira en la necesidad de sujetar el ejercicio del poder al derecho y, a la vez, garantizar la interdicción de la arbitrariedad** –se destaca–. Este criterio se ve reflejado en la norma prevista por el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre de 1789 al tenor del cual “[u]na Sociedad en la que no esté establecida la **garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución**” –se destaca–.

Dicho de distinta manera, no cabe duda de que la lucha contra la corrupción con sanciones drásticas para quienes incurren en esa práctica demoledora, que impide la cabal realización del Estado social de derecho y de los derechos de los asociados, se encuentra sintonizada con los principios supra positivos de la comunidad jurídica que son los mismos que iluminaron la norma contemplada en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y que hoy irradian el derecho internacional de los derechos humanos en el que ocupan un lugar preeminente aquellas convenciones que en el marco de la organización de Naciones Unidas –ONU– como de Estados Americanos –OEA– persiguen erradicar ese flagelo con efectos tan letales.

Además, las instituciones no compelen a los ciudadanos a convertirse en Congresistas y si voluntariamente se someten a la contienda política, al igual que cuando resultan elegidos para el cargo, saben de antemano que el proceso deberá responder a los estándares exigidos y que la gestión tendrá que ser eficiente, clara y transparente, sin perjuicio de perder la investidura por el solo hecho de incurrir en la causal, al margen de la motivación y sin que medie justificación alguna.

La Corte Constitucional suele describir la naturaleza y alcances de la sanción de pérdida de investidura, teniendo como trasfondo la necesidad de dignificar la institución congresual y luchar contra la corrupción y le asiste toda la razón. El diseño constitucional, a la par de la jurisprudencia, trazan una frontera clara, ineludible y necesaria del ejercicio a ser elegido como representante del Pueblo en el Congreso de la República, sin perjuicio de la garantía del debido proceso, con las especificidades propias.

Confinos que, bueno sea destacarlo, quienes pretenden alcanzar una curul no pueden sino conocer de antemano al extremo que no resulta posible admitirles que lo ignoraban, como tampoco que fueron inducidos a error. En este punto, bien vale insistir en que tan solo los numerales 2º y 3º del artículo 183 C.P. admiten justificación derivada única y, exclusivamente, de la fuerza mayor.

Por consiguiente, en el juicio de desinvestidura se presentan dos derechos fundamentales en juego. De una parte, el de los electores a participar democráticamente en el ejercicio del control político y, en tal sentido, la facultad de verificar que los Congresistas elegidos cumplan con el estándar fijado por el constituyente para garantizar la dignidad del cargo público de elección popular que ostentan.

De otra parte, el derecho de quien ha sido elegido como representante del Pueblo a conformar el poder político, permanecer en el cargo y no ser sancionado con la desinvestidura salvo que exista un motivo jurídicamente sustentado y bajo estricto respeto del debido proceso.

Ahora, dada las especificidades del juicio de desinvestidura, estrechamente vinculadas con los fines u objetivos que el mismo busca alcanzar –transparencia, dignidad y legitimidad de la institución congresal–, los derechos políticos y el debido proceso del elegido se aplican de manera que se atienda esas particularidades, sin que de ello se siga o pueda concluirse, que los mismos dejan de ocupar un lugar central.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia reiterada de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sede de acción pública de constitucionalidad, como se sabe, de obligatorio cumplimiento incluso para la misma corporación en sede de revisión de tutelas¹⁶⁶:

¹⁶⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.

“La Constitución ha establecido la pérdida de la investidura como una sanción que es independiente de las penales que pudieran ser aplicables por la comisión de delitos y que encuentra su razón de ser en el régimen constitucional de las actividades que cumplen los congresistas. Tiene un carácter disciplinario de muy especiales características, la competencia para decretarla es atribuida de manera exclusiva a un tribunal –el Consejo de Estado– y tan sólo puede operar en los casos, bajo las condiciones y con las consecuencias que la Carta Política establece. Las causas que dan lugar a ella son taxativas.

La Corte Constitucional considera que las normas constitucionales en las cuales se consagra la pérdida de la investidura deben ser interpretadas de manera armónica con el artículo 29 de la Carta, con las necesarias adaptaciones que exige la naturaleza especial de aquéllas”.

La observancia de las severas exigencias incorporadas en la legislación positiva y, desde luego, no adscritas a ningún ordenamiento moral particular, incumbe al elegido, concierne a la sociedad en general y se convierte, además, en el **criterio objetivo** a partir del cual el elector ejerce control democrático sobre sus representantes directos –se destaca–.

El control atañe a los ciudadanos en su conjunto e individualmente considerados y se encamina a depurar las corporaciones públicas, aún en contra de la voluntad de sus integrantes, quienes habrán de asistir al juicio público de su actuaciones y omisiones en el marco de las causales constitucionales previstas y afrontar el señalamiento ciudadano por haber defraudado la confianza en ellos depositada por el elector. Esto es, si el parlamentario no se ve sorprendido, tampoco tendría el juicio que desconcertar al elector con exigencias no previstas encaminadas a desvirtuar la motivación o intención considerada de antemano limpia del demandado –se destaca–.

Se advierte, en consecuencia, que el derecho fundamental a ejercer cargos públicos no es absoluto; se supedita a las exigencias previstas por el ordenamiento jurídico. Premisa que rige para todos los cargos públicos y que, en el caso de los Congresistas, se sujeta también por voluntad del constituyente a la confrontación pública y a una drástica sanción –Cfr. sentencias C-319 de 1994; C-247 de 1995; C-028 de 2006; C-1056 de 2012; C-237 de 2012–.

Se impone, por tanto, un entendimiento dirigido a preservar la institución. Obsérvese que la restricción al *arbitrio juris*, conocida de antemano, no solo

garantiza que se respetará la dignidad del Congreso, sino que el parlamentario y el ciudadano elector no se verán sorprendidos con vagas disquisiciones jurídicas sobre motivaciones y justificaciones.

En la acción pública de pérdida de investidura impera, por tanto, un reproche “objetivo” o normativo, mismo que igualmente puede establecer el legislador frente a determinadas conductas con propósitos institucionales, razonables y proporcionados. Es el caso, por ejemplo, del enriquecimiento ilícito¹⁶⁷ e, igualmente, de la responsabilidad por daño ambiental y por daño antijurídico.

A propósito de lo dicho, resulta pertinente destacar el poder constituyente interno reconocido en el derecho internacional para fijar la política criminal, al punto que en los asuntos mencionados, en los tratados internacionales se prevé, expresamente, la posibilidad de deducir responsabilidades de naturaleza penal, a partir de la mera situación fáctica¹⁶⁸.

Se trata de no cerrar los ojos, tampoco permanecer indiferentes ante situaciones en que, dadas las dificultades probatorias y la necesidad de proteger bienes de importancia perentoria para la sociedad, el reproche “objetivo” de la conducta debe inevitablemente admitirse¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Consideró la Corte en la sentencia C-319 de 1996: “[e]l enriquecimiento ilícito no es ni puede ser protegido por la Constitución que, por el contrario, sanciona directamente a las personas que detenten patrimonios signados por ése origen con la extinción del dominio, la que se debe declarar a través de sentencia judicial (C.P., art. 34). La propiedad y, en general, los derechos, adquiridos al margen de las leyes civiles, vale decir, por medio o al abrigo de actividades ilícitas, tampoco están cubiertos con la tutela del Estado (C.P. art. 58). La actividad económica que de cualquier manera se lucre de esta misma suerte de actividades, carece del patrocinio del Estado, pues únicamente la empresa que actúa dentro de los límites del bien común, tiene una función social y se hace merecedora de la protección de las leyes y de las autoridades (C.P. art. 333). // Como se ha señalado, la Constitución prefigura el delito de enriquecimiento ilícito y mal pueden, entonces, considerarse inconstitucionales las leyes que, en perfecta consonancia con ella y con su filosofía, sancionan penalmente las conductas que lo evidencian. // No puede aducirse que las normas acusadas utilicen un lenguaje impreciso y equívoco y que éste, a su vez, entrañe una violación a la presunción de inocencia. // La expresión ‘incremento patrimonial no justificado’, tiene una equivalente en las palabras empleadas por el mismo constituyente al anatematizar las fortunas o patrimonios conformados por ‘los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social’ (C.P. art. 34). Más aún, de la citada norma, surge positivamente el deber a cargo de toda persona de no enriquecerse ilícitamente -de lo contrario no tendría sentido la sanción de extinción del dominio que en ella se impone- y, de la correlativa obligación de las autoridades, de perseguir su violación. Por lo demás, la ley podría desarrollar el texto constitucional, estableciendo deberes y cargas de información con miras a prevenir y sancionar dichos comportamientos desviados”.

¹⁶⁸ Cfr. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Instrumento adoptado en la Asamblea General en octubre de 2003 en vigor desde el 14 de diciembre de 2005 con la ratificación de 30 Estados e incorporado al derecho interno colombiano mediante Ley 970 de 2005.

¹⁶⁹ Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-703 de 2010 en la que sostuvo: “[e]l derecho administrativo sancionador corresponde a una potestad de la administración para velar por el adecuado cumplimiento de sus funciones mediante la imposición, a sus propios funcionarios y a los particulares, del acatamiento de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos. En el Estado contemporáneo las funciones de la administración se han incrementado de manera notable, lo que ha conducido a que la represión de los ilícitos que correspondía exclusivamente a la Rama Judicial y más concretamente a la jurisdicción penal, se muestra hoy insuficiente frente al aumento del repertorio de infracciones producto de la mayor complejidad de las relaciones sociales. El fundamento de la potestad sancionadora de la administración se encuentra en una pluralidad de disposiciones constitucionales que van desde el señalamiento de los fines del Estado hasta el establecimiento de los principios que guían la función administrativa, pasando por el artículo 29 superior que, al

En consecuencia, son varios los aspectos que justifican restringir la naturaleza del reproche a lo positivamente establecido, la que, en el caso en estudio, se deriva del claro interés del constituyente de hacer prevalecer la dignidad del Congreso sobre el derecho a elegir y ser elegido y asignar su definición al Consejo de Estado, en cuanto el juicio penal le correspondería a la Corte Suprema de Justicia.

