

Sentencia T-1285/05

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Evolución jurisprudencial

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA EN PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA-  
Procedencia excepcional

DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO-Alcance

DERECHO SANCIONADOR-Cubre diferentes ámbitos

El universo del derecho sancionador no se limita al derecho disciplinario y al derecho penal a los que generalmente se hace referencia, sino que más bien, como lo ha señalado la jurisprudencia, este derecho comprende un sistema complejo de situaciones que recubre diferentes ámbitos con características específicas, pero siempre sometido a unos principios de configuración claros, destinados a proteger las garantías constitucionales ligadas al debido proceso.

PERDIDA DE INVESTIDURA-Debe gozar de las garantías del debido proceso

Uno de los instrumentos constitucionales previstos para sancionar a un cierto tipo de funcionarios públicos es la acción de pérdida de investidura. Como tal, este procedimiento debe gozar de todas las garantías del debido proceso sancionador, bajo las especificidades que le son propias de acuerdo a su naturaleza y finalidad. Teniendo en cuenta la trascendencia que tiene la pérdida de investidura dentro del ordenamiento Constitucional, es deber de los operadores judiciales encargados de llevar a cabo tal juicio de responsabilidad política aplicar todas las garantías del debido proceso de manera estricta, más cuando la sanción conlleva una limitación permanente en el ejercicio de un derecho político-fundamental.

PERDIDA DE INVESTIDURA-Naturaleza y objetivos

PERDIDA DE INVESTIDURA-Causales

La Constitución previó expresamente algunas causales de pérdida de investidura. Algunas, como la prevista en el artículo 110, se aplica a todos los funcionarios públicos. Otras, como

las establecidas en el artículo 183, sólo se aplican a los congresistas. Y otra, como la prevista en el artículo 291 se aplica solo a los funcionarios de las entidades territoriales. Sin embargo, respecto de los miembros de las corporaciones públicas del orden territorial, el legislador tiene amplias facultades para consagrar otras causales que conlleven la privación de la dignidad adquirida mediante voto popular.

**PERDIDA DE INVESTIDURA DE MIEMBROS DE CORPORACIONES PUBLICAS-Además de las fijadas por la Constitución el legislador puede definir otras causales**

La Constitución Política trae consigo causales que conllevan la pérdida de investidura de un miembro de una Corporación Pública territorial. Además, la Constitución ha dejado al legislador la facultad de definir otras causales, conforme a los artículos 150-23 y 293, se tienen las previstas como falta gravísima en el artículo 25 de la Ley 200 de 1995, las que según el artículo 32 de la misma se sancionan, entre otras, con pérdida de investidura, ninguna de las cuales alude a imposibilidad de ser elegido diputado quién dentro del año anterior a la elección haya sido empleado público, Y, las consagradas en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que en su numeral primero expresamente alude a la pérdida de investidura de quienes violen el régimen de incompatibilidades o el de conflicto de intereses.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES DE MIEMBROS DE CORPORACIONES PUBLICAS-Corresponde fijarlas al legislador**

Inhabilidades e incompatibilidades tienen diferentes ámbitos de acción y se componen por supuestos de hecho diferentes. En igual sentido el conflicto de intereses se diferencia de las anteriores, pues respecto de éste se exige a quien ejerce determinada autoridad, no anteponer su interés particular, moral o económico, en el trámite de determinado asunto. Las tres categorías de prohibiciones mencionadas, pueden ser desarrolladas por el legislador de manera independiente y autónoma, conforme a las previsiones dispuestas en la Constitución Política y, como tal, cada una puede tener consecuencias jurídicas diferentes. Bajo esta perspectiva es necesario concluir, que en caso de ser trasgredidas, no necesariamente ellas conllevan la misma consecuencia o sanción, pues ello dependerá de lo que al respecto haya determinado el legislador.

**DIPUTADO-Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o conflicto de intereses no deriva en causal de perdida de investidura**

En conclusión, podemos aseverar que en lo que respecta a los diputados, en la Constitución no es posible encontrar alguna disposición que nos permita inferir que la trasgresión del régimen de inhabilidades o de incompatibilidades derive, como consecuencia, en una causal de pérdida de su investidura. En la Constitución, es claro, las inhabilidades, incompatibilidades y los conflictos de intereses no tienen una sola entidad con la acción de pérdida de investidura; ni de lo previsto en la ley, tampoco puede concluirse, que para los diputados la violación del régimen de inhabilidades conlleva como consecuencia la pérdida de investidura.

DEBIDO PROCESO EN PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO-No se fundó en un sustento legal y constitucional/VIA DE HECHO EN PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO-Defecto sustantivo

Es claro que la decisión de retirar la investidura de Diputado al demandante no se fundó en un sustento legal o constitucional expresa y previamente determinado por la Constitución o la ley como causal de pérdida de investidura para esta clase de agentes del Estado, resultando tal determinación contraria a los principios de legalidad y tipicidad aplicables a ese proceso sancionatorio, lo que constituye un defecto sustantivo conforme a las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Las tres figuras -inhabilidad, incompatibilidad, conflicto de intereses-, como anteriormente se advirtió, no tienen la posibilidad de ser equiparadas por tener entidad autónoma y propia; y de su violación no sigue como consecuencia la pérdida de investidura, salvo que así expresamente se hubiere previsto en la ley. Lo anterior, sin duda, le quita cualquier sustento legal y tipicidad sancionatoria a la conducta imputada al demandante dándole relevancia a la procedencia del amparo para proteger sus derechos al debido proceso, a ocupar cargos públicos y a elegir y ser elegido.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES-Son autónomas y no pueden equipararse

Referencia: expediente T-1115938

Acción de tutela instaurada por Rubén Darío Rodríguez Góngora contra el Consejo de Estado - Sección Primera-

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda, Subsección B- dentro de la acción de tutela instaurada por Rubén Dario Rodríguez Góngora contra el Consejo de Estado -Sección Primera-.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hiciera la Secretaría General del Consejo de Estado el seis (06) de mayo de dos mil cinco (2005), en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Por no haberse impartido aprobación al proyecto presentado por el ponente inicial, Magistrado Alvaro Tafur Galvis, el expediente fue asignado al despacho de la Magistrada que sigue en turno en orden alfabético.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La demanda de tutela

El señor Rubén Dario Rodríguez Góngora quien actúa mediante apoderado judicial, instauró acción de tutela contra el Consejo de Estado -Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo-, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa. Al respecto solicita que se deje sin efectos jurídicos la sentencia del 21 de julio de 2004 y adicionada mediante providencia del 20 de agosto del mismo año proferida por la Sección Primera Sala de lo Contenciosos Administrativo del Consejo de Estado con ocasión del proceso de pérdida de investidura en su contra.

#### 1.1. Hechos

Los hechos que invoca el actor como sustento de la acción de tutela interpuesta son los siguientes:

Señala que se desempeñó como Director de la Regional Andina del Instituto de Pesca y Acuicultura -INPA- hasta el 24 de abril de 2000. Posteriormente fue elegido, -el 26 de octubre de 2000- como Diputado a la Asamblea del Tolima, cargo al cual se posesionó el 1° de enero del año 2001.

Indica que el ciudadano Julio César Castañeda Salguero formuló ante el Tribunal Administrativo del Tolima demanda de pérdida de investidura de Diputado en su contra, con fundamento en la declaratoria de nulidad de su elección efectuada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante providencia del 5 de junio de 2003, en aplicación del artículo 179-2 de la Constitución.

Afirma que dentro de dicho proceso, mediante Auto de fecha 28 de noviembre de 2003, se ordenó al demandante “indicar la causal que configura el régimen de incompatibilidad o del conflicto de intereses que alega como causal por la que se pide la pérdida de investidura, dando las motivaciones razonables de su configuración”, y que, una vez atendido dicho requerimiento, se admitió la demanda mediante auto del 15 de enero de 2003.

Advierte que el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante auto del 4 de febrero de 2004, fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia pública de que trata el artículo 10 de la Ley 144 de 1994 y, así mismo, ofició “a la Secretaría del Tribunal Administrativo, para que envíe copia total del expediente electoral No. 3090 actor SAMUEL DUARTE contra RUBEN DARIO RODRÍGUEZ, como Diputado de la Asamblea para el periodo 2001 a 2003, a costa de la parte actora, para tal fin se le concede un término perentorio de tres días”.

Apunta que en la fecha y hora previstas se llevó a cabo la audiencia pública en la cual intervino el apoderado del accionado y el Ministerio Público, sin que asistiera el accionante.

Agrega que durante el curso de la audiencia el Ministerio Público emitió concepto negativo a la solicitud de pérdida de investidura y resalta que el demandante de tal proceso no cumplió, dentro del plazo de tres días otorgado en el Auto del 4 de febrero de 2004, ni en oportunidad posterior, con la carga procesal de sufragar los costos de expedición de las copias del expediente electoral referente a la nulidad de su elección como diputado.

Destaca que mediante sentencia de fecha 20 de febrero de 2004, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones relativas a la pérdida de investidura por lo que la parte accionante interpuso recurso de apelación que fue conocido por la Sección Primera del Consejo de Estado. Adicionalmente, explica que una vez ordenada la presentación de alegaciones, sólo hizo uso de dicha oportunidad procesal la parte accionada y el Ministerio Público; este último se opuso a la solicitud de pérdida de investidura.

Señala que dicha Corporación en sentencia del 21 de julio de 2004 determinó: “REVOCASE la sentencia apelada, y, en su lugar, se dispone DECRETESE la pérdida de investidura del Diputado señor RUBEN DARIO RODRÍGUEZ GÓNGORA”. Agrega que mediante decisión del 20 de agosto de 2004, a petición de la parte accionante, se adicionó esta providencia.

Indica que a través de apoderado judicial interpuso recurso extraordinario de revisión contra dicha sentencia y contra la providencia que la adicionó y complementó. Sin embargo el Consejo de Estado, el 18 de enero de 2005, declaró improcedente la formulación del recurso mencionado.

Aclara que la declaratoria de pérdida de investidura le ocasionó un perjuicio como quiera que no le permite aspirar en el futuro a cargo alguno de elección popular, y además carece de otro medio de defensa judicial para lograr el restablecimiento de sus derechos fundamentales.

## 1.2. Causas de violación de los derechos fundamentales invocados

El actor invoca las siguientes causas y razones de violación de sus derechos fundamentales:

1.2.1. “Yerro fáctico consistente en la valoración de un medio de prueba que no se allegó al proceso”:

Considera que se incurrió en un yerro fáctico por ausencia de medios de prueba, toda vez que no se acreditó su condición de Director Regional del Instituto de Pesca y Acuicultura -INPA-, ni la circunstancia de haber sido declarada nula su elección como diputado dentro del proceso de pérdida de investidura, pues la parte accionante no cumplió con la carga de la prueba que le imponía su condición de demandante, esto es, demostrar los fundamentos de hecho de su solicitud. Concluye que en esos términos, al no haberse fallado con fundamento

en elementos probatorios válidos que hubieran podido ser controvertidos por la parte accionada en el trámite del proceso, se vulneró el derecho al debido proceso y el derecho de defensa.