Similares efectos y proyección tiene el reproche objetivo en el terreno de la defensa del medio ambiente¹⁷⁰ o en materia tributaria, laboral o financiera. En todos estos casos, la jurisprudencia constitucional admite la armonía del reproche con el desconocimiento de una previa regla de conducta que la misma Carta prevé¹⁷¹. Es así como, en tanto el Estado repara el daño antijurídico al margen de la ilegitimidad de la conducta del agente estatal, éste solo responde por culpa grave o dolo. Como se viene señalando, también el constituyente permite al legislador optar por la modalidad objetiva para sancionar el daño ambiental.

En este sentido, tratándose de la pérdida de investidura, es claro que la conducta del parlamentario, sujeta a altos estándares objetiva, pública y claramente exigidos, puede ser reprochada por sus electores, al margen de la motivación o de la intención y sin ninguna justificación¹⁷². Tal como lo diseñó la Asamblea

estatuir la aplicación del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, reconoce, de modo implícito, la facultad de la administración para imponer sanciones". En esa misma providencia se precisó: "[s]i bien los principios propios del derecho penal inspiran el desarrollo de la potestad sancionadora administrativa, a tal punto que las garantías penales mínimas no pueden ser desconocidas por la administración, sus diferencias conllevan a reglas diferentes que no implica el traslado total o la aplicación automática de las reglas del derecho penal en el ámbito administrativo, sino el respeto al debido proceso, la interdicción de la arbitrariedad, la observancia del principio de legalidad y el aseguramiento de los derechos, sean de origen constitucional, legal o convencional". Y más adelante sostuvo: "[s]i bien las medidas preventivas en materia ambiental aparecen establecidas ya en la Ley 99 de 1993, es la Ley 1333 de 2009 la que establece su aplicación por presunción de culpa o dolo del infractor, asignándole a dichas medidas preventivas la función de prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana; precisando, asimismo, que las medidas preventivas que la autoridad ambiental puede imponer son: la amonestación escrita; el decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción; la aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres y la suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos".

¹⁷⁰ "ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. // También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. // Así mismo, definirá los casos de **responsabilidad civil objetiva** por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos" –se destaca–. Cfr. asimismo, Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2011.

¹⁷¹ Corte Constitucional. Sentencias C-319 de 1996; C-172 de 2006 y C-632 de 2011, entre otras.

¹⁷² Para entender mejor cómo funciona el reproche "objetivo" de culpa, piénsese, por ejemplo, en la responsabilidad objetiva que surge con el incumplimiento de las reglas de tránsito. Se sabe que el ordenamiento jurídico prohíbe a quien conduce un vehículo cruzar la calle cuando el semáforo alumbra en rojo. El fundamento de esta prohibición radica en garantizar el principio de preservación de la vida e integridad de las personas y la confianza indispensable para la convivencia segura. Si cruzo en rojo, la autoridad de tránsito puede imponerme la sanción por el hecho de desconocer objetivamente la norma. LA conducta que debe quedar enteramente comprobada es que en efecto

Constituyente, con miras a rescatar la dignidad del Congreso, sin que resulte posible morigerar las exigencias en cuanto:

“Es como pueden Ustedes observar un régimen severo, pero que obedece básicamente a la necesidad de recuperar, como dije antes en cuanto a las inhabilidades, la eficacia del Congreso y el tono moral de los Congresistas”¹⁷³.

Por tanto, al margen de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, tampoco resultan admisibles causales de justificación en menoscabo de los efectos disuasivos, preventivos y represivos impuestos por la Carta Política a quien resuelve acceder al Congreso de la República, obligado a tomar las medidas indispensables a fin de no incurrir en las causales expresa, taxativa y objetivamente allí consignadas. Conducta que de presentarse y, ser atribuida al Congresista, directamente y, de inmediato, **desvirtúa la presunción de dignidad de su investidura** y da lugar a la sanción –se destaca–.

Vale decir, desde antes de la contienda política, en el curso de la misma y una vez elegido para el cargo, el Congresista responde “objetivamente” si se comprueba que incurrió en la causal de pérdida de investidura, pues, al probarse lo anterior, se constata, de igual modo, que no llenó –estando compelido por la Constitución– las exigencias que la sociedad esperaba de su investidura. Juicio de reproche ético realizado de antemano por el constituyente.

Adviértase que en estos casos el elemento cognitivo o intencional resulta irrelevante ***post factum***. Carece de importancia, precisamente, porque quien resuelve lanzarse al Congreso sabe ***ex ante*** que está obligado a llenar unas exigencias y por ello nunca podrá sostener que fue sorprendido con requerimientos que ignoraba o que resultaban arbitrarios o desproporcionados –se destaca–.

crucé la calle cuando el semáforo alumbraba en rojo. Que no haya sido mi intención o que por distracción no me fue factible percatarme del cambio de luz, es indiferente y ello no puede tomarse como excusa para sostener que se me viola mi derecho al debido proceso y la presunción de inocencia o la defensa técnica, porque crucé en rojo sin intención, motivación o dolo y, en todo caso, recibo la multa, sin más. Las normas de tránsito constituyen reglas mínimas para preservar la vida e integridad de las personas, de similar forma que las normas que rigen la acción de pérdida de investidura constituyen reglas mínimas para preservar la dignidad congresual. La preservación de la vida e integridad de las personas y de la dignidad congresual resultan factibles si, en el caso de las normas de tránsito, los destinatarios las cumplen a cabalidad e impiden que domine el caos y la inseguridad vial y si, en el caso de los Congresistas, corresponden a las altas expectativas que la sociedad democrática tiene de su conducta y de su labor e impiden el conflicto de intereses, el tráfico de influencias, la indebida destinación de dineros públicos y el encontrarse incurso de causales de incompatibilidad e inhabilidad. Se itera: cruzar el semáforo en rojo trae como consecuencia que se multe la conducta, sin necesidad de comprobar, adicionalmente, si se tuvo o no la intención de infringir la norma de tránsito. Incurrir en una causal de pérdida de investidura, acarrea, de suyo, una drástica sanción sin importar si fue o no intención del Congresista.

¹⁷³ Asamblea Nacional Constituyente, Comisión Tercera, abril 25 de 1991, constituyente Luis Guillermo Nieto Roa, p. 40, digitalizada por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República.

Por consiguiente, lo que se reprocha a los parlamentarios en el juicio de desinvestidura no radica en haber actuado con un querer determinado, sino en no obrar conforme al estándar constitucional exigible para dignificar la institución congresal –se destaca–. Se colige, entonces, que quien aspira a una curul no solo cumple los requisitos personales sino que conoce las restricciones que le impiden hacerlo.

Abogar por lo contrario, esto es, condonar de antemano el desconocimiento de los estándares constitucionalmente previstos, desdibuja la figura y la vuelve inane, lo que contraría el ordenamiento empeñado en hacer del ingreso a los cargos públicos una empresa transparente, garante de la igualdad y, por ende, de los principios democráticos, de separación de poderes y de frenos y contra pesos.

Adviértase que el derecho a la garantía del debido proceso en el juicio de desinvestidura se protege **ex ante**, porque, gracias al principio de legalidad, las causas que, de configurarse, dan lugar a la desinvestidura están expresa y taxativamente consignadas en el texto constitucional –se destaca–.

Así, quien resuelve lanzarse como candidato al Congreso de la República está constitucionalmente compelido a sujetarse a las constricciones establecidas de manera general y abstracta¹⁷⁴, esto es, respecto de todo aquel que resuelve participar y con independencia de condiciones particulares, mismas imposibles de establecer en una contienda electoral, como la prevista para acceder a un órgano de representación popular.

La Constitución no solo prevé las causales de desinvestidura, hace explícita la sanción que su configuración acarrea. Sanción –desinvestidura– que pretende, como ya se advirtió, **disuadir** y **prevenir** a las personas incapaces de llenar tan altas exigencias para que se mantengan alejadas de esta actividad en la que se está comprometiendo, por encima de todo, el **interés general** y la **dignidad del Congreso** –entre muchas, cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 1994; C-1056 de 2012; se destaca–.

El derecho a la garantía del debido proceso en el juicio de desinvestidura se protege también **post factum**, porque, como lo ha advertido de modo reiterado la jurisprudencia constitucional y contenciosa, el debido proceso se aplica en el marco de la acción pública de investidura acorde con las especificidades derivadas de la efectividad y finalidad de la acción –entre muchas, cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-247 de 1995; C-237 de 2012; C-254 A de 2012;

¹⁷⁴ “La institución de la pérdida de la investidura de los congresistas, consagrada en el artículo 183 de la Carta Política, cabe señalar que ella hace parte de todo un régimen de incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones que el Constituyente estableció, en virtud de la importancia y de la trascendencia política, social y jurídica que implica el ser miembro del Congreso de la República. Para efectos del asunto en comento, baste señalar que por tratarse de la sanción más grave que se le puede imponer a un congresista -habida cuenta de la naturaleza de la falta cometida, del prestigio de la institución que se pone en entredicho, del interés de la colectividad que lo ha elegido y de las consecuencias del fallo-, la Carta Política determinó sus causales en forma taxativa (Art. 183)”. Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-319 de 1994; C-394 de 1994; C-247 de 1995; C-037 de 1996; C-254A de 2012; C-1056 de 2012.

jurisprudencia reiterada en sede de tutela. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-1285 de 2005; T-086 de 2007; T-147 de 2011–.

En relación con lo anterior, cabe precisar que, tratándose de un juicio desarrollado sobre la base de que se acrediten supuestos objetivamente previstos por el ordenamiento jurídico, se presume al imputado **digno de su investidura** hasta tanto se compruebe que se configura la conducta en que objetivamente se hace consistir la causal. En pocas palabras, **una vez acreditada la presencia de los elementos fácticos que objetivamente estructuran la causal, se desvirtúa la presunción de dignidad de la investidura que ostenta el parlamentario demandado, al margen de la motivación o intención y, en general, de la representación dirigida a desconocer la norma e infringir el daño** –se destaca–.

No existe entonces ninguna antinomia que resolver, pues el artículo 183 C.P. se aplica y, al hacerlo, no se desconoce el artículo 29 C.P. en la medida en que su interpretación deberá corresponder con la naturaleza de la acción constitucional; esto es, se impone la observancia rigurosa del principio de legalidad. Es de advertir, además, que no hay normas inconstitucionales sino interpretaciones dirigidas a reconocer su marco de aplicación. En este punto las afirmaciones al respecto dirigidas a descalificar la acción de pérdida de investidura denotan falta de rigor interpretativo.