#### 1.2.2. “Interpretación extensiva de una disposición constitucional”:

Afirma que hubo una interpretación extensiva de una disposición constitucional por parte del Consejo de Estado, pues en el caso concreto se le aplicaron las causales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades dispuestas en la Constitución para los Congresistas de acuerdo a lo previsto en el artículo 299.

En tal orden de ideas, precisa que: “... la interpretación fundante de la decisión de pérdida de investidura desafía el principio de legalidad de la causa sancionatoria, al determinar por la vía equívoca de la remisión en primer término y de la analogía posteriormente, una sujeción de los diputados a un régimen de pérdida de investidura que la Constitución estableció perentoriamente para los Congresistas...”, de forma tal que esa analogía jurídica es errónea pues de conformidad con lo previsto en el artículo 299 superior, tal norma remite a las causales de inhabilidad e incompatibilidad en el caso de los Diputados solamente en ausencia de una regulación más exigente que la establecida en la misma Constitución, sin que ello implique que haga una expresa remisión de tales causales en tratándose de la acción de pérdida de investidura.

#### 1.2.3. “Vulneración del principio de justicia rogada de la jurisdicción contencioso administrativa”:

A juicio del actor se violó el principio de justicia rogada de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en razón a que el Consejo de Estado fundó la pérdida de investidura en una causal que no fue expresamente alegada por la parte accionante dentro del proceso, pues éste fundamentó su solicitud en la violación de una causal de incompatibilidad prevista en las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 (art. 33, numeral 3°), de suerte que el ente accionado desconoció que estaba limitado por los parámetros fijados expresamente por el actor en su demanda.

Finalmente respecto de este punto, advierte que el debate jurídico llevado a cabo en el curso del proceso de pérdida de investidura, versó sobre la existencia o no de una causal de

incompatibilidad, sin embargo la fundamentación jurídica y la construcción argumental del fallo censurado trata sobre la aplicación de una norma constitucional por remisión que obviamente no corresponde a la pretendida causal de incompatibilidad.

#### 1.2.4. “Aplicación retroactiva de la Ley 617 de 2000”.

El actor manifiesta que la Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aplicó en forma retroactiva la Ley 617 de 2000, desconociendo el artículo 86 de la misma ley que establece que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se aplicará a las elecciones que se lleven a cabo a partir del año 2001, esto es con posterioridad a su elección como Diputado.

En ese sentido, aclara que el Consejo de Estado en la sentencia aludida, fragmentó la aplicación de la hipótesis normativa prevista en el artículo 86 de la Ley 617 de 2000, al señalar una regla conforme a la cual la posibilidad de acudir judicialmente se permite desde la misma promulgación de la ley, y una regla de aplicación posterior para la vigencia de las causales, vulnerando en consecuencia con dicha decisión el elemento integrante del principio de legalidad como corolario del debido proceso, esto es, la preexistencia de la normatividad en el campo del derecho sustancial y del procedimiento.

#### 1.2.5. “Aplicación de un referente jurisprudencial posterior al acto de inscripción del tutelante como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima”.

Según el actor, en este caso se aplicó un referente jurisprudencial posterior al acto de inscripción del tutelante como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima, en tanto que la jurisprudencia en la que el Consejo de Estado fijó la tesis según la cual el régimen de inhabilidades de los Congresistas se debe aplicar a los Diputados fue sentada el 8 de agosto de 2000, con posterioridad a la fecha de inscripción del tutelante como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima.

Precisa al respecto que para la fecha en que ya estaba inscrito como candidato, el Consejo de Estado dispuso la vigencia de un régimen de pérdida de investidura que no existía al momento de su inscripción y, por tanto, con esa decisión se vulneró el derecho al debido proceso en lo relativo a la sanción, en la medida en que en el caso concreto el tutelante no tuvo la posibilidad de conocer la prohibición que dio lugar a que incurriera en una conducta

reprochable y a la correspondiente sanción que culminó con la pérdida de su investidura como Diputado a la Asamblea Departamental del Tolima.

## 2. Argumentos de la Defensa

La parte accionada, esto es, la Sección Primera -Sala de lo Contencioso Administrativo- del Consejo de Estado, no intervino dentro del proceso.

## 3. Decisión judicial objeto de revisión

La Sección Segunda, Subsección A- Sala de lo Contencioso Administrativo- del Consejo de Estado, mediante fallo del treinta y uno (31) de marzo del año dos mil cinco (2005), decidió negar el amparo solicitado.

Advierte el a-quo que se plantean dos tipos de cargos en el escrito de tutela a saber, i) de una parte, los relativos a presuntas falencias probatorias en la expedición de las providencias impugnadas, y ii) de otra parte, los relacionados con las deficiencias de orden interpretativo y de aplicación de normas.

Explica que al primer grupo de cargos se refieren aquellos según los cuales la providencia emitida por el Consejo de Estado -Sección Primera- violó el debido proceso del actor porque i) en el expediente no figura copia del proceso electoral ni de la sentencia de nulidad de la elección del actor como Diputado que sirvió de base para la declaratoria de pérdida de investidura, y ii) no figura en el expediente prueba de que el tutelante ocupó el cargo de Director Regional del Instituto de Pesca y Acuicultura lo que motivó la nulidad de su elección como Diputado.

Al respecto en la sentencia se consideró que la decisión de decretar la pérdida de investidura del tutelante como Diputado a la Asamblea Departamental del Tolima tuvo como soporte el proceso electoral por medio del cual se anuló su elección a dicha Corporación, prueba que fue solicitada por la parte accionante en el proceso de pérdida de investidura y decretada por el Tribunal Administrativo. Señala que si bien dicha sentencia no figura en el expediente por tratarse de una decisión de público conocimiento y emitida por una Sección de esa misma Corporación, bien pudo la Sección Primera del Consejo de Estado tenerla como elemento para proferir la providencia impugnada.

De otra parte, en el segundo grupo de cargos se encuentran las acusaciones consistentes en que el ente accionado i) realizó una interpretación extensiva de la Constitución al determinar una sujeción del régimen de pérdida de investidura, que la Constitución estableció perentoriamente para los Congresistas, ii) violó el principio de justicia rogada porque se fundó en una norma que no había invocado el actor, esto es se basó en una norma constitucional, y no en las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 cuya violación había sido planteada en la demanda, iii) aplicó en forma retroactiva la Ley 617 de 2000 desconociendo el artículo 86 de la misma según el cual el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en ella establecido regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001, y iv) aplicó un referente jurisprudencial posterior al acto de inscripción del tutelante como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima.

Como respuesta en la providencia se aduce que contrariamente a lo afirmado por el peticionario, la decisión que se censura se sustentó en disposiciones legales y en interpretaciones de las mismas acogidas en diversas decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, de forma tal que: "...la sentencia impugnada y su adición no pueden calificarse como violatorias del derecho constitucional fundamental al debido proceso porque si bien pueden no compartirse los alcances interpretativos de las sentencias que sirvieron de fundamento a las decisiones que se cuestionan en sede de tutela, las tesis en ellas acogidas no alcanzan a configurar una vía de hecho que merezca la protección del derecho fundamental invocado...".

Finalmente en relación con el supuesto perjuicio irremediable que se provocaría al tutelante ante la indagación Preliminar adelantada sobre los mismos hechos por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, en la providencia se advierte que el desarrollo de una diligencia disciplinaria no implica la existencia de un perjuicio irremediable.

## 5. Actividad Probatoria.

### 5.1. Pruebas documentales aportadas por el actor con la demanda de tutela:

- a. Copia de la demanda formulando el trámite procesal de pérdida de investidura por parte de Julio Cesar Castaño Salguero en contra del tutelante (folios 5 a 8 del expediente).
- b. Copia del oficio de la radicación de la demanda aludida en la Secretaría General del

Tribunal Administrativo del Tolima y del auto mediante el cual se inadmitió y se ordenó subsanar la demanda (folios 9 y 10 del expediente).

c. Copia del Acta General del Escrutinio Departamental para elecciones del 29 de octubre del 2000 para Gobernador, Asamblea, Alcalde y Concejo y Juntas Administradoras Locales (folios 11 a 18 del expediente).

d. Copia del escrito mediante el cual el accionante señor Julio César Castañeda Salguero subsanó la demanda (folio 19 del expediente).

e. Copia del Auto de admisión de la demanda de pérdida de investidura mediante el cual se ordenó notificar y correr traslado a la parte demandada (folio 20 del expediente).

f. Copia de la contestación de la demanda, de la notificación del auto admisorio y del auto que decreta pruebas (folios 22 a 31 del expediente).

g. Copia de los escritos de conclusión allegados por el Ministerio Público y la defensa dentro del proceso sancionatorio de pérdida de investidura radicado por el Tribunal bajo el número 002269-03 (folios 42 a 57 del expediente).

h. Copia del acta de la Audiencia Pública en la cual intervienen el agente del Ministerio Público y el demandado (folios 58 a 70 del expediente).

i. Copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 20 de febrero de 2004, dentro del proceso de pérdida de investidura, negando las pretensiones de la demanda (folios 71 a 77 del expediente).

j. Copia del edicto mediante el cual se notificó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso de pérdida de investidura (folio 78 del expediente).

k. Copia del recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal Administrativo del Tolima por la parte accionante dentro del proceso de pérdida de investidura (folio 79 del expediente).

l. Copia de los oficios mediante los cuales se fijó y desfijó la notificación por edicto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso de pérdida

de investidura (folios 80 y 81 del expediente).

m. Copia del auto mediante el cual se concedió en el efecto suspensivo ante el Consejo de Estado, el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso de pérdida de investidura, así como del oficio de remisión del respectivo expediente (folios 82 y 83 del expediente).

n. Copia del Auto proferido por el Consejo de Estado a través del cual admite el recurso de apelación y ordena notificar personalmente al Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado y por estado a las demás partes en el proceso (folios 88 a 90 del expediente).

ñ. Copia del escrito mediante el cual el apoderado del señor Rubén Dario Rodríguez Góngora formula alegatos de parte en el trámite de segunda instancia dentro del proceso de pérdida de investidura (folios 91 a 105 del expediente).

o. Copia del concepto rendido por la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado dentro del trámite del proceso de pérdida de investidura (folios 106 a 111 del expediente).

p. Copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado -Sección Primera- el 21 de julio de 2004, que revoca el fallo de primera instancia y en su lugar decreta la pérdida de investidura del señor Rubén Dario Rodríguez Góngora (folios 114 a 126 del expediente).

q. Copia del escrito presentando ante el Consejo de Estado por la parte demandante dentro del proceso de pérdida de investidura, a través del cual solicita adicionar sentencia proferida por esa Corporación (folios 127 a 130 del expediente).

r. Copia del edicto mediante el cual se notificó la sentencia proferida por el Consejo de Estado -Sección Primera- dentro del proceso de pérdida de investidura, así como del auto mediante el cual pasó al Despacho para estudio de la solicitud de adición de la aludida sentencia (folios 131 a 133 del expediente).

s. Copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado -Sección Primera- el 20 de agosto de 2004, dentro del proceso de pérdida de investidura, adicionando la providencia proferida por esa Corporación el 21 de julio de 2004 (folios 134 a 138 del expediente).

u. Copia de diversas providencias y actuaciones surtidas en segunda instancia durante el curso del proceso de pérdida de investidura (folios 140 a 157 del expediente).

v. Copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado –Sección Primera- el 18 de enero de 2005, rechazando el recurso extraordinario de revisión formulado por la parte demandada dentro del proceso de pérdida de investidura (folios 158 a 160 del expediente).