Cabe aquí traer a colación el escrito que por primera vez planteó de modo sistemático el debate sobre las llamadas antinomias constitucionales.

En su conferencia inaugural –convertida hoy en obra clásica del constitucionalismo de la posguerra– leída ante los estudiantes de la Universidad de Heidelberg el 20 de julio de 1951, el jurista y profesor alemán Otto Bachof se refirió a *“la posibilidad de hablar de normas constitucionales inconstitucionales o, en general, inválidas, así como de la competencia jurisdiccional para su control”*¹⁷⁵.

Este documento tuvo en su momento y ha tenido gran resonancia, así como también ha sido objeto de apoyo y críticas profundas. Considero que en el presente salvamento de voto cabe tomarlo en cuenta, porque si bien se puede discrepar del mismo, en términos generales el mensaje resulta pertinente. Esto es: aun cuando los jueces no gozan de potestad discrecional para sustituir al constituyente primario, sí tienen la obligación de mantener incólume el ambiente axiológico propio del constitucionalismo que subyace ***como criterio no positivizado y que apunta a la necesidad de limitar el ejercicio arbitrario del poder mediante su sujeción al derecho*** –se destaca–.

El propio Bachof admite que la posibilidad –siempre factible– de que existan normas constitucionales inconstitucionales ***es excepcional*** y pasa por reconocer que ***la validez de las normas constitucionales no puede establecerse desde la propia Constitución*** –se destaca–. Así las cosas, resulta indispensable

¹⁷⁵ Otto BACHOF, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra editores, Lima, 2010.

preguntarse por la competencia de un tribunal para privar de validez una norma que contradiga *“de manera tan evidente los principios fundamentales generalmente reconocidos en la ley moral que debe negársele al mismo legislador su intención de dejarse guiar por la justicia como parámetro de la disposición legal”*¹⁷⁶.

Desde luego, la remisión a la ley moral —que en su documento Bachof equipara también con el derecho natural—¹⁷⁷ presenta grandes dificultades. ¿Qué derecho natural? ¿Cuál ley moral?

Empero, la preocupación de Bachof se relaciona, entre otras, con la siguiente pregunta: si, como sucede en la Ley Fundamental de Bonn, el derecho meta positivo o natural se encuentra previsto en forma de cláusulas inmodificables o intangibles ¿es ello suficiente para establecer la validez de los preceptos constitucionales?

El jurista y profesor responde en sentido negativo. Los criterios de validez del ordenamiento constitucional deben buscarse fuera del texto de la Constitución. Para ilustrar el punto, Bachof cita una decisión del VerGH (Tribunal Constitucional) de Baviera del 24 de abril de 1950—¹⁷⁸:

“El hecho de que una disposición constitucional sea ella misma una parte de la Constitución no puede excluir conceptualmente que sea inválida. Existen principios fundamentales constitucionales que son tan elementales y constituyen una plasmación tan evidente de un derecho precedente a la Constitución, que vinculan por sí mismos al constituyente y otras disposiciones constitucionales, que no corresponden a ese rango, han de ser inválidas a causa de su contradicción con aquéllos...”

El interrogante que surge a continuación es ¿si los artículos 183 y 184 de la Constitución Política podrían calificarse como normas constitucionales inconstitucionales? La respuesta no puede ser sino negativa.

¹⁷⁶ Ibíd.

¹⁷⁷ “Nosotros limitamos aquí la cuestión a la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas) y a la competencia de los tribunales constitucionales para la decisión sobre aquéllas, y con eso, a la cuestión de saber si las normas constitucionales de un determinado Estado —en concreto: del Bund o de un Land— pueden encontrarse en contradicción precisamente con la Constitución de este Estado. Es decir, si dentro de un mismo Estado, y solo con apoyo en dicho ordenamiento jurídico, puede existir una norma constitucional inconstitucional, y si los tribunales constitucionales competentes pueden ser requeridos para la decisión sobre una contradicción tal. Junto a esto hay que incluir en el análisis la pregunta acerca del enjuiciamiento de las denominadas normas ‘contrarias al derecho natural’, y por lo tanto, de las normas constitucionales contrarias al derecho metapositivo, y no solo debido a su gran importancia práctica, sino también por la ‘positivización del derecho metapositivo’, resultante de las nuevas constituciones alemanas, que desvirtúa el límite entre la inconstitucionalidad y la contradicción con el derecho natural”. Ibíd.

¹⁷⁸ Ibíd.

Incluso si se apela a la tesis presentada por el profesor Bachof, el contenido de estos dos preceptos difícilmente podría catalogarse de normas constitucionales inconstitucionales, pues la acción pública de pérdida de investidura se inspira en la **noción básica del constitucionalismo consistente en sujetar el poder al derecho y así evitar su ejercicio arbitrario, desproporcionado y desmedido** – se destaca–.

Democracia y Constitución son dos conceptos no siempre coincidentes. El caso de Alemania es un ejemplo que ilustra muy bien el punto. Recuérdese que Hitler fue elegido democráticamente; no obstante, el ejercicio que hizo del poder a él confiado por el pueblo alemán –acorde con el derecho constitucional positivo vigente– fue desmedido, arbitrario y desproporcionado, hasta el punto que riñe por completo con la noción básica supra positiva que inspira al constitucionalismo relacionada, precisamente, **con la necesidad de imponer límites al poder para lograr la interdicción de la arbitrariedad** –se destaca–.

Tanto así, que incluso, acorde con el derecho positivo vigente, se llegó a dictar normas que no admiten el calificativo de jurídicas. De ahí la necesidad de hallar un criterio externo –de naturaleza supra positiva– que permita efectuar un juicio de validez objetivo.

Varios problemas presenta la tesis de Bachof y él da cuenta de las mismas haciendo referencia, de antemano, a los detractores de su enfoque.

En primer lugar, atribuir a los jueces la posibilidad de decretar la invalidez de normas constitucionales implica usurpar un derecho del constituyente primario. Los jueces no pueden reivindicar para sí este derecho *“que, en una República democrática, pertenece al pueblo como colectividad”*¹⁷⁹. En segundo término, ¿cuál es ese derecho meta positivo que adoptarían los jueces para ejercer el juicio de validez? La judicatura excedería sus competencias cuando sin existir habilitación concreta pretendiera ir más allá en la interpretación y aplicación del derecho positivo¹⁸⁰.

Los partidarios de la tesis de Bachof arguyen, a su vez, que el poder constituyente está sujeto al derecho de doble manera. Por un lado,

“cada Constitución encuentra el límite de su eficacia en ciertas normas jurídicas intangibles de naturaleza meta

¹⁷⁹ Ibíd.

¹⁸⁰ Según este punto de vista “[l]a controversia sobre la cuestión de si las normas supraestatales, los principios de ‘derecho natural’ u otros valores metafísicos, constituyen el supremo criterio de control judicial y si un tribunal puede y debe negar la aplicación a una ley contraria a aquellos, encuentra, a su entender, prácticamente su supresión con la decisión de la Constitución sobre la vigencia de sus derechos fundamentales (artículo 1,3) y sobre la obligatoriedad, respecto de la legislación, del ‘orden constitucional’ (artículo 20,2), junto con el principio de igualdad (artículo 3,1). La inclusión material de dichos valores supremos en un sistema constitucional bajo la actualización de derechos fundamentales, al mismo tiempo, con pretensión de obligatoriedad para el legislador, implica su sometimiento a la ‘Constitución’ en el así entendido sentido y eximiría al titular de la competencia judicial de control de la tarea de aplicar sobre la norma objeto de control algo más allá o por encima de las reglas valorativas contenidas en la Constitución misma”.

positiva que a la vez justifican y limitan el acto del poder constituyente ('legitimidad del poder constituyente')". Por otro, lado, el acto de creación de una Constitución, en todos los casos en los que no se trata de una mera decisión constitucional revolucionaria, se encuentra vinculado por los procedimientos establecidos en las normas 'preconstitucionales' del constituyente ('legalidad del poder constituyente'). Si surgen las consideraciones en contra de la legalidad del acto del poder constituyente, se plantea pues la cuestión sobre la 'constitucionalidad de la Constitución', mientras que si los defectos se circunscriben a una concreta disposición constitucional, la cuestión versa sobre la 'constitucionalidad de una norma constitucional'".

Para algunos pensadores, en el fondo de esta tesis lo más importante radica en la cuestión *"de si, como resultado de la naturaleza meta positiva de la interdicción de la arbitrariedad, el juez se encuentra habilitado para enjuiciar las normas constitucionales al amparo de dicha prohibición"*¹⁸¹. Bachof reafirma su enfoque sobre la obligación del constituyente hacia el derecho meta positivo y, en consecuencia, *"la posibilidad de considerar no obligatorias las normas constitucionales jurídico-positivas que contravengan aquél derecho"*¹⁸². Empero, de inmediato afirma que *"no sería capaz de mantener en la actualidad aquella distinción con unos contornos tan precisos"*¹⁸³.

Más adelante en su exposición, recuerda otro punto de vista que rechaza que el juez se sujete solo al derecho positivo y lo insta a sujetarse también a su conciencia. Advierte enseguida la reacción que generó tal afirmación sobre la cual se dijo, incluso, que *"contenía dinamita"* y se advirtió que *"el Tribunal Constitucional Federal alemán no habrá de decidir sobre normas absolutas o no absolutas, sino que ha de tomar como líneas directrices de su jurisprudencia la Constitución y, eventualmente, (!) también los principios fundamentales del derecho internacional"*¹⁸⁴.

Luego de efectuar una síntesis sobre los enfoques en contra y a favor de su tesis, muestra en dónde radican los problemas:

- "1. la diferente utilización del concepto de Constitución y también, inevitablemente, del concepto de inconstitucionalidad;*
- 2. las diferentes interpretaciones sobre la existencia de un derecho meta positivo y, con ello, de la vinculación o de la libertad del constituyente;*

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ *Ibíd.*

3. una insuficiente distinción de la cuestión jurídico-material sobre la validez de una norma jurídica —en concreto, de una norma constitucional— de la cuestión procesal sobre un correspondiente derecho de control judicial”¹⁸⁵.