#### 5.2. Pruebas documentales allegadas durante el trámite de la tutela:

a. Copia de los documentos de inscripción del señor Rubén Dario Rodríguez Góngora como candidato a la Asamblea del Tolima para la elección del 29 de octubre de 2000 (folios 200 a 208 del expediente).

b. Copia de la decisión adoptada por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa en relación con una queja formulada por el ciudadano Orlando Arciniegas Lagos contra el señor Rubén Dario Rodríguez Góngora por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (folios 211 a 212 del expediente).

#### 5.3. Pruebas documentales aportadas mediante escrito adicional en sede de revisión:

a. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Rubén Dario Rodríguez Góngora (folio 22 del cuaderno de revisión).

b. Copia del acta de posesión del señor Rubén Dario Rodríguez Góngora como Alcalde Municipal de Ibagué (folios 23 y 24 del cuaderno de revisión).

c. Copia de la credencial electoral señor Rubén Dario Rodríguez Góngora como Alcalde Municipal de Ibagué (folio 25 del cuaderno de revisión).

d. Copia de la diligencia de audiencia pública realizada el 11 de abril de 2005, dentro del proceso verbal adelantado en contra del Alcalde de Ibagué señor Rubén Dario Rodríguez Góngora (folios 26 a 30 del cuaderno de revisión).

e. Copia de la providencia emitida por la Procuraduría General de la Nación –Sala Disciplinaria- el 25 de julio de 2005 (folios 31 a 48 del cuaderno de revisión).

f. Copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado –Sección Quinta- el 5 de agosto

de 2005 en el trámite de una acción de cumplimiento (folios 49 a 62 del cuaderno de revisión).

g. Copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado -Sección Primera- el 4 de octubre de 2001 en el trámite de una acción de pérdida de investidura de un concejal (folios 73 a 82 del cuaderno de revisión).

h. Copia de los decretos 0553 y 0554 de 2005 proferidos por el Gobernador (E) del Tolima (folios 94 a 99 del cuaderno de revisión).

i. Copia de la sentencia del cinco (05) de junio de 2003 dentro de la acción de nulidad de la elección del señor Rubén Darío Rodríguez, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado (folios 106 a 145 del cuaderno de revisión).

j. Copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado -Sección Primera- el 7 de abril de 2005 dentro de la acción de pérdida de investidura de un Diputado por el Departamento de Sucre (folios 146 a 157 del cuaderno de revisión).

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36), así como en el auto de fecha ocho (8) de julio de 2005 proferido por la Sala de Selección Número Siete (7) de esta Corporación.

### 2. Materia sometida a revisión

El actor en su demanda solicita que se proteja su derecho al debido proceso (art 29 C.P.) que estima vulnerado con la providencia adoptada por la Sección primera Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 21 de julio de 2004, adicionada mediante providencia del 20 de agosto del mismo año, en la cual se declaró la pérdida de su investidura como diputado. Afirma que en dicha providencia se configuró una vía de hecho por cuanto i) en el expediente no figuraban los elementos probatorios que sustentaban la solicitud de pérdida de investidura -a saber copia del proceso electoral ni de la sentencia de

nulidad de la elección del actor como Diputado que sirvió de base para la declaratoria de pérdida de investidura- ni prueba de que el tutelante ocupó el cargo de Director Regional del Instituto de Pesca y Acuicultura en el año anterior a su elección como diputado; ii) la sección Primera del Consejo de Estado a) extendió a los diputados el régimen de pérdida de investidura previsto para los Congresistas y concretamente aplicó al caso del accionante en tutela una causal prevista en la Constitución para los Congresistas, pero no para los diputados, b) violó el principio de justicia rogada porque se fundó en una norma que no había invocado el actor en el proceso de pérdida de investidura, esto es se fundó en una norma constitucional, y no en las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 cuya violación había sido planteada en la demanda, c) aplicó en forma retroactiva la Ley 617 de 2000 desconociendo el artículo 86 de la misma ley según el cual el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en ella establecido regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001, y d) aplicó un referente jurisprudencial posterior al acto de inscripción del tutelante como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima.

El juez de instancia -en este caso la Sección Segunda Subsección B Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado- decidió denegar el amparo solicitado por cuanto consideró que no asistía razón al actor en relación con la supuesta configuración de una vía de hecho en el presente caso pues i) la misma en manera alguna puede predicarse del hecho de haber tomado en cuenta para la decisión de pérdida de investidura una sentencia proferida por la Sección Quinta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que si bien no figuraba materialmente en el expediente resultaba de público conocimiento; ii) frente a la supuesta configuración de un “defecto sustantivo” -que asume el juez de instancia es el que invoca el accionante para afirmar que se configuró una vía de hecho- la sentencia que se ataca se sustentó en disposiciones cuya interpretación había sido acogida en dos decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, una de ellas en Sala Plena<sup>1</sup>, y que si bien pueden no compartirse los alcances interpretativos de las referidas sentencias que sirvieron de fundamento a la providencia que se cuestiona, las tesis en ellas planteadas no alcanzan a configurar una vía de hecho.

Corresponde a la Sala en consecuencia establecer si asiste razón o no al juez de instancia que decidió negar el amparo solicitado y concretamente si en el presente caso se reúnen los requisitos para que proceda la acción de tutela contra providencia judiciales.

### 3. Consideraciones preliminares

Previamente la Sala considera necesario efectuar varias precisiones en torno a i) las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales de pérdida de investidura, ii) el debido proceso en materia sancionatoria y en particular (iii) la naturaleza, régimen y finalidad de los procesos de pérdida de investidura y el necesario respeto del principio de legalidad en ellos. Tales consideraciones resultan pertinentes para el examen que corresponde efectuar a la Sala de decisión en el presente caso.

3.1. Las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, en particular, en los casos de pérdida de investidura.

El artículo 86 de la Constitución Política establece -sin mas reparo- que la acción de tutela procede para la protección de los derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Dentro de ese derrotero hay que señalar que la procedencia de la acción de tutela en contra de actuaciones jurisdiccionales también se apoya en el artículo 25 del Pacto de San José<sup>2</sup>. Pues bien, esta Corporación a través de la sentencia C-543 de 1992 declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del decreto 2591 de 1991 pero, en la misma decisión, señaló su procedencia excepcional, sujeta a criterios precisos que la Corte ha venido fijando a lo largo de su jurisprudencia, todos ellos, claro está, ligados a la vulneración explícita de derechos fundamentales. La sentencia en comento expresó en su ratio decidendi:

“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un

perjuicio irremediable, (...). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”.

Conforme a lo anterior, en la sentencia T-079 de 1993, con base en una decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en donde concedió una acción de tutela contra una sentencia judicial y respetando la ratio decidendi de la sentencia C-543 de 1993, se comenzarían a construir y desarrollar los criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales constituyen pautas objetivas a partir de las cuales se puede derivar la violación de la Constitución por la vulneración de los derechos fundamentales dentro de un proceso judicial. Éstos se desprenden de la aplicación y desarrollo de los derechos fundamentales a la cotidianidad de todas las prácticas judiciales y, como tal, han sido objeto de madurez, racionalización y sistematización.

Al comienzo, en las primeras decisiones de esta Corporación, se enfatizó y definió que el punto en el que giraba la viabilidad del examen de las decisiones judiciales a través de la tutela lo constituía la vía de hecho, definida como el acto absolutamente caprichoso y arbitrario<sup>3</sup> producto de la carencia de fundamentación legal, constitucionalmente relevante.

Sin embargo actualmente, la jurisprudencia ha rediseñado tal enunciado dogmático<sup>4</sup> para dar cuenta de un grupo enunciativo de los criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Al respecto, en la sentencia T-949 de 2003<sup>5</sup>, la Sala Séptima de Revisión señaló lo siguiente:

“Esta Corte en sentencias recientes ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta redefinición ha operado a partir del poder de irradiación del principio de eficacia de los derechos fundamentales (art. 2 C.P.) y de una interpretación sistemática de diversas disposiciones de la Constitución (arts. 1, 2, 13, 86, 228 y 230 C.P.).

“En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita “armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su

ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado (Sentencia T-462 de 2003)”.

La sistematización de los criterios o causales a partir de los cuales es posible justificar el advenimiento de una tutela contra una decisión judicial, ha generado que la Corte advierta dentro de ellos la obligación del operador de respetar los precedentes y de guardar respeto y armonía entre su discrecionalidad interpretativa y los derechos fundamentales previstos en la Constitución<sup>6</sup>. En este punto es necesario prevenir que la Corporación ha definido e identificado dentro del ejercicio jurisdiccional, la obligación de argumentar suficientemente cada una de sus decisiones y también de ponderar con claridad los derechos fundamentales que se encuentren en disputa. El principio de eficacia de los derechos fundamentales y el valor normativo de la Constitución obligan al juez a acatar, emplear e interpretar explícitamente las normas legales aplicables a un caso concreto, pero también a justificar y ponderar las pugnas que se llegaren a presentar frente a la Carta Política<sup>7</sup> y los derechos fundamentales<sup>8</sup>.

Pues bien, conforme a los anteriores presupuestos y como recapitulación de las diferentes decisiones adoptadas, la Corte ha identificado y congregado a los criterios en seis apartados que ha definido de la siguiente manera<sup>9</sup>:

i. Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido<sup>10</sup>.

ii. Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido<sup>11</sup>.

iii. Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la

administración de justicia<sup>12</sup>.

iv. Decisión sin motivación: Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos<sup>13</sup>.

v. Desconocimiento del precedente: En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia<sup>14</sup>.

vi. Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto<sup>15</sup>".

Adicionalmente hay que señalar que la jurisprudencia constitucional ha aceptado en varias oportunidades la procedencia de la acción de tutela contra las providencias que establecen la pérdida de investidura de los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos mediante voto popular. En particular, para el caso de los Congresistas, esta Corporación ha supeditado la procedencia del amparo al uso de todas las herramientas judiciales previstas para el trámite judicial incluyendo el recurso extraordinario de revisión. Al respecto, en la Sentencia de Unificación SU-1159 de 2003 la Corte consideró lo siguiente:

"(...) la Corte pone de presente dos consideraciones. La primera de ellas es que no existe un medio de defensa judicial frente a la sentencia que resuelve el recurso extraordinario especial de revisión. Entonces, la acción de tutela procedería contra la sentencia que resuelve el recurso contra la sentencia que decretó la pérdida de la investidura, si ésta incurre en una vía de hecho y afecta los derechos fundamentales del congresista. La segunda consideración es que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela no procede en contra de la sentencia que decreta la pérdida de la investidura, puesto que el recurso extraordinario especial de revisión constituye un medio de defensa judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales de los congresistas, en especial el derecho

al debido proceso. En efecto, dicho recurso extraordinario especial procede por las siguientes causales: "(a) falta del debido proceso; (b) violación del derecho de defensa",<sup>16</sup> además de las establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.<sup>17</sup>

"En ese orden de ideas, la excepcionalidad de la procedencia de la acción tutela en contra de sentencias judiciales que incurran en una vía de hecho, es aún mayor cuando la sentencia acusada tuvo por objeto resolver un recurso extraordinario especial de revisión. En estos casos la tutela procede (i) cuando se alegue una vía de hecho que específicamente tenga origen en el fallo que resuelve el recurso extraordinario especial de revisión, o en el proceso de revisión en sí mismo considerado; (ii) cuando se alegue una vía de hecho que ocurrió durante el proceso de pérdida de investidura, que fue invocada en el recurso extraordinario especial de revisión, pero cuyo análisis por parte del Consejo de Estado acerca de la violación del derecho fundamental contradice la Constitución o la jurisprudencia constitucional aplicable; y (iii) cuando se trate de una vía de hecho que ocurrió en el proceso de pérdida de investidura pero que, o bien no podía ser alegada mediante un recurso en contra de la sentencia de pérdida de investidura, o bien fue alegada pero el Consejo de Estado la dejó de lado por completo y no la analizó o lo hizo desconociendo el derecho claramente aplicable"<sup>18</sup>.

En el mismo sentido la Sala Primera de Revisión, en la sentencia T-1232 de 200319, observó lo siguiente:

"Cuando se ha utilizado las instancias ordinarias de defensa, con las acciones y recursos previstos en ella para la defensa de los derechos fundamentales y persiste la amenaza o violación contra ellos, la acción de amparo constitucional se constituye en el único y eficaz mecanismo de protección de tales derechos. Pues, el agotamiento de las vías ordinarias de defensa comporta la no existencia de otros medios de protección, lo que habilita la utilización de la acción de tutela, en los términos del artículo 86 de la Constitución Política, según el cual la acción de amparo procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial.

"De suerte, que si por la vía del medio ordinario de defensa, y en los recursos en ella previstos, se alegó la vulneración de un derecho fundamental, es válido aducir esos mismos hechos en la acción de tutela, al ser ellos, precisamente, los que dan cuenta de la violación o amenaza de los derechos fundamentales. No puede aducirse como razón de la

improcedencia de la tutela en estos casos, que como ya se analizaron y debatieron esos hechos en el procedimiento ordinario, no es posible volver a plantear esos mismos hechos. Por cuanto, lo que hace viable esta acción constitucional es la no existencia de mecanismos idóneos y eficaces de defensa. Luego si después de intentada esa vía ordinaria la violación persiste o se mantiene es completamente válido acudir a la acción de tutela, para proteger los mismos derechos que fueron desatendidos en la vía judicial correspondiente y que su juez no quiso proteger.

“Además, la Corte estima que negar la procedencia de la tutela en estos casos, comporta negar que el juez, como autoridad pública, puede vulnerar los derechos fundamentales. Y esta vulneración, también puede producirse al final del proceso, esto es, una vez agotados todos los recursos que la vía ordinaria previa. Luego, predicar la improcedencia de la acción de amparo en estos eventos, implica recortar y desnaturalizar esta acción, puesto que si en una actuación judicial, así sea definitiva, si incurre en una vía de hecho, y no existe otra vía de defensa la tutela procede como mecanismo de defensa, tal como ya lo tiene definido la consolidada jurisprudencia que sobre esta materia ha vertido esta Corporación desde sus inicios.

Por la vía del control abstracto de constitucionalidad esta Corporación ha reafirmado la procedencia subsidiaria de la tutela en los casos de pérdida de investidura. En la sentencia C-207 de 200320, en la que la Corte examinó el contenido normativo previsto en la aplicación de los artículos 17 de la Ley 144 de 1994 y 33 de la Ley 446 de 1998, sobre la procedencia del recurso extraordinario de revisión, se indicó:

“De este modo, la ley, conforme a la interpretación que de ella hace el Consejo de Estado, al establecer un recurso orientado a brindar garantía de los derechos fundamentales de quienes se hayan visto afectados por una sentencia de pérdida de investidura, sin justificación razonable, decide excluir de su ámbito a determinados sujetos, los cuales, por tal motivo, se verían sin posibilidades de acceso a la administración de justicia. Las diferencias y las controversias que surjan en torno al proceso y a la sentencia, no tendrían un mecanismo específico para obtener la protección judicial. Cabría, sí la vía subsidiaria de la acción de tutela, pero tal acción constitucional no está llamada a suplir de manera general las vías ordinarias que dentro del ámbito de los respectivos procesos se contemplan para la garantía de los derechos. Sólo ante la ausencia de medios judiciales ordinarios, las deficiencias de

éstos o su inadecuación para el caso concreto, o su insuficiencia para prevenir un perjuicio irremediable, cabe el amparo. Pero, de ordinario, resulta contrario a la Constitución que el legislador, al regular un procedimiento judicial para la defensa de los derechos de las personas excluya de su ámbito, sin justificación válida, a determinados sujetos, los cuales verían por esa vía restringido su derecho de acceso a la administración de justicia” (subrayado fuera de texto original).

Así pues, cuando dentro de una acción de pérdida de investidura, en la que se hayan utilizado diligentemente todas las herramientas previstas en el proceso, se incurra en el desconocimiento de mandatos constitucionales y se vean afectados derechos fundamentales conforme a los criterios de procedibilidad antes enunciados, procederá el amparo para hacer frente a la anomalía conforme al artículo 86 superior.

Pasemos ahora a detallar algunas de las especificaciones constitucionales referentes al derecho sancionatorio para luego hacer mayor énfasis en las características de la acción de pérdida de investidura de los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos mediante el voto popular.

### 3.2. El debido proceso sancionatorio.

El debido proceso aplicable a todos los procedimientos administrativos y judiciales conforme al artículo 29 de nuestra Constitución, tiene también amplia y generosa consagración internacional. Por ejemplo, en los artículos 8 y 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos -Pacto de San José- se indican los principales supuestos que comportan las garantías judiciales a manera de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial<sup>21</sup>. Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 14 y 15) reitera este conjunto de pautas protectoras de donde sobresale el principio de legalidad de la pena<sup>22</sup>.

Pues bien, la Carta Política colombiana establece en el artículo 29 que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Esta norma, como se puede observar, comporta la exigencia para el legislador de: (i) definir de

manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la determinación de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso. Y, a los operadores judiciales y administrativos juzgar conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, y observar la plenitud de las formas propias del juicio.

En torno a cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional<sup>23</sup>, haciendo énfasis -entre otros temas- a los principios de reserva legal, tipicidad o taxatividad de las sanciones<sup>24</sup>, y favorabilidad en la aplicación de la ley sancionadora<sup>25</sup>. Sobre este asunto ha dicho particularmente la Corte lo siguiente:

“Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites “al ejercicio de dicha potestad punitiva<sup>26</sup>. Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”<sup>27</sup> (Negrilla fuera de texto original).

“Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase,

el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición<sup>28</sup>29.

Conforme a lo anterior podemos deducir que para poder aplicar sanciones legítimas por parte del Estado<sup>30</sup>, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse las garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”<sup>31</sup>.

Una de estas garantías, a saber la legalidad y tipicidad de la infracción y la sanción, constituye -además- una de las pautas básicas de cualquier tipo de responsabilidad. Al respecto basta con recordar lo que el principio fundamental previsto en el artículo 6° de la Constitución Política ordena: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Así mismo, cabe precisar que la Corte ha hecho particular énfasis en que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. Al respecto ha dicho esta Corporación: “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”<sup>32</sup>. Esta premisa, sin duda, es el principal fundamento de la función pública en cualquiera de sus manifestaciones y, por supuesto, constituye referente básico al ejercicio del poder judicial. Por ejemplo, en lo que tiene que ver con la razonabilidad de las interpretaciones normativas realizadas por los jueces, esta Corporación ha establecido que ella depende de (i) su compatibilidad con la Constitución, lo que implica descartar resultados que sean contrarios a la Carta, y (ii) su convivencia con los principios propios aplicables a las diferentes ramas del derecho<sup>33</sup>. Sobre el particular, en la sentencia T-1031 de 2001 se explicó:

“Así las cosas, resulta evidente que la labor de los jueces al interpretar el derecho para aplicarlo al caso concreto, si bien supone que sea realizada de manera autónoma, no puede convertirse en patente de corzo para aplicar cualquier interpretación posible. El sistema jurídico, en sus distintos niveles, impone restricciones a las interpretaciones posibles, de

suerte que resulta relativamente sencillo distinguir entre las correctas y aquellas que no satisfacen dicho requerimiento.

(...)

“En estas condiciones, no puede sostenerse que la autonomía judicial equivalga a libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho. Por el contrario, de la Constitución surgen tres restricciones igualmente fuertes: el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las altas Cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional(...).

(...)

“10. De conformidad con el principio de ponderación, las decisiones restrictivas de los derechos de los asociados han de responder a razones objetivas. Este principio rige igualmente en materia de interpretación judicial”<sup>34</sup>.

De acuerdo al marco descrito, según el cual el principio de legalidad es connatural a cualquier tipo de responsabilidad y un parámetro esencial del debido proceso judicial, se analizarán los principales supuestos y formas de la deontología aplicable a los servidores públicos.

Cabe recordar, que en el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del servidor público tiene diferentes manifestaciones que se derivan de la necesidad de proteger de manera específica diversos bienes jurídicos. Así, ha de tomarse en cuenta que el universo del derecho sancionador no se limita al derecho disciplinario y al derecho penal a los que generalmente se hace referencia, sino que más bien, como lo ha señalado la jurisprudencia<sup>36</sup>, este derecho comprende un sistema complejo de situaciones que recubre diferentes ámbitos con características específicas, pero siempre sometido a unos principios de configuración claros, destinados a proteger las garantías constitucionales ligadas al debido proceso.

Por regla general, los principios comunes a todos los procedimientos que evidencian el ius puniendi del Estado (legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad, proporcionalidad, non bis in idem) resultan aplicables a los diferentes procedimientos sancionatorios -penal,

disciplinario, fiscal, civil, administrativo no disciplinario- que establezca el legislador para proteger los diversos bienes jurídicos ligados al cumplimiento de los fines del Estado y el ejercicio de las funciones públicas<sup>37</sup>. Sin embargo, la Corte ha precisado que debido a las particularidades de cada uno de los regímenes sancionatorios, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, dichos principios adquieren matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate, siendo en todo caso dentro del escenario penal en donde estos presupuestos resultan más estrictos<sup>38</sup>. Sobre este tema, la sentencia C-597 de 1996<sup>39</sup> indicó:

“Ahora bien, lo anterior no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal”.

Los matices que aplican a los diferentes regímenes sancionatorios tienen como principal referente el bien jurídico que se pretende tutelar con el correctivo. Así, por ejemplo, a través de las garantías del sistema penal, que como se dijo gozan de los más estrictos requerimientos, se resguarda la libertad personal como prototipo de la sanción más drástica que puede aplicar el Estado a uno de sus asociados. Al respecto la Corte explicó:

“La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su

núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido”<sup>40</sup>.