Después de analizar estos diferentes aspectos, concluye Bachof que “*la cuestión jurídico-material sobre la validez de la Constitución conforme a las normas de derecho meta positivo*” sigue siendo relevante, entre otras, porque

“a la validez de una Constitución pertenece su legitimidad bajo dos especies: positividad en el sentido de su ‘existencia como plan y expresión de un poder eficaz’ y obligatoriedad en el sentido de la obligación de los sometidos a las normas jurídicas”.

Aquí la obligatoriedad se desdobra en dos aspectos *i)* tomar en consideración “*los ‘principios constitutivos de cada orden jurídico’, especialmente si hace esfuerzos hacia la justicia y evita las normas arbitrarias*”¹⁸⁶ y *ii)* “*si el legislador observa los mandatos fundamentales de las leyes morales reconocidas por la comunidad jurídica, posiblemente diferentes según el tiempo y el lugar o, al menos, si aquéllos no resultan rechazados conscientemente*”¹⁸⁷.

En suma, el concepto de derecho meta positivo se vincula, por un lado, con la interdicción de la arbitrariedad y, por el otro, con exigencias morales a las que la comunidad jurídica otorga reconocimiento. La validez de un ordenamiento jurídico no dependerá de aquellos postulados que “*la razón, la naturaleza, la religión o la ley moral reclaman [solo por ser] postulados de ese tipo*”¹⁸⁸. El referente debe someterse a un análisis crítico que lo dote de objetividad y de manera alguna puede confundirse con el recurso a la conciencia individual.

De todos modos, para Bachof dentro de esos límites resulta factible establecer un sistema de valores lo que, de suyo, evita reducir la legitimidad de una Constitución a su positividad. Ello según Bachof supondría equiparar poder con derecho. Usando una argumentación teológica, insiste en que equivaldría a afirmar que “*lo que procede del poder del demonio, confirma la obligatoriedad religiosa de las leyes infernales*”.

Advierte, además, sobre la, para ese entonces, reciente experiencia alemana y subraya cómo el hecho mismo de que la Ley Fundamental de Bonn incorpore el derecho meta positivo, es muestra de su existencia. Es decir la Constitución no hace cosa distinta a la de reconocer el derecho meta positivo, mas no lo crea. En breve, el derecho meta positivo vale con independencia de su reconocimiento.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ *Ibíd.*

Sobre la cuestión central de su conferencia inaugural acerca de *“si una norma originariamente contenida en el texto constitucional (y formalmente aprobada) — norma pues no derivada de la limitada competencia de su revisión por parte del poder constituido, sino procedente de la competencia ilimitada del poder constituyente— puede llegar a ser materialmente inconstitucional”*¹⁸⁹, en el desarrollo conceptual que lleva a cabo Bachof para responderla, sostiene que *“el derecho meta positivo es inmanente en todo ordenamiento jurídico que pretenda llevar legítimamente tal nombre y, con ello, también y, ante todo, en todo ordenamiento constitucional que quiera ser obligatorio”*¹⁹⁰. Y concluye:

“[e]l reconocimiento de un ordenamiento jurídico basado en valores trascendentales queda relegado de la misma manera —al igual que aquel ordenamiento jurídico—, en último extremo, a un ‘desideratum no vinculante’ en el caso de que no exista una competencia judicial de control vinculada a la esencia del derecho, que carece de la posibilidad de imponerse tanto tiempo como los tribunales tienen que reconocer y aplicar una injusticia legal, especialmente normas constitucionales ilegítimas.

(...)

Aunque no ignoro que una tan amplia competencia de control pueda contener ciertos riesgos para la seguridad jurídica, pienso, sin embargo, que aquellos se han sobredimensionado con frecuencia.

La cuidadosa delimitación de RADBRUCH me parece ejemplar, a pesar de la inevitable imprecisión de sus contornos admitida por él mismo. A pesar de dicha imprecisión, sin embargo, también y justamente desde la propia experiencia judicial, no pienso, de acuerdo con COING, que las señaladas dificultades prácticas sean insuperables para los tribunales. Las decisiones sobre la validez del derecho meta positivo surgidas hasta ahora, y particularmente en el periodo inmediatamente después de 1945, muestran la posibilidad de dominar tales dificultades. ¿No debe dar que pensar que hasta el momento los tribunales que están a favor de una competencia de control de este tipo todavía no hayan declarado en la práctica, en ninguno de los casos concretos, inválida una norma constitucional? ¿De ello no podría desprenderse que nuestros tribunales no piensan en ubicar su propio sistema de valores en el lugar del que ha asumido el constituyente?

¹⁸⁹ Ibíd.

¹⁹⁰ Ibíd.

(...)

Evidentemente un juez no puede basar sus sentencias en interpretaciones subjetivas sobre la justicia. El parámetro del juez puede ser solo la communis opinio de todos ‘sabios rectos y justos’; y aunque pueden también divergir las interpretaciones sobre lo justo y lo injusto en diversas circunstancias, existe, sin embargo, un amplio consenso sobre las cuestiones fundamentales en el seno de una comunidad jurídica. De otro modo, cualquier intento de realizar una auténtica integración sería condenado desde el principio al fracaso”.

Ahora, las normas contempladas en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política armonizan con el ambiente axiológico propio del constitucionalismo que subyace **como criterio no positivizado** y que apunta a la **necesidad de limitar el ejercicio arbitrario del poder mediante su sujeción al derecho**.

Es indudable que la exigencia de ponerle coto a la corrupción apoderada del Congreso de la República en 1991 –y que lastimosamente aún hoy afecta la institución– era un propósito coincidente con ese objetivo, lo que explica y justifica jurídicamente la drasticidad de la sanción y al tiempo da cuenta de su razonabilidad y proporcionalidad.

Se insiste: el constituyente primario diseñó como uno de los pilares fundamentales del orden jurídico, la acción pública de pérdida de investidura y facultó a la ciudadanía para ejercerla en el marco de un juicio objetivo de responsabilidad política –realizado de antemano por el propio constituyente que confió al Consejo de Estado llevar a buen término–. Juicio éste, a la vez ágil y, efectivo, cuya sanción drástica tiene claros fines preventivos, disuasivos y represivos.

Fue tan importante para el constituyente primario este propósito, que incluso se pensó que la acción de desinvestidura, delineada en el propio texto constitucional a la manera de un juicio de responsabilidad política objetivo –como lo son todos los juicios de responsabilidad política–, podía operar *ipso facto*¹⁹¹. Hasta el punto de justificar que en estos casos la drástica sanción es precedida de un juicio con causales expresas y taxativas de aplicación directa sin que entren en juego consideraciones de orden subjetivo.

Se repite: aunque predominó el criterio de hacer la acción efectiva por vía judicial, el proceso se sujetó a exigencias claras de brevedad, agilidad, objetividad y eficacia. Juicio de desinvestidura que los jueces no tienen alternativa diferente a

¹⁹¹ “Se puede utilizar la inexistencia del acto, en lugar de someter el vicio de nulidad, puede haber unos casos tan protuberantes, tan evidentes que el mismo Consejo Electoral puede declarar la inexistencia, sin proceso, se puede eximir de procesos en 20 días simplemente declarar la inexistencia del acto” Cfr., abril 25 de 1991, Comisión Tercera. Estatuto del Congresista – Constituyente Constituyente Abel Rodríguez; páginas 44 y 45.

cumplir o ejecutar en los términos previstos por la Carta Política, sin que les sea dado modificarlo para restarle efectos y volverlo inane.

Por ello mismo resulta inadmisibile lo afirmado en el numeral 2.7.11. de la sentencia que obtuvo apoyo mayoritario, en el sentido de que –se destaca–:

No se desconocen las diferentes críticas y censuras que se le han formulado a la figura constitucional en comento durante los más de 25 años de vigencia, tales como (i) el desconocimiento de la doble instancia (artículo 31); (ii) la inconstitucionalidad de normas constitucionales, al establecer sanción perenne o de por vida; y (iii) la indebida dosificación de la pena, pues dado que no existe un juicio de proporcionalidad, se está aplicándola misma sanción, la muerte política, a conductas que revisten diferente gravedad. Con todo el balance a la fecha muestra que esta acción ha sido idónea para ayudar a recuperar la credibilidad del Congreso y las instituciones.

Al margen de la contradicción que se evidencia en el párrafo citado (nótese que se hace mención de las críticas que ha recibido la acción, sin perjuicio de lo cual, de inmediato se asevera que el balance hasta la fecha ha sido positivo) lo cierto tiene que ver con que el juez de la desinvestidura debe restringirse a concretar el juicio de responsabilidad objetivo ejercido de antemano por el constituyente primario, pues, justamente, la drasticidad de la sanción –la desinvestidura– y los efectos preventivos, disuasivos y represivos con los que la misma se ligó, es sin duda lo que permite obtener resultados palpables, así falte aún mucho terreno por recorrer.

En fin, la decisión mayoritaria ignora claramente las especificidades del mecanismo y pasar por alto que la garantía del debido proceso al parlamentario se satisface por completo con la aplicación del principio de legalidad por cuanto el juicio de responsabilidad ocurre en dos etapas: **ex ante** y **post factum**.

Ex ante el constituyente previó un conjunto de conductas que de configurarse permiten desvirtuar la presunción de dignidad de la investidura congresal sin necesidad de entrar en consideraciones de orden subjetivo que harían inane la acción, pues le restarían total efectividad. La persona que libremente resuelve lanzarse como candidata al Congreso de la República y, obtiene una curul, sabe de antemano los compromisos que enfrenta. Igualmente conoce las consecuencias que le acarrea el incumplimiento.

Ahora bien, es de advertir, asimismo, que los riesgos relacionados con la tarea de asegurar la realización del Estado social de derecho y proteger los derechos fundamentales, en los términos de los artículos 1º¹⁹² y 2º¹⁹³ constitucionales, no

¹⁹² “Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y

son menores, si se considera el impacto que en tal labor tienen las prácticas corruptas.

Consciente como fue el constituyente de ese inmenso desafío que es la lucha contra la corrupción, introdujo la acción pública de pérdida de investidura en tanto una manera de **disuadir** y **prevenir** que personas inescrupulosas e incapaces de defender el interés general, por encima de los intereses propios, accedan al Congreso de la República y permanezcan allí, en detrimento “del pleno ejercicio y disfrute de los derechos humanos”; tanto como de la posibilidad de obtener “las condiciones políticas, sociales y económicas para hacer frente a las principales necesidades sociales, como la disminución de la pobreza y la desigualdad, así como asegurar la realización del bien común”¹⁹⁴.

Aunque no existe una definición general, la noción que suele recibir mayor aceptación señala que la corrupción consiste en:

“el ‘abuso del poder para beneficio propio’ (Transparencia Internacional: 2009). Implica el desvío en el uso o ejercicio de un poder conferido, sea en el ámbito público o privado, con el propósito de lograr un beneficio personal o de ciertos grupos, afectando el interés o bien común. Hasta hace pocos años, la corrupción se asociaba con énfasis exclusivo al Gobierno y los funcionarios públicos, pero esta perspectiva se modificó de manera significativa en las dos últimas décadas, al tomar conciencia del papel protagónico que las empresas (nacionales y transnacionales) o actores privados pueden jugar en la corrupción”.

Si se analiza la acción pública de pérdida de investidura a la luz de la definición de corrupción atrás citada, de inmediato se capta que las limitaciones impuestas a quienes pretenden acceder al cargo de Congresista son mínimas, cuando se comparan con las consecuencias que se derivarían de su eliminación.

De todas formas, lo que sí queda claro es que el juicio de oportunidad y conveniencia sobre el diseño de la acción pública de desinvestidura no corresponde hacerlo al constituyente derivado. El Congreso, ni los jueces pueden

pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

¹⁹³ “Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. // Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

¹⁹⁴ Cfr. La Corrupción: sus caminos, su impacto en la sociedad y una agenda para su eliminación. Informe de investigación de OXFAM, agosto de 2015.

modificar la acción pública de pérdida de investidura para restarle aquellos efectos de los que la dotó el constituyente primario. Única y exclusivamente este último puede sustituir la Constitución en ese aspecto.

Esto es algo sobre lo que se expresó ampliamente la Corte Constitucional en la sentencia C-1056 de 2012¹⁹⁵. En la mencionada oportunidad, la Corte destacó un asunto de la mayor importancia y es que, aunque la modificación efectuada por el constituyente derivado no se encuentre dirigida a desmontar formalmente la acción pública de pérdida de investidura, si se introduce un cambio que desdibuja

¹⁹⁵ Mediante sentencia C-1056 de 2012 se declaró inexecutable el acto legislativo 1 de 2011 que no aplicaba el régimen de conflicto de intereses de Congresistas cuando se participaba en el debate y votación de proyectos de acto legislativo. La Corte encontró que la exclusión de dicho régimen, en el marco de los actos legislativos, implicaba “una sustitución de la Constitución Política, al afectar, entre otros elementos esenciales, la vigencia del principio democrático, la prevalencia del interés general y la eficacia de la sanción de pérdida de investidura”. Consideró la corporación que al Congreso de la República le estaba prohibido introducir modificaciones que terminaran por desvirtuar o inutilizar “un aspecto o causal de la institución de la pérdida de investidura, mecanismo por excelencia para luchar por la depuración de las costumbres políticas dentro del marco axiológico establecido por la Constitución de 1991”. Según la Corte, dejar de sancionar el conflicto de intereses que se presenta en el marco de la expedición de un acto legislativo desvirtúa la acción de desinvestidura y permite, al mismo tiempo, “la fácil expedición de otros actos legislativos a través de los cuales se lesionaría la separación de poderes y podrían desmontarse e inutilizarse otras importantes instituciones de la carta política”. En la parte considerativa del fallo, la Corte abordó, en primer término, la teoría acerca de los vicios de competencia y sustitución de la Constitución. Luego de un exhaustivo recuento de la jurisprudencia constitucional, destacó que todo el desarrollo teórico sobre la cuestión ha confluído en la construcción jurisprudencial de una metodología (tesis reiterada por las sentencias C-588 de 2009, C-574 de 2011 y C-288 de 2012) referida al test de sustitución que abarca “tres pasos o premisas” a modo de silogismo. La primera, denominada también “premisa mayor”, la segunda, llamada “premisa menor” y la conclusión designada como “premisa de síntesis” así: “La primera de ellas debe presentar aquel(los) aspecto(s) esencial(es) de la Constitución que el demandante estima que han sido afectados por la reforma adoptada. La segunda contiene los nuevos aspectos introducidos por esa reforma, que en tal medida reemplazarían aquellos elementos afectados. Y por último, la llamada premisa de síntesis debe enunciar la conclusión conforme a la cual unos y otros elementos resultan abiertamente incompatibles, lo que permite afirmar que se ha producido una sustitución de la Constitución, para lo cual el órgano que tiene el poder de reformar carecería de competencia”. En el momento de efectuar el test de sustitución y delinear, en primer lugar, la premisa mayor del mismo, procedió la Corte “a examinar el alcance e implicaciones de aquellos aspectos de la Constitución de 1991 que al decir de los demandantes habrían sido afectados por la reforma contenida en el Acto Legislativo 01 de 2011”. La Corte encontró que lo dispuesto en el acto legislativo contrariaba tres aspectos axiales de la Constitución: i) el principio democrático; ii) la prevalencia del interés general iii) la separación de poderes y el principio de frenos y contrapesos. en la sentencia C-1056 de 2012 se sentó un precedente sobre la sustitución de la Constitución en materia de acción pública de pérdida de investidura, erigida por el constituyente para dignificar la institución congresual, garantizar el principio democrático, hacer prevalecer el interés general, afianzar la separación de poderes y el principio de frenos y contrapesos, tanto como para asegurar que los miembros de las autoridades públicas obren teniendo en cuenta “la justicia, el bien común y el desarrollo del principio de moralidad”. La referida sentencia fue clara en resaltar las implicaciones que trae consigo sustituir la Constitución en materia de acción pública de pérdida de investidura –se destaca: “resulta evidente que la regla conforme a la cual no se impondrá la sanción de pérdida de investidura pese a la ocurrencia de conflictos de interés en el trámite de reformas constitucionales, debilita de manera importante una institución (la pérdida de investidura) que desde el origen de la constitución de 1991 ha sido considerada determinante para el efectivo cumplimiento de los principios y pautas constitucionales sobre la ética y el comportamiento de los congresistas contenidos en los artículos 179 a 182 inmediatamente anteriores, a través de los cuales la asamblea constituyente de 1991 buscó dar respuesta a algunas de las más importantes preocupaciones ciudadanas que en su momento motivaron el proceso de cambio constitucional, y que a la fecha mantienen plena vigencia y actualidad. Ello por cuanto, si bien formalmente no ha sido desmontada, la pérdida de investidura ya no podrá ser aplicada como sanción frente a graves situaciones de apartamiento de los deberes constitucionales por parte de los miembros del congreso, lo que en consecuencia permitirá y facilitará la impune ocurrencia de tales situaciones”.

la institución y la torna ineficaz hasta el punto de que, ante el grave desconocimiento de sus deberes congresuales, los parlamentarios no pudieran ser sancionados, el acto que lo permite incurre en vicio de competencia y debe ser declarado nulo, pues, de aceptarse su validez, se permitirá y facilitará el impune desconocimiento de uno de los pilares sobre los que se erigió el ordenamiento constitucional como un todo: preservar efectivamente la dignidad Congresal –se destaca–.

Vistas las cosas de esta manera, cualquier modificación que mengue la eficacia de la acción o amenace con volverla inane, se escapa a los Jueces, incluso al Congreso en cuanto correspondería al Constituyente primario, pues al derivado no le está permitido sustituir la Constitución –Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2012–

Finalmente, considero indispensable referirme a un aspecto relacionado con el valor probatorio que la Sala le dio a la certificación que están obligados a emitir los Congresistas para dejar constancia del trabajo desempeñado por los integrantes de su Unidad de Trabajo Legislativo –en adelante UTL–.

Nótese que en el caso bajo examen la causal de indebida destinación de dineros públicos no se configuró porque se haya o no constatado que el parlamentario entregó el certificado. La entrega del certificado es un medio de prueba, dentro de los muchos posibles. En otros términos, la configuración de la causal no depende aquí de la entrega del certificado, sino de que se acredite que el Congresista, no obstante el integrante de su UTL no trabajó, no impidió que fuera remunerado con cargo al erario público lo que, de suyo, comporta permitirlo, dando lugar a configurar la indebida destinación de dineros públicos.

Es más, como el certificado es exigencia *sine qua non* para el pago, si se comprueba que el mismo se efectuó, de ahí se infiere, claramente, que el certificado se presentó, sin que sea indispensable aportar el documento como prueba solemne.

Resta agregar, a manera de aclaración, que este último sería justamente el argumento para que en el caso decidido por esta Sala en el expediente con número de radicación 11001-03-15-000-2015-02938-00 PI C.P. Carlos Moreno –salvamento de voto de las magistradas Rocío Araujo Oñate y Stella Conto Díaz del Castillo a cuya lectura remito– la acción pública de pérdida de investidura estuviera también llamada a prosperar, pues en aquella oportunidad quedó totalmente probado que el Congresista dio lugar a que una integrante de su UTL recibiera salario, no obstante su comprobada ausencia por viajes al exterior; aunado a que si bien no se consiguió que el certificado se allegara al expediente, el parlamentario lo expidió porque así lo reconoció y la Secretaría no lo negó, de donde también se configuró la indebida destinación de dineros públicos.

En los términos que anteceden, salvo parcialmente y aclaro mi voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ENRIQUE JARAMILLO SOTO

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO - STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Respetuosamente me aparto de la decisión adoptada mayoritariamente por la Sala, que resolvió decretar la pérdida de investidura del Senador Carlos Enrique Soto Jaramillo, en el proceso de la referencia.

No comparto la decisión, por las siguientes razones:

La Sala Plena tuvo como fundamento para decretar la pérdida de investidura, que el Senador propició la indebida destinación de dineros públicos, al certificar que el asistente de su Unidad de Trabajo Legislativo, había laborado de manera normal desarrollando sus funciones durante los meses de julio de 2012 y noviembre de 2013, sin que lo hubiera hecho, lo que llevó al pago de la totalidad del salario sin haber laborado el mes completo.