3.2.2. Ahora bien, uno de los instrumentos constitucionales previstos para sancionar a un cierto tipo de funcionarios públicos es la acción de pérdida de investidura. Como tal, este procedimiento debe gozar de todas las garantías del debido proceso sancionador, bajo las especificidades que le son propias de acuerdo a su naturaleza y finalidad.

3.2.2.1. Cabe recordar, que en los procesos de pérdida de investidura se limitan o reducen algunos derechos fundamentales previstos en la Constitución como el de elegir o ser elegido, respecto de los cuales la doctrina extranjera y la jurisprudencia nacional han proferido importantes pronunciamientos. Para el efecto, basta con recordar que el artículo 40 numerales 1, 2 y 7 en concordancia con el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>41</sup>, incluyen este derecho como categoría básica del ejercicio de la ciudadanía, el cual no puede ser sometido a restricciones indebidas<sup>42</sup>. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>43</sup> en la Observación General número 25 indicó, que el derecho a elegir y ser elegido puede ser objeto de limitación siempre y cuando se cumpla con parámetros de legalidad, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Expresamente dijo:

“4. Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. Por ejemplo, puede ser razonable exigir que, a fin de ser elegido o nombrado para determinados cargos, se tenga más edad que para ejercer el derecho de voto, que deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos. El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público.

(...)

“16. Las condiciones relacionadas con la fecha, el pago de derechos o la realización de un depósito para la presentación de candidaturas deberán ser razonables y no tener carácter discriminatorio. Si hay motivos razonables para considerar que ciertos cargos electivos son incompatibles con determinados puestos [por ejemplo, los de judicatura, los militares de alta

graduación y los funcionarios públicos], las medidas que se adopten para evitar todo conflicto de interés no deberán limitar indebidamente los derechos amparados por el apartado b). Las razones para la destitución de los titulares de cargos electivos deberán preverse en disposiciones legales basadas en criterios objetivos y razonables y que comporten procedimientos justos y equitativos<sup>44</sup>” (Negrilla fuera de texto original).

Por su parte, esta Corporación ha considerado en abundante jurisprudencia la importancia de estos derechos en la medida que se involucran directamente con la estabilidad y realización del régimen democrático. En la sentencia C-142 de 2001 la Corte señaló:

“5. El voto constituye, sin lugar a dudas, uno de los elementos centrales de la democracia. No podría comprenderse la democracia sin la existencia de elecciones, en las cuales se eligen los gobernantes a través del voto de los ciudadanos. El ejercicio del voto constituye una manifestación de la libertad individual, en la medida en que la persona selecciona el candidato de su preferencia. Así mismo, constituye base de la legitimidad del sistema. Desde el punto de vista del voto como derecho y manifestación de la libertad individual, la Corte ha señalado que se trata de un derecho complejo, que comporta la elección individual y supone la existencia de una organización prestadora. Además tiene una función organizacional, lo cual no le resta su carácter de derecho fundamental, de aplicación inmediata... 45.

Adicionalmente, la Corte ha establecido los elementos que componen el núcleo esencial del derecho a elegir, siendo uno de ellos la posibilidad de escoger y elegir libremente el candidato que satisface los requerimientos individuales del elector. En la sentencia T-324 de 199446 la Sala Tercera de Revisión estableció lo siguiente:

“5.3 De acuerdo con lo dicho, el núcleo esencial del derecho al sufragio comprende tres elementos. El primero de ellos hace alusión a la libertad política de escoger un candidato. El segundo se refiere al derecho que tienen los ciudadanos a obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a término de manera adecuada y libre. Finalmente, el tercer elemento hace relación al aspecto deontológico del derecho, esto es, al deber ciudadano de contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista de las instituciones estatales”.

No obstante la indudable entidad constitucional del derecho al voto, la propia Carta Política

previó un instrumento que comporta, como principal consecuencia, la imposibilidad de ser elegido. Pues bien, de acuerdo a lo expuesto, la Sala procederá a explicar las características y garantías que son aplicables a la acción de pérdida de investidura, herramienta jurídico-constitucional que conlleva una restricción significativa del derecho mencionado.

3.2.2.2. Sobre la sanción de pérdida de investidura la Corte ha definido su naturaleza y objetivos en concurso con los derechos fundamentales que limita o restringe, resaltando que, para el caso de los Congresistas, ésta tiene una particularidad sancionatoria de tipo político que es declarada jurisdiccionalmente conforme a las causales taxativamente previstas en la Constitución<sup>47</sup>. Sobre su naturaleza pública y carácter fundamental, en la sentencia SU-1159 de 2003<sup>48</sup> se señaló lo siguiente:

“3.1. La acción pública de pérdida de la investidura de congresista es una institución jurídica de orden constitucional y carácter judicial, mediante la cual cualquier ciudadano, o la mesa directiva de la cámara correspondiente, pueden solicitar al Consejo de Estado que, en un término no mayor de veinte días, se decrete la pérdida de la investidura de un congresista (artículo 184; CP). Las causales están fijadas en la propia Constitución (artículo 183 C.P.), aunque pueden ser desarrollados por el legislador.

(...)

“Es una figura de orden constitucional por cuanto está consagrada expresamente en la Constitución Política (artículos 183, 184 y 237; CP) y porque al tratarse de una acción pública, constituye un derecho político fundamental, en los términos del artículo 40 de la Constitución. Según esta norma “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, entre otras formas, al “interponer acciones publicas en defensa de la Constitución y de la ley” (numeral 6°).

Adicionalmente, sobre su carácter autónomo, propio de la especial disciplina que se predica de los miembros de las corporaciones públicas, y su entidad jurisdiccional conforme a un juicio de responsabilidad política, esta Corporación señaló en la sentencia T-544 de 2004<sup>49</sup>:

“La institución de la pérdida de la investidura de los miembros de las corporaciones públicas constituye una de las novedades introducidas por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, aunque el debate sobre su adopción en el país ya se había dado con ocasión de la

efímera reforma constitucional de 1979<sup>50</sup>.

“Es un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración en manos de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando éstos incurran en conductas contrarias al buen servicio, el interés general o la dignidad que ostentan.

“Su finalidad es entonces, dignificar y enaltecer la calidad de los representantes del pueblo en las corporaciones públicas. Esta característica ha permitido a la Corte afirmar que la pérdida de investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que acarrea la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, que castiga la trasgresión al código de conducta intachable que los congresistas deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan, en aras del rescate del prestigio y de la respetabilidad del Congreso<sup>51</sup>.

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la pérdida de investidura se surte a través de un proceso jurisdiccional, de carácter disciplinario, y que constituye una sanción equiparable, por sus efectos y gravedad, a la destitución de los altos funcionarios públicos<sup>52</sup>, que corresponde a un régimen de especial disciplina exigido a los miembros del Congreso<sup>53</sup>. Ha expresado igualmente que es una institución autónoma en relación con otros regímenes de responsabilidad de los servidores públicos, sin que el adelantamiento de dos o más procesos por la misma conducta comporte indefectiblemente la violación del principio universal del non bis in ídem. Así por ejemplo, la ha distinguido del proceso penal<sup>54</sup> y del proceso electoral<sup>55</sup>. También ha señalado que el proceso de pérdida de la investidura tiene un carácter disciplinario, de muy especiales características, que sólo podrá adelantarse por el Consejo de Estado<sup>56</sup>”.

Ahora bien. Dada la trascendencia que comporta la pérdida de investidura, en cuanto no se trata de una sanción cualquiera sino de una excepcional que implica la separación inmediata de las funciones que el sancionado venía ejerciendo como integrante de una corporación pública y la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro, en la sentencia C-207 de 2003<sup>57</sup>, aludiendo al caso de los congresistas, esta Corporación puso de presente la necesidad de observar de manera estricta las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso. Señaló al respecto la Corte:

“La institución de la pérdida de la investidura fue consagrada en el artículo 183 de la Carta

Política como una sanción para los congresistas que incurran en violación del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o conflictos de intereses que les resulta aplicable (numeral 1); que incumplan ciertos deberes inherentes al cargo (numerales 2 y 3) o sean responsables por indebida destinación de dineros públicos o por tráfico de influencias debidamente comprobado (numerales 4 y 5).

“En atención a la altísima dignidad que supone el cargo de Congresista y a la significación del Congreso dentro de un Estado democrático, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones anotadas, puesto que la pérdida de la investidura implica no solo que el congresista pierde su calidad de tal, sino que, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista. Del mismo modo, la Constitución señala un término especialmente breve para que el Consejo de Estado decida acerca de la pérdida de investidura, en las condiciones que fije la ley.

“En diversas sentencias la Corte ha resaltado el carácter sancionatorio que tiene la pérdida de la investidura, institución que, en cuanto que comporta el ejercicio del ius puniendi del Estado, 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. (...)

“Para establecer el nivel en el que deben aplicarse las garantías del debido proceso en el trámite de pérdida de investidura, es necesario examinar las características propias de la institución, en particular, la especial gravedad de la sanción que se impone para un conjunto muy variado de infracciones, y la brevedad del término dentro del cual el Consejo de Estado debe adoptar la decisión.

“Por otra parte, si bien la alta dignidad que corresponde a quien debe ejercer la función legislativa, y la necesidad de preservar impoluta la imagen de la más alta corporación democrática, explican tanto la gravedad de la sanción como la brevedad del procedimiento, esas mismas condiciones abogan a favor del más estricto cumplimiento de las garantías del debido proceso. Así, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una situación en la cual, al amparo de la presunción de inocencia, se va a juzgar a una persona cuya alta investidura le ha sido conferida directamente por el pueblo por la vía electoral. La decisión que en este contexto afecte a un congresista, no le concierne exclusivamente a él, sino que

tiene una significación determinante, tanto para el órgano del que hace parte, como para el electorado en su conjunto. Por tal razón el proceso debe estar rodeado de las más amplias garantías. La Corte, al referirse a las garantías que deben rodear el proceso de pérdida de la investidura de los congresistas, expresó:

“Es claro que la pérdida de investidura es la sanción más grave que puede imponerse a un congresista, no solamente por el carácter mismo de las faltas respecto de las cuales ha sido prevista y por el inocultable daño que su comisión ocasiona al Congreso y al interés colectivo, sino en cuanto a las consecuencias del fallo, ya que implica la separación inmediata de las funciones que el condenado venía ejerciendo como integrante de la Rama Legislativa y, por expresa disposición de la propia Carta, la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro. Por otra parte, frente a la sentencia que dicte el Consejo de Estado ha sido prevista una sola instancia, dado el nivel de dicho Tribunal, el máximo en la jurisdicción Contencioso Administrativa.

“Todo ello deja ver que no se trata de un castigo cualquiera sino de uno excepcional que, por lo tanto, requiere en grado sumo la plena observancia de las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso.”<sup>58</sup>.

“11.- Las causales de pérdida de investidura de los congresistas por afectar derechos fundamentales como a elegir y ser elegido, que otorga a los ciudadanos el artículo 40 de la Constitución Política son de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva, al establecer una sanción que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad. Por tanto, no pueden existir incompatibilidades por analogía ni por extensión.”<sup>59</sup>

Ahora bien. En la Carta Política se encuentran previstas y diferenciadas las causas de pérdida de investidura aplicables a los diferentes miembros de Corporaciones Públicas elegidos mediante voto popular. Para el caso de los congresistas las causales de dicha sanción se encuentran previstas y desarrolladas en los artículos 110, 183, 184, y 237-5 constitucionales.