La solicitud se sustentó en la causal prevista en el numeral 4° del artículo 183 de la Constitución Política, que dispone:

“ARTICULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

...

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

(...)”

En relación con la causal “indebida destinación de dineros públicos”, la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁹⁶, en reciente providencia recordó que:

“Se materializa cuando el congresista, como servidor público, destina dinero público a fines diferentes a los establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, independientemente de que de aquella conducta obtenga un beneficio adicional, propio o ajeno.

Para que la causal se configure no es necesario que el fin al que se destine el dinero público no esté autorizado o esté prohibido, por cuanto se ha sentado jurisprudencialmente bien puede suceder que éste se dirija a un objetivo autorizado pero diferente al que fue asignado el recurso público, basta entonces, se insiste, en que el dinero sea empleado para un fin o propósito diferente al que legalmente le fue otorgado.

Adicionalmente, resulta del caso reiterar que no es necesario que el congresista en cuestión tenga la calidad de ordenador del gasto, por cuanto como bien se expuso en la audiencia pública, la causal admite una configuración directa y otra indirecta”.

De acuerdo con lo expuesto, la indebida destinación de dineros públicos se puede configurar de manera directa cuando el funcionario, como ordenador del gasto, dispone ilícitamente de los recursos del erario bien sea para su interés particular o para ordenar una destinación diferente a la establecida en el presupuesto. Y de manera indirecta, cuando pese a no haber sido ordenador del gasto, destina los recursos asignados para actividades distintas al objeto para el cual fueron consagrados¹⁹⁷.

Se indica en la providencia de la que disiento, que el Congresista tuvo injerencia inmediata y determinante en el pago de los salarios efectuados al señor Giraldo Saldarriaga, asistente de su UTL, por haber certificado el cumplimiento de funciones que no se realizaron, debido a que el funcionario no prestó sus servicios.

De las pruebas allegadas al expediente, no se observa que el señor Juan David Giraldo Saldarriaga haya incumplido con las funciones asignadas en calidad de asistente y/o asesor de la UTL del Senador Carlos Enrique Soto Jaramillo. En la declaración que rindió el funcionario dentro del proceso, manifestó que sus funciones eran “*investigaciones de absolutamente todo, (...) buscar estadística de*

¹⁹⁶ Sentencia del 22 de noviembre de 2016, Consejero Ponente Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad 11001-03-15-000-2015-02938-00(PI)

¹⁹⁷ Sentencia del 21 de julio de 2015, Consejera Ponente. Dra. María Claudia Rojas Lasso. Rad.11001-03-15-000-2012-00059-00(PI)

todo, en proyectos de ley, cuanto costaba algo, si ese proyecto salía cuánto le costaba a la Nación, de esas consideraciones sacaba estadísticas para poder hacer lo debates y demás cosas que me pusieran”, y en el proceso no se logró demostrar que el servicio no se haya prestado.

En Senador certificó que el señor Giraldo Saldarriaga laboró en la Unidad de Trabajo Legislativo de manera normal durante el mes de julio de 2012 y desarrolló las funciones asignadas durante el mes de noviembre de 2013.

De igual manera, el funcionario de la UTL reconoció que salió del país “por motivos personales”, pero aseguró que desarrolló la labores asignadas y cumplió con los informes que debía entregar, hechos que no fueron desvirtuados dentro del análisis realizado en el fallo de la referencia. No se allegó al expediente prueba idónea que desvirtúe o cuestione el cumplimiento de las funciones asignadas como miembro de la UTL del Senador.

Por lo demás, se debe resaltar que legalmente nada exige que un empleado de la UTL del Congresista, deba desempeñar sus funciones en las instalaciones del Congreso de la República, por cuanto el artículo 385 de la Ley 5 de 1992 de manera expresa señala que son los empleados de la planta de personal quienes deben prestar sus servicios en las dependencias donde fueron nombrados, o donde las necesidades del servicio lo exijan. En los términos de lo establecido en los artículos 367 y siguientes de la Ley 5 de 1992, los empleados y/o contratistas de la Unidad de Trabajo Legislativo no hacen parte de la planta de personal del Senado de la República.

Si bien es cierto, en el presente asunto se reconocen algunas irregularidades presentadas porque el funcionario salió del país en días laborales, tales irregularidades deben ser investigadas en instancias diferentes, pues como se reitera, la “indebida destinación de dineros públicos” como causal de pérdida de investidura, a mi juicio, no se encuentra debidamente probada en el asunto objeto de estudio.

Así mismo, sobre el tema la Corte Constitucional en sentencia de Unificación SU-515/13 señaló, que en el proceso de pérdida de investidura se debe juzgar teniendo en cuenta la presunción de inocencia¹⁹⁸. Además, agregó que las causales de pérdida de investidura son de orden público, de interpretación restrictiva y **“que no cabe su aplicación por analogía ni por extensión”**, ya que

¹⁹⁸ Sentencia C-207 de 2003.

tienen por consecuencia una sanción “que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad”.¹⁹⁹

En esas condiciones, se impone la obligación de demostrar en debida forma la configuración de la causal que se atribuye al congresista, teniendo en cuenta que las causales de pérdida de investidura son estrictamente técnicas y taxativas y no permiten interpretaciones aparentes o extensivas.

En el presente asunto la causal de “indebida destinación de dineros públicos”, a mi juicio, no se encuentra debidamente demostrada, según lo ya expuesto.

Sin lugar a otra consideración y bajo los anteriores términos, dejo expuestas las razones por las cuales me aparto de la decisión de la Sala Plena.

Con todo respeto,

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

¹⁹⁹ Sentencias T-1232 de 2003 y T-987 de 2007.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ENRIQUE JARAMILLO SOTO

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO - LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito exponer las razones por las cuales aclararé el voto respecto de la decisión adoptada en la providencia de 28 de marzo de 2017, especialmente, en lo que respecta al análisis subjetivo de conducta en este tipo de procesos.

Recientemente, la institución de la pérdida de investidura ha venido teniendo ajustes por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en lo que al estudio de la conducta del demandado se refiere. Dichas modificaciones jurisprudenciales han permitido, enhorabuena, identificar los rasgos definitorios de la pérdida de investidura y, al tiempo, diferenciarlos de procesos que aunque pudieran ser concurrentes devienen en autónomos desde la definición de los medios de control establecidos en el ordenamiento jurídico.

En efecto, el actual desarrollo jurisprudencial ha permitido, de un lado, distinguir la pérdida de investidura del proceso disciplinario y, de otro, generar una coherencia en la aplicación y alcance de esta con relación a la nulidad electoral, fundamentalmente, en la causal que estas dos acciones comparten: la violación del régimen de inhabilidades.

Por ello, considero que si bien la providencia que aprobó la Sala da cuenta de estas modificaciones, ya que con esta perspectiva se abordó el estudio del caso concreto, en su texto general dejaron de mostrarse las principales modificaciones y se cometieron algunas imprecisiones que la suscrita Consejera debe manifestar.

Lo primero, es que a folio 16 de la providencia objeto de aclaración se lee sobre la naturaleza de la pérdida de investidura lo siguiente: *“se precisa que es una acción jurisdiccional²⁰⁰ autónoma²⁰¹, cuya finalidad última es la de lograr el sometimiento*

²⁰⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1992, consejero ponente: Guillermo Chaín Lizcano, expediente AC-175, accionante: Carlos Espinosa Faccio Lince, accionado: Samuel Alberto Escrucera Manzi.

de los miembros de las corporaciones públicas al orden jurídico, garantizar la transparencia absoluta en relación con sus actuaciones²⁰², conservar la dignidad de la institución²⁰³, desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público, recuperar «el prestigio, el buen nivel [y] el tono moral»²⁰⁴ del órgano legislativo, consagrar un sistema más severo que esté a disposición de los ciudadanos para sancionar los comportamientos que atenten contra la dignidad de la investidura de congresista, para, de esta manera, preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política^{205“206}

Ahora, en lo que respecta al análisis subjetivo de conducta en este tipo de procesos dejó de mencionarse que, recientemente, con sentencia de unificación 424 de 2016 la Corte Constitucional explicó que: *“La Corte Constitucional ha establecido que debido al carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, esta figura “está sujeta, de manera general a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las modulaciones especiales que son necesarias para la realización de sus fines constitucionales”²⁰⁷. En ese orden de ideas, las garantías básicas del debido proceso, son aplicables en estos trámites, siempre bajo una interpretación adecuada a los fines propios que lo caracterizan.²⁰⁸*

Por ejemplo, en la sentencia C-207 de 2003²⁰⁹, esta Corporación estableció que el principio de ley más permisiva o favorable en materia penal, dispuesto en el artículo 29 de la Constitución es aplicable por extensión a todo el derecho sancionatorio, “tanto en aspectos sustanciales como procedimentales”.

En efecto, los principios del derecho sancionatorio incluyen el principio de legalidad, tipicidad, aplicación de la ley más favorable, non bis in ídem, y la presunción de inocencia hasta no ser declarado culpable.²¹⁰ De este último principio, se ha derivado el principio de culpabilidad, que en el ámbito penal hace referencia a la necesidad de demostrar una responsabilidad subjetiva en la comisión de un delito”²¹¹.

²⁰¹ Sentencias C-280 de 25 de junio de 1996, Corte Constitucional, M. P. Doctor Alejandro Martínez Caballero y C-437 de 25 de septiembre de 1997, Corte Constitucional, M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2012, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente: 11001-03-15-000-2011-00616-00, accionante: Saúl Villar Jiménez, accionado: Juan Carlos Martínez Gutiérrez.

²⁰³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.

²⁰⁴ Intervención del constituyente Guillermo Nieto Roa en la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente de 3 de abril de 1991 «Sesión Comisión 3».

²⁰⁵ Sobre el particular pueden citarse, entre otras, las sentencias del 17 de agosto de 1994, expediente AC-1899; 24 de agosto de 1994, expediente AC-1587; 21 de marzo de 1995, expediente AC-2362; 19 de abril de 1995, expediente AC-2444; 9 de julio de 1996, expediente AC-3577; 12 de febrero de 1997, expediente AC-4192; 12 de agosto de 1997, expediente AC-4686.