Por su parte, en lo que respecta a los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la figura está prevista directamente en la Constitución en los casos de los artículos, 110 y 291. Además, como lo ha considerado la jurisprudencia de esta

Corporación, de acuerdo con lo previsto el artículo 293, se consagra la posibilidad de que el legislador establezca otras causales de pérdida de investidura bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y conforme a las normas y valores constitucionales<sup>60</sup>. Sobre el particular, en la sentencia C-473 de 1997 se indicó:

“(…) la Carta autoriza al legislador para determinar, entre otras cosas, las causas de destitución de los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales. La destitución es la máxima sanción existente en el orden disciplinario y, como ya lo ha precisado la Corte, la pérdida de investidura es también un reproche disciplinario que se equipara a la destitución. Los ciudadanos que son elegidos popularmente para las corporaciones públicas no están sujetos al régimen jerárquico administrativo que cobija a la generalidad de los servidores públicos. Estos ciudadanos no son nombrados en una posición sino elegidos. De allí que no tengan superiores jerárquicos, que puedan ejercer atribuciones disciplinarias sobre ellos. Por esta razón, a estos servidores se les aplica un régimen especial para la separación del cargo, que es el de la pérdida de investidura. Así las cosas, la única conclusión posible es que cuando el artículo 293 consagra la posibilidad de que el legislador determine las causas de destitución de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, incluye la determinación de las causales de pérdida de investidura de estos funcionarios.

Así pues, tenemos que la Constitución previó expresamente algunas causales de pérdida de investidura. Algunas, como la prevista en el artículo 110, se aplica a todos los funcionarios públicos. Otras, como las establecidas en el artículo 183, sólo se aplican a los congresistas. Y otra, como la prevista en el artículo 291 se aplica solo a los funcionarios de las entidades territoriales. Sin embargo, respecto de los miembros de las corporaciones públicas del orden territorial, el legislador tiene amplias facultades para consagrar otras causales que conlleven la privación de la dignidad adquirida mediante voto popular.

En efecto, en las Leyes 200 de 1995 y 617 de 2000, se han previsto por el legislador causales específicas que dan lugar a declarar la pérdida de investidura de miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales.

El artículo 29-9 de la Ley 200 de 1995 (“Código Disciplinario Único”), establece que los miembros de las corporaciones públicas, como servidores públicos, estarán sometidos a la

sanción principal de pérdida de investidura de conformidad con las normas de la Constitución y la ley que la regule.

Además, el artículo 32 de la citada ley dispuso, que las faltas gravísimas<sup>61</sup> serán sancionadas, entre otras, con destitución, desvinculación, remoción o pérdida de investidura, expresión ésta última que la Corte declaró exequible con fundamento en las siguientes consideraciones:

“El mismo actor ataca la expresión “pérdida de investidura” del inciso tercero del artículo 32 del CDU, según el cual ésta es una de las sanciones para las faltas gravísimas, esto es, las descritas por el artículo 25 de ese mismo estatuto.

“La Corte considera que esta norma es exequible en relación con los miembros de las corporaciones públicas territoriales, por cuanto, como ya se señaló, se trata de una sanción que puede ser aplicada a estos servidores públicos, y las conductas descritas por el artículo 25 son de suma gravedad, lo cual justifica que el legislador las sancione con pérdida de investidura o, para otros tipos de servidores, con terminación del contrato, destitución, desvinculación o remoción. Sin embargo, es necesario efectuar las siguientes precisiones:

“De un lado, el artículo 110 de la Carta señala que será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura que quien desempeñe funciones públicas haga contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o induzca a otros a que lo hagan, salvo las excepciones legales. Ahora bien, como se señaló anteriormente, los numerales 7º y 8º del artículo 25 del CDU desarrollan en parte esta prohibición constitucional pero no cubren todas las hipótesis. Igualmente, el artículo 291 de la Carta establece que perderán la investidura los miembros de corporaciones públicas de las entidades territoriales que acepten un cargo en la administración, conducta que no se encuentra descrita como falta gravísima por el artículo 25 del CDU. En tales circunstancias, la Corte entiende que estas dos prohibiciones constitucionales siguen operando de manera autónoma como causa de pérdida terminación de investidura, de los miembros de las corporaciones públicas de las entidades regionales, pues mal podría el legislador modificar el alcance de una prohibición constitucional.

“De otro lado, en relación con los congresistas, esta disposición es inexecutable, por cuanto en este caso la institución de la pérdida de investidura tiene, como ya lo ha señalado esta Corporación. “muy especiales características” pues “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 ellas son taxativas”. Esto significa que no puede la ley restringir ni ampliar las causales establecidas por la Constitución como determinantes de la pérdida de investidura, esto es, las señaladas por los artículos 110 y 1383 (sic) de la Carta.

“14. De lo anterior se infiere que la ley sí puede consagrar causales adicionales para la declaración de la pérdida de investidura de concejal. Sin embargo, cabe precisar que el legislador tiene límites en el ejercicio de esa atribución, límites que están fundamentalmente trazados por la obligación de respetar el derecho a la participación política de los ciudadanos a los que se les ha conferido un mandato por parte de los electores”<sup>62</sup>.

El legislador también dispuso en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de las juntas administradoras locales perderán su investidura.

“ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

“1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.

“2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarios o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.

“3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

“4. Por indebida destinación de dineros públicos.

“5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

“PARAGRAFO 1o. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

“PARAGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.”

(Negrilla y subrayado fuera de texto original).

3.2.3. Ahora bien, antes de proseguir hay que aclarar que la competencia del legislador no se reduce a la determinación de unas sanciones -como la pérdida de investidura- sino que también abarca, independiente a lo anterior, la reglamentación de las condiciones para acceder o ejercer cualquier cargo público, las cuales -en caso de desconocerse- pueden llevar a la aplicación de diversos correctivos y/o castigos. En efecto, si es del resorte exclusivo del legislador, cuando no lo prevea la Constitución, establecer las condiciones para el acceso y ejercicio de un cargo público y definir las diferentes sanciones que se puedan derivar de su desconocimiento, será deber de cada operador jurídico, conforme a las garantías del debido proceso antes analizado, remitirse estrictamente a la constitución y la ley, y de conformidad concretar la conducta que se encuentra prohibida así como las sanciones que le son imputables. La complejidad del marco jurídico que compone el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos exige del intérprete cuidado y rigor ya que, por supuesto, no toda trasgresión conlleva, como consecuencia, a la pérdida de la investidura o la destitución<sup>63</sup>.

Conforme a lo anterior, es útil hacer énfasis y diferenciar tres de los grupos de condiciones o prohibiciones previstos para acceder o ejercer un cargo público. Las inhabilidades, incompatibilidades y los conflictos de intereses constituyen parámetros a partir de los cuales se limita, restringe o condiciona el acceso o el ejercicio de la función pública en orden a garantizar las cualidades necesarias para desempeñar determinado cargo en el Estado.

Respecto de los congresistas la Constitución previó las inhabilidades e incompatibilidades que les son aplicables (artículos 179 y 180) así como la sanción que se aplica como consecuencia de su trasgresión, la pérdida de la investidura (artículo 183-1), dejando a la ley

la competencia para definir los conflictos de intereses (artículo 182).

Por su parte, y a diferencia de lo anterior, en lo que tiene que ver con los miembros de las corporaciones públicas territoriales, el legislador es el encargado de fijar cada una de esas condiciones y sus respectivas consecuencias cuando quiera que alguna de ellas se desconozca, bajo los límites previstos en la Carta Política. En efecto, el inciso segundo del artículo 299 Superior dispuso que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley, y que no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda; por su parte, el inciso segundo del artículo 312 Superior, dispone igualmente que la ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales.

En efecto, varias normas de orden legal consagran el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses respecto de los miembros de las corporaciones públicas territoriales.

En la sentencia C-179 de 200564 se analizó este asunto de la siguiente manera:

“La jurisprudencia también ha sido enfática en señalar que el diseño de las inhabilidades e incompatibilidades no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente al respecto, y en todo caso debe respetar parámetros de razonabilidad, y subordinarse a los valores y principios constitucionales; en especial debe respetar el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, la libertad de escoger profesión y oficio, y el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Ha agregado que la regulación legal de tales inhabilidades e incompatibilidades sólo respeta la Carta si tiene como finalidad asegurar la transparencia, moralidad, imparcialidad y eficiencia en el ejercicio de la función pública”.

“Por lo tanto, según lo dispone el artículo 299 del Texto Superior, la determinación del régimen de inhabilidades de los diputados, por expresa disposición constitucional, hace parte del ámbito de configuración legislativa; no obstante, el Constituyente le ha fijado como límite que no pueda ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda.

(...)

“Entonces, si el artículo 299 Superior asigna al legislador la atribución para fijar el régimen de inhabilidades de los diputados y establece como condición que el régimen no sea menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda, al observarse que el contenido normativo demandado contiene los mismos grados de parentesco previstos en la Carta para los Congresistas, no puede más que concluirse que el legislador, al incorporar el precepto acusado al ordenamiento jurídico nacional, ha actuado dentro de los límites que le fija la Constitución Política.

(...)

“Finalmente, la norma demandada tampoco podrá vulnerar el principio de igualdad ni los artículos 150, 188 y 293 de la Carta Política, puesto que contiene un ejercicio legítimo y proporcional de la atribución asignada expresamente al legislador por el artículo 299 de la Constitución, en concordancia con el artículo 179-6 ibídem, y porque, en relación con los concejales, el artículo 312 Superior no señala un grado de rigurosidad semejante al previsto para la determinación del régimen de inhabilidades de los diputados; por consiguiente, el legislador bien podrá fijar diferentes regímenes de inhabilidad para diputados y concejales, así correspondan a materias semejantes. El Constituyente no exige que el régimen de inhabilidades sea el mismo para todos los miembros de corporaciones públicas en el orden territorial y, por el contrario, faculta por separado al legislador para que los fije a partir de diferentes parámetros de referencia (C.P., arts. 299 y 312)”<sup>65</sup>.

Adicional a lo expuesto cabe recordar, que la Corte ha señalado en varias oportunidades las diferencias existentes entre inhabilidades e incompatibilidades. En la sentencia C-015 de 200466 la Corte consideró lo siguiente:

“De conformidad con la jurisprudencia constitucional, las inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.”<sup>67</sup>. Las inhabilidades también han sido definidas por la Corte como “inelegibilidades”, es decir, como “hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran

en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado.”<sup>68</sup> En esa medida, las inhabilidades se distinguen de las incompatibilidades, por cuanto estas últimas implican “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”<sup>69</sup>. Si bien las inhabilidades y las incompatibilidades son especies de un mismo género, es decir, son ambos tipos distintos de prohibiciones, se trata de dos categorías que no son equiparables. La diferencia entre una y otra, a pesar de compartir dicho propósito común, fue expuesta con claridad en la sentencia C-564 de 199770: “...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. // Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos.”