²⁰⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de julio de 2003, consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, expediente: 11001-03-15-000-2003-00278-01, accionante: Belma Genith Olarte Casallas, accionado: Wellington Ortiz Palacio.

²⁰⁷ Corte Constitucional, C-254A de 2012.M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia T-1285 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁰⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²¹⁰ Artículo 29 de la Constitución.

²¹¹ Corte Constitucional, SU-424 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Los presupuestos anteriores permitieron a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura **es subjetivo**, *“pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable”*²¹².

Dichos lineamientos, como se advirtió líneas arriba, permiten fácilmente distinguir los medios de control de pérdida de investidura y nulidad electoral, ya que en el juicio sancionatorio de pérdida de investidura *“el juez confronta la conducta del demandado con el ordenamiento para determinar si se debe imponer la consecuencia jurídica contenida en la Constitución, en otras palabras, realiza un análisis subjetivo, pues conlleva una sanción para quien resultó electo”*²¹³, en tanto que, en el juicio de validez electoral, en el que se somete a control jurisdiccional el acto electoral, *“se confronta este último con las normas jurídicas invocadas y el concepto de violación, es decir, se hace un control objetivo de legalidad”*²¹⁴.

Por lo que, en consecuencia, *“ambos procesos tienen garantías distintas. Por ejemplo, el juicio sancionatorio de pérdida de investidura exige realizar un análisis de culpabilidad y en el de validez puede aplicarse responsabilidad objetiva”*²¹⁵.

Bajo esta misma línea, el Consejo de Estado en reciente fallo de 27 de septiembre de 2016²¹⁶ tuvo oportunidad de delinear el alcance de las implicaciones de aplicar el principio de culpabilidad, inserto en el artículo 29 constitucional en el marco de trámites de pérdida de investidura respecto de lo que concluyó que: *“se impone al juzgador de la pérdida de la investidura hacer una valoración diversa a la que efectúa el juez del medio de control electoral, dado que, por tratarse de un régimen de responsabilidad individual o personal con consecuencias gravísimas frente al derecho político a ser elegido popularmente, no puede tener como único sustento, para su procedencia, el que el demandado recorra **la descripción de la norma que determina, en lo que hace al régimen de las inhabilidades, el hecho constitutivo de la misma, fundamento del medio de control de nulidad electoral.***

Un análisis en el proceso de la pérdida de la investidura, que tenga como único fundamento la simple constatación de los supuestos que fija la norma como causal de pérdida de investidura, convertiría este proceso en un juicio de

²¹² Ibídem.

²¹³ Ibídem.

²¹⁴ Sobre el particular, se pueden estudiar las siguientes sentencias antes citadas: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (i) Sentencia del 8 de septiembre de 1992, Exp. AC-175; C.P. Guillermo Chahín Lizcano, y (ii) Sentencia del 20 de marzo de 2001, Exp. AC-12157; C.P. Darío Quiñónez Pinilla.

²¹⁵ Ibídem.

²¹⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 27 de septiembre de 2016. Expediente: 110010315000201403886-00(PI). Actor: Ricardo Antonio Martínez Hernández. Demandado: Juan Carlos Rivera Peña. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

responsabilidad objetiva, proscrito constitucionalmente en el artículo 29, fuera de las severas consecuencias que de dicha responsabilidad se derivan, no solo frente al debido proceso, sino a otros derechos fundamentales de quienes son sujetos pasivos de esta acción sancionatoria”²¹⁷.

En suma, no cabe duda que en este tipo de procesos -los de pérdida de investidura- el análisis subjetivo o de conducta impone un estudio, como si de derecho penal se tratara, en relación con el título bajo el cual se le atribuye al demandado la causal de pérdida de investidura, imputación subjetiva que será dolosa, cuando quiera que la conducta descrita por la causal haya sido desplegada con conocimiento e intención.

Era el momento eso sí, para que la Sala Plena del Consejo de Estado avanzara en su análisis de culpabilidad para determinar si el efecto de la pérdida de investidura solamente es admisible bajo la modalidad dolosa, o si también lo es en la culposa.

Si la respuesta es afirmativa a este último evento ha debido comenzar a construirse la dogmática que defina si el análisis de este aspecto debe adelantarse a la manera del derecho penal, o bajo los estándares del derecho disciplinario, o si, más bien, como formalmente lo creo, se debe construir un concepto propio de culpabilidad para la pérdida de investidura.

Las anteriores circunstancias, vale la pena ponerlo de presente, en nada alteran la decisión ya que, en el caso concreto, considero está debidamente acreditado el dolo.

En los anteriores términos, dejo plasmadas las razones por las cuales aclaré voto respecto de la sentencia en comento.

Fecha ut supra,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

²¹⁷ *Ibídem.*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ENRIQUE JARAMILLO SOTO

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala mayoritaria, me permito expresar las razones que me llevaron a salvar el voto respecto de la decisión adoptada a través de la sentencia de 28 de marzo de 2017, mediante la cual se decretó la pérdida de la investidura como congresista del señor Carlos Enrique Soto Jaramillo.

Como soporte de la decisión en comento, la Sala Plena estimó que el Senador demandado incurrió en la causal de pérdida de investidura consistente en la *“indebida destinación de dineros públicos”*, comoquiera que certificó, bajo una firma digitalizada, que un miembro de su Unidad de Trabajo Legislativo laboró *“de manera normal durante el mes de julio de 2012”* y *“desarrolló las funciones asignadas durante el mes de noviembre de 2013”*, cuando lo cierto fue que dicho empleado viajó y permaneció fuera del país por varios días en dichos meses, de manera que se le pagó la totalidad del salario sin que hubiera trabajado el mes completo.

No obstante lo anterior, a mi juicio, no se encuentra debidamente acreditado en el expediente que lo expresado en las certificaciones *“expedidas”* por el demandado falte a la verdad, habida cuenta de que no existe ningún medio de prueba que permita establecer el incumplimiento de las funciones asignadas al señor Juan David Giraldo Saldarriaga, pues la conclusión a la que llegó la mayoría de la Sala en la providencia de la que me aparto, se infiere de la imposibilidad de cumplir con sus labores por encontrarse en el exterior, en desarrollo de cuestiones personales.

Precisamente, el señor Juan David Giraldo Saldarriaga fue escuchado en el proceso y al ser interrogado sobre cuáles eran sus funciones, expuso que consistían en *“investigaciones de absolutamente todo, (...) buscar estadística de todo, en proyectos de ley, cuanto costaba algo, si ese proyecto salía cuánto le costaba a la Nación, de esas consideraciones sacaba estadísticas para poder hacer lo debates y demás cosas que me pusieran”*, frente a lo cual vale destacar que en el expediente no se estableció cuáles fueron las labores concretas que le

fueron asignadas para los meses de julio de 2012 y noviembre de 2013, mucho menos que no cumpliera con ellas, por lo que no es posible afirmar que se pagó un salario por servicios no prestados.

En igual sentido, el señor Giraldo Saldarriaga en su declaración reconoció que salió del país *“por motivos personales”*, pero aseveró haber cumplido con las labores e informes asignados, circunstancia que tampoco aparece refutada en el expediente y que no fue materia de análisis en la sentencia de 28 de marzo de los corrientes.

En apoyo de la decisión, la Sala mayoritaria afirmó que el señor Giraldo Saldarriaga debió cumplir con sus funciones en las instalaciones del Congreso de la República; sin embargo, en la providencia materia de disenso no se da cuenta de alguna prueba que desvirtúe lo afirmado por él mismo, en cuanto a que en las oficinas no se contaba con espacio físico suficiente para el desempeño de sus labores, mucho menos que para el cumplimiento de las funciones específicas que le detalló a la Sala era imprescindible su presencia física, por lo que aparece al menos como razonable que el congresista adoptara algún mecanismo de trabajo dirigido a la eficaz prestación del servicio, aspecto que también se encuentra huérfano de prueba en el expediente.

No puede perderse de vista que el artículo 385 de la Ley 5 de 1992 de manera expresa señala que los empleados de la planta de personal del Senado y la Cámara de Representantes están llamados a prestar sus servicios en las dependencias donde fueron nombrados, o donde las necesidades del servicio lo exijan, *“pero no podrán hacerlo en las oficinas de los congresistas. La violación a lo aquí preceptuado será causal de mala conducta, tanto del empleado, como del Director Administrativo de la correspondiente Cámara, según el caso, quienes serán sancionados con la pérdida de sus cargos”*.

En concordancia con lo anterior, según lo dispuesto en los artículos 369 y 383 de la Ley 5 de 1992, los empleados y/o contratistas de la Unidad de Trabajo Legislativo -UTL- no hacen parte de la planta de personal del Senado o la Cámara de Representantes, pues conforman la planta de personal de la respectiva UTL, la cual es conformada libremente por cada congresista, en atención a las pautas fijadas en el artículo 388 de la ley en comento, por lo que no es dable afirmar que los miembros de la UTL deban cumplir con sus funciones en las instalaciones del Congreso de la República. En el proceso no se acreditó la existencia de alguna instrucción impartida por el congresista demandado respecto a los lugares y horarios de trabajo del personal a su cargo, lo que reafirma que la conclusión plasmada en la sentencia carece de sustento probatorio.

Tras citar el testimonio de señor Giraldo Saldarriaga, la Sala consideró que, si bien *“la sola circunstancia de que la madre de Giraldo Saldarriaga sea novia del senador Soto Jaramillo no es plena prueba de que éste estuviese enterado de los viajes de aquél, también es cierto que ese hecho constituye un indicio de la proximidad que tenían ambos servidores públicos y del posible trato especial dispensado al primero...”*, de lo cual se concluyó, en conjunto con las

demás pruebas, que el demandado incurrió en una falta de control y vigilancia, para lo cual se acogió la existencia de dicha relación sentimental como *“prueba contundente y razonable de la aquiescencia del senador Soto para con el señor Saldarriaga, lo cual hizo posible que éste realizara viajes al exterior en días que eran laborables, sin mediar una autorización legal expresa ni ninguna justificación, y lo que es más grave aun, que esos días le fueran inmerecidamente remunerados”*.