En efecto, inhabilidades e incompatibilidades tienen diferentes ámbitos de acción y se componen por supuestos de hecho diferentes. En igual sentido el conflicto de intereses se diferencia de las anteriores, pues respecto de éste se exige a quien ejerce determinada autoridad, no anteponer su interés particular, moral o económico, en el trámite de determinado asunto<sup>71</sup>.

Las tres categorías de prohibiciones mencionadas, pueden ser desarrolladas por el legislador de manera independiente y autónoma, conforme a las previsiones dispuestas en la Constitución Política y, como tal, cada una puede tener consecuencias jurídicas diferentes.

Bajo esta perspectiva es necesario concluir, que en caso de ser trasgredidas, no necesariamente ellas conllevan la misma consecuencia o sanción, pues ello dependerá de lo que al respecto haya determinado el legislador.

En efecto, siendo clara la diferencia entre las inhabilidades y las incompatibilidades, en relación con las causales de pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas ha de considerarse, que de la violación de ellas no se sigue necesariamente la pérdida de investidura, salvo para el caso de los congresistas porque así lo señala el artículo 183-1 de la Constitución, pues en lo que se refiere a los miembros de las corporaciones públicas territoriales i) la pérdida de investidura estará sujeta a lo que defina el legislador, de acuerdo a las competencias establecidas en los artículos 150-23 y 293, y ii) respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, éste deberá ser fijado por la ley conforme a las condiciones constitucionales en especial, para el caso de los diputados, las establecidas en el artículo 299.

Como se observa, a partir de la Constitución Política y los instrumentos normativos previstos por el legislador se han generado las disposiciones que regulan taxativamente (i) las diversas condiciones y prohibiciones para acceder o ejercer los diferentes cargos públicos de elección popular en las entidades territoriales, así como las variadas consecuencias que se derivan de su desconocimiento o trasgresión, y (ii) las precisas causales a partir de las cuales es posible establecer la pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas. Aunque los dos eventos tienen una entidad autónoma y diferente, sin embargo juntos, el primero por tratarse de un límite al ejercicio de un derecho fundamental y el segundo por referirse a una sanción que imposibilita con carácter permanente la posibilidad de ser elegido, deben entenderse y aplicarse conforme a las pautas básicas del debido proceso sancionador, acorde a criterios estrictos de interpretación de la norma.

3.2.4. Es importante recalcar, que al juicio de pérdida de investidura se aplica el derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, por lo tanto, nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. Cabe recordar, que de conformidad con la Constitución y en armonía con lo considerado el respecto por esta Corporación, el H. Consejo de Estado ha reconocido en varias oportunidades las características y exigencias aplicables al trámite de pérdida de investidura y ha puesto de presente el necesario respeto del debido proceso y, en particular, del principio de legalidad. De manera concreta, en materia de pérdida de investidura de Diputados, dicha Corporación ha señalado que para poder aplicar la sanción necesariamente debe existir una normatividad específica que la desarrolle indicando expresamente las conductas que conllevan a ella.

La Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expresó lo siguiente:

“Dentro de las causales enunciadas expresamente en el artículo 48 de la ley 617 de 2000, no se encuentra la relativa a la reproducción de actos suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ahora, es cierto que el artículo 29 de la Ley 200 de 1995 clasificó las sanciones principales a que estarán sometidos los servidores públicos y en el numeral 9 aludió a la “Pérdida de investidura para los miembros de las corporaciones públicas...”. Empero, no es menos cierto que el artículo 29, numeral 9 al hacer alusión a la sanción principal de pérdida de investidura la condicionó a “las normas de la constitución y la ley que la regule”, lo cual significa que necesariamente debe existir una normatividad específica que desarrolle tal sanción indicando expresamente las conductas que la ameritan. Ello, en desarrollo del principio constitucional de la legalidad de la sanción, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política. En este caso, la Ley 617 de 2000, en su artículo 48, no previó expresamente como sancionable con pérdida de la investidura de Diputados la conducta consistente en reproducir un acto anulado o suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y la Ley 200 de 1995 tampoco le atribuyó expresamente a dicha conducta la mencionada consecuencia jurídica, razón por la que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.<sup>72</sup> (subrayas fuera de texto).

En similar sentido ha dicho esa Corporación que no es posible aplicar retroactivamente las causales establecidas en normas posteriores a los hechos objeto del proceso de pérdida de investidura. Al respecto señaló esa Corporación:

“La Sala, en sentencia de 21 de septiembre de 2001 (Expediente núm. 6829, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), frente a un asunto similar al aquí analizado, precisó, y ahora lo reitera, que la Ley 617 de 2000 en su artículo 48 creó la institución de la Pérdida de Investidura de Diputados. Con respecto a la primera de las causales citadas (Violación del régimen de incompatibilidades o conflicto de intereses), el artículo 86 de la misma ley establece: “Régimen de transición para el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los cuales se refiere la presente ley, regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001.”. De tal manera que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de que trata la Ley 617 sólo rige para las elecciones que se realicen a partir del año 2001, que no es el caso objeto de

estudio, pues el demandado fue elegido Diputado para el período 1998-2000. Los hechos sobre los cuales se fundamenta la solicitud de Pérdida de Investidura tuvieron ocurrencia antes de la vigencia de la 617 del 2000, pues aluden al trámite de la Ordenanza núm. 339 de 14 de noviembre de 1998; y en lo concerniente a las otras causales invocadas en la demanda: violación al régimen de conflicto de intereses, indebida destinación de dineros públicos y tráfico de influencias, contempladas en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 48 de la mencionada ley, no se les puede dar efecto retroactivo”<sup>73</sup>.

Recientemente, la Sección Primera del Consejo de Estado, al tiempo que afirmó nuevamente la imposibilidad de aplicar la sanción de pérdida de investidura con fundamento en una causal que previamente no haya sido establecida en la Constitución o en la ley, hizo énfasis en la imposibilidad de trasladar al caso de los diputados el régimen de pérdida de investidura previsto en la Constitución para los Congresistas, aun cuando si resulte posible en su criterio -en virtud del artículo 299 superior- asimilar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de diputados y congresistas. Sobre el particular, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado expresó:

“En lo concerniente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, se tiene el artículo 299, inciso 2º, ibídem, modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 1996, que a la letra reza:

“Artículo 299. En cada departamento habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio.

“El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de tres años, y tendrán la calidad de servidores públicos.”

“Sobre el alcance de ese precepto, en sentencia de 8 de agosto de 2000, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación<sup>74</sup> dedujo que “Existe actualmente, por reenvío de la Constitución, un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, cual es como mínimo el previsto para los congresistas (de carácter constitucional o legal) en lo que corresponda, pues la Constitución no hizo diferencias”, y agrega que es de

notoria relevancia que la Carta Política establece para diputados lo que tiene que ver con su régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuando dispone que será determinado en la ley “sin perjuicio de lo establecido en la Constitución”. Al punto cita el artículo 293 ibídem, norma que halla ligada materialmente a la anterior, y concluye que “De no existir, hipotéticamente, un régimen legal (anterior a la Constitución que no la contraríe o posterior) existe un mínimo de régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, por la remisión expresa que hace la Carta Política, en el artículo 299, al de los congresistas”.

“Pero ello de ninguna manera significa que ese reenvío se extienda a la pérdida de la investidura de los congresistas con el fin de serle aplicado a los diputados, pues si bien las normas que la regulan tienen relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de aquellos, en cuanto dicha normativa establece la violación de ese régimen como causal de pérdida de la investidura parlamentaria, de todas formas son dos aspectos que requieren regulación específica, y en este caso el reenvío en comento se encuentra circunscrito expresamente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. El uno se refiere a condiciones de inelegibilidad de quienes aspiren a los aludidos cargos y a prohibiciones o limitaciones para quienes accedan a los mismos, en tanto que el régimen de la pérdida de la investidura tiene como objeto una de las varias acciones de que pueden ser objeto quienes adquieran las respectivas calidades, para lo cual prevé otras causales que nada tienen que ver con las inhabilidades o incompatibilidades de dichos servidores públicos.

“De suerte que aún antes de la Ley 617 de 2000, que sí contiene el régimen expreso de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, éstos ya lo tenían como mínimo y estaba dado en las disposiciones que lo establecen para los congresistas, según la jurisprudencia antes reseñada.

“La causal de pérdida de la investidura que se le endilga al inculpado, esto es, la de indebida destinación de dineros públicos, no guarda relación con el comentado régimen, y pertenece específicamente a la regulación de la parte sustantiva de dicha acción, en cuanto corresponde a las conductas o comportamientos que pueden generar la medida con ese mismo nombre, y si bien es cierto que esa causal está en la Constitución Política - artículo 183, numeral 4 -, también lo es que esa norma sólo se refiere a los congresistas, sin que pueda hacerse extensiva a los diputados, precisamente por no ser parte del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, amén de que para los demás servidores públicos que

sean pasibles de dicha acción se requiere norma que expresamente se la haga aplicable.

“Por lo tanto, la aplicación directa del artículo 183, numeral 4, de la Constitución Política a los diputados no puede hacerse con fundamento en el reenvío constitucional que para la época de los hechos era posible hacer al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas.” (...).

“Según lo atrás expuesto, y atendiendo el principio de legalidad, es claro entonces que a hechos anteriores a la Ley 617 de 2000 que involucren a diputados no es posible aplicarles la causal en mención, pues para tales servidores públicos no había norma que la previera como tal, esto es, para efectos de la pérdida de la investidura, y es sabido que nadie puede ser juzgado sin norma previa o ley preexistente al acto que se le impute, según lo enseña el citado principio, recogido en el artículo 29 de la Constitución Política.

“En cuanto a la Constitución Política cabe reconocer que en su artículo 183, numeral 4, establece la indebida destinación de dineros públicos como causal de pérdida de la investidura, pero referida de manera expresa y específica a los congresistas, es decir, como causal de pérdida de investidura de tales servidores públicos. Dicho de otra forma, no está prevista de manera genérica para todos los servidores públicos susceptibles de la comentada medida, como sí es el caso de los artículos 110, que consagra una causal de pérdida de investidura de manera genérica, es decir, sin reservarlas a determinados servidores públicos, y 291 que señala una causal de pérdida de la investidura referida directamente a los miembros de las corporaciones públicas territoriales.

“Se infiere, entonces, que no es posible aplicar con fundamento en el artículo 183, numeral 4, por extensión oficiosa, la mencionada causal a servidores públicos distintos de los congresistas, pues tratándose de la regulación o definición normativa (tipificación) de conductas reprochables, y de las correspondientes sanciones, es imperativo atender el principio de legalidad, del cual se desprende el carácter de taxatividad de las conductas punibles, dadas en este caso en términos de causales de pérdida de la investidura, y el correlativo alcance restrictivo y específico que tienen las mismas, el cual impide su aplicación extensiva a servidores públicos no previstos como sujetos activos de tales conductas.

“En consecuencia, no es viable jurídicamente atribuirle al inculpado la causal de pérdida de la investidura en comento”<sup>75</sup> (subrayas fuera de texto).

A partir de los anteriores presupuestos procede la Sala a examinar el caso concreto objeto de la presente sentencia.