De cara a lo anterior, debe decirse que el declarante no precisó una fecha en particular desde la cual tuviera conocimiento sobre el inicio de la relación entre su madre y el congresista, pues se limitó a decir que lo supo *“mucho después de que había empezado a laborar”*, circunstancia que tampoco aparece desvirtuada en el expediente, por lo que no era dable concluir que dicha relación ya existiera para la época de los viajes al exterior, mucho menos que el demandado fuera conocedor y que admitió irregularmente tal situación.

De otra parte, respecto de las irregularidades que se ponen de presente en la sentencia para sustentar la decisión, estimo que las mismas bien pueden dar lugar a una investigación de carácter disciplinario, pero no se enmarcan en ninguno de los supuestos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico para derivar la pérdida de investidura, por lo que no puede perderse de vista que la llamada “muerte política” debe ser decretada cuando se encuentre suficientemente demostrada la configuración de las causales invocadas en cada caso concreto, no con fundamento en inferencias edificadas sobre elementos de juicio que, en mi criterio, no aparecen concatenados entre sí para indicar la ocurrencia de la “indebida destinación de dineros públicos” alegada en la demanda.

En este sentido, con el mayor respeto por la posición mayoritaria, dejo expresado mi salvamento de voto.

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ENRIQUE JARAMILLO SOTO

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – HERNAN ANDRADE RINCÓN

Con todo respeto manifiesto las razones que me llevan a separarme de la decisión adoptada por la Sala en la providencia proferida el 28 de marzo del año en curso, mediante la cual se decretó la pérdida de investidura del senador Carlos Enrique Soto Jaramillo.

1. Contenido de la providencia materia del salvamento de voto

El proyecto sostiene que en el caso concreto existió indebida destinación de recursos públicos porque el senador demandado certificó que Juan David Saldarriaga trabajó durante los días 2 a 7 de julio de 2012 y entre el 1 y el 12 de noviembre de 2013, fechas en las que el funcionario estuvo en Panamá y Toronto (Canadá), respectivamente.

Se sostiene que el congresista actuó con culpa porque certificó trabajos públicos que no se podían llevar a cabo fuera del territorio nacional.

2. Razones y fundamentos del disenso

Me aparto del razonamiento mayoritario porque se hizo una aplicación velada de la culpa *in eligendo e in vigilando* para declarar la responsabilidad del congresista demandado. Los congresistas no puede perder su investidura en virtud de las nociones de culpa por el hecho ajeno (arts. 2347 y 2349 C.C.).

La culpa que genera que el congresista pierda su investidura es la culpa directa (2341 C.C.), mientras que en el caso concreto se le hizo extensiva una culpa por el hecho ajeno que no está contemplada en la ley de manera expresa.

En mi criterio, debió demostrarse que el congresista conoció y fue consciente de las salidas del país del empleado vinculado a su UTL, para de esta forma acreditar la culpa directa que hubiera configurado la causal de pérdida de investidura. Por el contrario, en el fallo se le hizo responsable al senador de forma objetiva por el solo

hecho de certificar –con una firma digital– el trabajo de su funcionario; esta certificación no podía constituir la única prueba de su culpabilidad, dado que, se itera, los congresistas no tienen deberes de vigilancia y cuidado frente a sus subalternos.

Además, en la sentencia se sostuvo que la firma digital era confiable –porque el demandado reconoció que era su firma– pero lo cierto es que para que una rúbrica sea confiable debe ser electrónica. En consecuencia, el fallo incurre en una contradicción al asimilar la firma digital a la electrónica.

Respetuosamente,

HERNAN ANDRADE RINCÓN

Fecha ut supra

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ENRIQUE JARAMILLO SOTO

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ

Respetuosamente, en este escrito, consigno las razones de mi salvamento de voto respecto de la sentencia de 28 de marzo del 2017, proferida por la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, mediante la cual se decretó la pérdida de investidura del senador Carlos Enrique Soto Jaramillo. Los principales argumentos, son las siguientes:

La posición mayoritaria de la Sala consideró que el senador acusado incurrió en la causal de pérdida de investidura por incurrir en una conducta tipificada como indebida destinación de dineros públicos, al certificar que su asistente de la Unidad de Trabajo Legislativo, Juan David Giraldo Saldarriaga, había cumplido las obligaciones laborales durante los meses de julio de 2012 y noviembre de 2013, sin que lo hubiera hecho, lo que llevó al pago de la totalidad del salario sin haber laborado el mes completo²¹⁸.

Mi postura disidente se concreta en que en el caso *sub examine*, al analizar no se hizo un adecuado análisis de adecuación típica o de legalidad de la conducta que se reprocha. En efecto, comparto que en este caso concreto debe sancionarse con destitución al senador aquí juzgado por negligencia u omisión en el control de cumplimiento de los deberes de los empleados que están bajo su responsabilidad. Específicamente, considero que sí incurrió en la falta gravísima descrita en el numeral 3.º del artículo 48 de la L. 734 el cual consagra lo siguiente:

3. [...] Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga [...].

²¹⁸. Página 67 de la sentencia.

El juicio de pérdida de investidura, por su carácter sancionatorio, debe cumplir con los principios que amparan el debido proceso consagrado en el art. 29, constitucional, del cual hace parte el *principio de tipicidad*, según el cual, «la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras»²¹⁹.

En este sentido, aunque la causal de indebida destinación de dineros públicos está consagrada en el ordinal 4.º del artículo 183 de la Constitución Política, y en el numeral 4 del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, lo cierto es, que dichas normas no particularizan la conducta específica que la configuran, por lo que ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado la encargada de señalar los eventos en los cuales ésta tiene ocurrencia²²⁰.

En mi criterio, en la interpretación jurisprudencial se ha omitido distinguir entre el momento en que la conducta realizada por el congresista acusado constituye un verdadero quebrantamiento a la democracia participativa, como bien tutelado en el juicio de pérdida de investidura, y, aquél, en que el comportamiento está relacionado con el desconocimiento de un deber funcional por falta de diligencia, cuidado y corrección en el desempeño de las funciones asignadas al congresista como servidor del Estado, que no da origen a la pérdida de investidura, sino a la sanción disciplinaria, por incumplimiento del correcto ejercicio de la función pública²²¹.

En este proceso de pérdida de investidura²²², como se indicó en la sentencia, quedó debidamente probado que el asistente de la UTL viajó a las ciudades de Panamá y Toronto entre el 2 y 7 de julio de 2012 y entre el 1 y el 12 de noviembre de 2013, fechas en las cuales el congresista acusado certificó la labor del asistente²²³.

Lo anterior, no es suficiente para concluir que la citada conducta configura la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos. Hay que distinguir si el reproche al congresista se ubica la indebida destinación de dineros público, o en una irregular certificación de la asistencia física del asistente de la UTL en forma completa en los periodos certificados, cuando ésta no tuvo lugar.

²¹⁹. Sentencia C-796 de 2004 y C-319 de 1994, entre otras.

²²⁰. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de junio de 2001, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente núm. 11001-03-15-000-2001-0069-01. Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6 de mayo de 2014, consejero ponente Enrique Gil Botero, expediente núm. 11001-03-15-000-2013-00865-00, entre otras.

²²¹ Respecto de la diferencia del proceso disciplinario y el juicio de pérdida de investidura, ver sentencia del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejero ponente, William Hernández Gómez, sentencia de 21 de junio de 2016, expediente núm. 11001-03-15-000-2014-00843-00. Congresista acusado Pedro Jesús Orjuela Gómez.

²²². Página 40 de la sentencia.

²²³. Página 41 de la sentencia.

En mi concepto, en el caso *sub examine*, la adecuación típica de la conducta reprochada es un punto crucial. El juez de la pérdida de investidura debe buscar la descripción legal más concordante. Si existe, debe ceñirse a ella y a las consecuencias punitivas allí previstas.

Así las cosas, la falta gravísima contemplada en el numeral 3.º del artículo 48 de la Ley 734, describe con mayor precisión la conducta reprochada al congresista, porque su omisión, negligencia o falta de control, permitió que el asistente de la Unidad de Trabajo Legislativo, señor Juan David Giraldo Saldarriaga, incrementara injustificadamente el patrimonio, al recibir remuneración por servicios que no prestó, o que lo hizo de manera notoriamente deficiente.

En cambio, la descripción típica de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, prevista en el ordinal 4.º del artículo 183 de la Constitución Política, y en el numeral 4 del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, tiene como referente el adecuado manejo del presupuesto, como ordenador del gasto, bien en forma directa o indirecta.

En el caso que nos ocupa, no puede afirmarse categóricamente que hay indebida destinación, puesto que los pagos se hicieron con fundamento en una vinculación laboral de la cual se presume su legalidad. Distinto si el congresista propicia el pago de salarios u honorarios a persona natural o jurídica, con quien no existe vínculo contractual o legal alguno, lo cual sí podría ser calificado como una indebida destinación de recursos públicos.

En consecuencia, respetuosamente considero que no quedó demostrada la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, declarada en la sentencia de la cual me aparto, aunque considero que en este caso, sí se debe sancionar disciplinariamente al congresista con destitución e inhabilidad, pero, por incurrir en falta disciplinaria gravísima.

Estas son las principales razones de mí salvamente de voto.

Fecha ut supra,

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI)

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ENRIQUE JARAMILLO SOTO

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO – JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Aunque acompañó la decisión que se adopta en la sentencia del 28 de marzo de 2017, de manera respetuosa me permito **aclarar el voto**, en los siguientes puntos:

(i) El Senador investigado Carlos Enrique Soto Jaramillo, reconoció que había autorizado las constancias de cumplimiento de labores de su Unidad de Trabajo Legislativo; tal circunstancia era suficiente para dar por probado el supuesto fáctico relacionado con su asesor Juan David Giraldo Saldarriaga, de allí que no fuera necesario realizar elucubraciones sobre la firma electrónica, firma digital o digitalizada, porque ello era intrascendente para efectos del fallo.

(ii) De acuerdo con lo que obra en el proceso, en el caso concreto, vista la relación existente entre el investigado y la familia del servidor que hacía parte de su Unidad de Trabajo Legislativo -Juan David Giraldo Saldarriaga-, era imposible, en criterio del suscrito, desconocer que el Senador ignoraba los viajes realizados al exterior por parte de su empleado.

Atentamente,

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