#### 4. El análisis del caso concreto

El ciudadano Rubén Darío Rodríguez Góngora acude a la acción de tutela para censurar el acto judicial que declaró la pérdida de su investidura como Diputado del Departamento del Tolima. El actor señala que la decisión que en segunda instancia tomó el Consejo de Estado le vulnera sus derechos fundamentales amén de varios defectos de tipo fáctico-procedimental y sustantivo. (i) Respecto del primer grupo especifica que al proceso de pérdida de investidura no se trajeron los medios de prueba necesarios para deducir la sanción y que el juez sobrepasó las causales indicadas en la demanda. (ii) Del segundo grupo indica que se efectuó una interpretación extensiva de las inhabilidades, incompatibilidades y causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución únicamente para los Congresistas; que se aplicaron retroactivamente las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 617 de 2000; finalmente, que se aplicó un referente jurisprudencial posterior a la fecha en que se inscribió como candidato a la Asamblea Departamental.

La instancia que conoció del amparo denegó la protección de los derechos invocados pues consideró que la sentencia que anuló la elección del actor, proferida por una de las Secciones de la misma Corporación, es prueba suficiente para sustentar la pérdida de investidura, ya que el juez puede remitirse a tal instrumento por tratarse de una decisión de público conocimiento. Además, juzgó que la aplicación normativa censurada ha hecho parte de varias sentencias y que el no compartir las tesis consignadas en ellas no alcanza a configurar una vía de hecho que merezca la protección del derecho fundamental invocado.

Bajo los anteriores supuestos, la Sala procederá a efectuar la revisión de la decisión proferida por la Sección Segunda, Subsección "B", Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En primer lugar, procederá a comprobar si la acción de tutela es procedente, para luego -si es del caso- verificar cada uno de los cargos contenidos en la demanda.

##### 4.1. Procedencia de la acción de tutela.

Tal y como se explicó, la acción de tutela en los casos de pérdida de investidura sólo procede

cuando quiera que no exista otro medio de defensa judicial salvo que se sustente la existencia de un perjuicio irremediable. Para el caso de los diputados, de acuerdo con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, a partir de la expedición de la Ley 617 de 2000, la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de revisión no existe pues el artículo 48 de dicha ley sólo estableció la posibilidad de apelar la sentencia de pérdida de investidura y no previó la procedencia del recurso especial extraordinario de revisión.

De hecho, en el presente caso, como la sanción de pérdida de investidura fue impuesta por el Consejo de Estado, al revocar al sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima que la había negado, el actor interpuso el recurso extraordinario de revisión que le fue rechazado por improcedente mediante providencia del 18 de enero de 200576 (C.P. Maria Elena Giraldo Gómez, Rad 1653 00) bajo los siguientes argumentos:

“Corresponde al Despacho pronunciarse sobre la procedencia del recurso especial extraordinario de revisión.

“La pérdida de investidura de diputados se encuentra regulada actualmente y desde el 9 de octubre de 2000 en la Ley 617 de 2000, publicada en el diario oficial 44.188.

“En el caso del diputado desinvertido fue electo para el período 2001-2003, por tanto la elección aconteció bajo la regulación de la ley 617 de 2000. Esta normatividad en el artículo 48 párrafo enseña:

“ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.

2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarios o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

PARAGRAFO 1o. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

PARAGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.

“Dicha Ley sólo trajo en su contenido la posibilidad de apelar la sentencia de pérdida de investidura y no previo la de atacar la sentencia por vía de recurso especial extraordinario de revisión. En consecuencia, y atención al carácter excepcional del recurso extraordinario de revisión y al carácter especial de la pérdida de investidura, que se reitera, quedó regulado

por la ley 617 de 2000, a diferencia de lo acontecido anteriormente cuando era necesario aplicar a la pérdida de investidura de diputados el régimen de la desinvestidura de los congresistas (ley 144 de 1994)<sup>77</sup>, por falta de regulación legal específica, la presente demanda habrá de rechazarse por improcedente.”

De lo anterior se concluye, que en el presente caso el actor no cuenta con otro mecanismo judicial para proteger sus derechos fundamentales, pues el recurso extraordinario que interpuso le fue rechazado por improcedente.

Basta recordar que, según la doctrina constitucional vigente<sup>78</sup>, para que pueda proceder una tutela contra una sentencia judicial resulta necesario que se cumplan a cabalidad todos y cada uno de los siguientes requisitos: (1) La cuestión que se pretende discutir a través de la acción de tutela debe ser de evidente relevancia constitucional. (2) Sólo procede si han sido agotados todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. (3) La acción no procede cuando el actor ha dejado de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial. (4) La tutela sólo procede cuando la presunta violación del derecho fundamental en el proceso judicial tiene un efecto directo y determinante en la decisión de fondo adoptada por el juez. (5) En la tutela contra sentencias corresponde al actor identificar con claridad la acción u omisión judicial que pudo dar lugar a la vulneración, así como el derecho vulnerado y las razones de la violación. (6) El juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. (7) La tutela contra una decisión judicial debe interponerse ante el superior funcional del juez que profirió la decisión impugnada. (8) No procede la acción de tutela contra sentencias de tutela. (9) La acción de tutela contra sentencias sólo procede en los casos en que se pueda calificar la actuación del juez dentro de alguna de las causales de procedibilidad. 10) Que el amparo sea interpuesto por el actor dentro de un término razonable a la ocurrencia de la anomalía.

Así mismo resulta pertinente recordar, para los efectos de la presente providencia, que en la Sentencia SU-1159 de 2003, la Corte consideró que en los casos de pérdida de investidura la tutela procede: (i) cuando se alegue una vía de hecho que específicamente tenga origen en el fallo que resuelve el recurso extraordinario especial de revisión, o en el proceso de revisión en sí mismo considerado; (ii) cuando se alegue una vía de hecho que ocurrió durante el proceso de pérdida de investidura, que fue invocada en el recurso extraordinario especial de revisión, pero cuyo análisis por parte del Consejo de Estado acerca de la violación del

derecho fundamental contradice la Constitución o la jurisprudencia constitucional aplicable; y (iii) cuando se trate de una vía de hecho que ocurrió en el proceso de pérdida de investidura pero que, o bien no podía ser alegada mediante un recurso en contra de la sentencia de pérdida de investidura, o bien fue alegada pero el Consejo de Estado la dejó de lado por completo y no la analizó o lo hizo desconociendo el derecho claramente aplicable”.

En efecto, una vez comprobado que los diferentes medios de defensa judicial fueron agotados por el actor y que las censuras por él alegadas se pueden incluir razonablemente dentro de los criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala comenzará por analizar los cargos referentes a los defectos fácticos y procedimentales, los que de resultar prósperos relevan a la Sala de cualquiera otra consideración.

#### 4.2. Análisis material del asunto.

4.2.1. Con el fin de solucionar el caso concreto, la Corte comenzará por analizar si la providencia impugnada, mediante la cual El Consejo de Estado como juez de segunda instancia declaró la pérdida de investidura del actor como diputado de la Asamblea del Tolima, configura un defecto sustantivo que el accionante hace consistir en que la Sección Primera del Consejo de Estado: a) extendió a los diputados el régimen de pérdida de investidura previsto para los Congresistas y concretamente aplicó al caso del accionante en tutela una causal prevista en la Constitución para los Congresistas pero no para los diputados, b) aplicó en forma retroactiva la Ley 617 de 2000 desconociendo el artículo 86 de la misma ley según el cual el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en ella establecido regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001, y c) aplicó un referente jurisprudencial posterior al acto de inscripción del tutelante como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima<sup>79</sup>.

En primer lugar, cabe recordar los fundamentos de la providencia del Consejo de Estado que declaró la pérdida de investidura del actor:

“En el caso sub examine está demostrado que el señor RUBEN DARÍO RODRÍGUEZ GÓNGORA fue elegido Diputado del Departamento del Tolima, para el período comprendido entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2003, conforme consta a folio 14.

“No obstante que en la Constitución de 1991 se consagró la posibilidad de que los Diputados al igual que los ediles y los Concejales, podían perder la investidura en los casos expresamente previstos en los artículos 110, 122, inciso 5° y 291, fue solo con la vigencia de la Ley 617 de 2000, que comenzó a aplicarse dicha sanción a los primeros, esto es, a los Diputados.

“Antes de que esta última ley se expidiera, se presentaba cierta dificultad en la implementación de este tipo de demandas, a pesar de las anotadas prescripciones constitucionales, lo cual obedecía a la inexistencia de norma expresa que precisara el trámite a seguir y, lo que es más importante, el juez competente.

“Por virtud del expreso mandato contenido en el artículo 299 Constitucional, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que para los Diputados fije la ley, en lo que corresponda, no puede ser menos estricto que el señalado para los Congresistas.

“En atención a lo anterior la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia de 8 de agosto de 2000, expediente núm. S-140, con ponencia de la Magistrada María Elena Giraldo Gómez, sostuvo la tesis según la cual mientras el legislador no dictara un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades para los Diputados que fuera más riguroso, en comparación con el de los Congresistas, se acudirá al de estos, por el reenvío que hace la Constitución al régimen de los Congresistas, en lo que corresponda.

“De tal manera que si bien es cierto que la Ley 617 de 2000 en sus artículos 33 y 34 trae en su orden una relación de conductas o supuestos constitutivos de inhabilidades e incompatibilidades y que ésta sólo se aplica, por disponerlo así su artículo 86, a quienes sean elegidos a partir del año 2001, no lo es menos que las causales de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas sí cuentan para las elecciones realizadas el 29 de octubre de 2000 en relación con el período constitucional 2001-2003, conforme a las precisiones de la precitada sentencia de la Sala Plena.

“Es decir, que los elegidos en esta última fecha que hubieran estado claramente inhabilitados o incurrieran en una incompatibilidad manifiesta no están exceptuados de la posibilidad de que se les prive de su investidura, pues se les aplica el régimen previsto en la Ley 617, solo

que con base en las causales consagradas en la Constitución de 1991 para los Congresistas. Ello en razón a que la Ley 617 de 2000 empezó a regir a partir del 9 de octubre de dicho año y en ella se previó claramente cuál era el juez competente y el trámite a seguir para adelantar el proceso de pérdida de investidura de los Diputados, con lo cual se dio vía libre a la posibilidad de que tales funcionarios pudieran ser sujetos pasivos de dicha acción.

“Es oportuno señalar que mediante sentencia de 24 de abril de 2003 (Expediente núm. 8705, Actor: Luis Carlos Rosero Ortiz, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), se decretó la pérdida de la investidura de un Diputado a la Asamblea del Huila, por violación del régimen de inhabilidades, consagrado en el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, en armonía con los artículos 183 y 299 de la Constitución Política, y con fundamento en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 8 de agosto de 2000, en la que, se repite, se reiteró que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas se hacía extensivo a los Diputados.

“En el caso sub examine no cabe duda alguna a la Sala en cuanto a que el demandado violó el régimen de inhabilidades, pues dentro de los 12 meses anteriores a la elección se desempeñó como Director Regional del Instituto de Pesca y Acuicultura INPA, cargo que implica el ejercicio de autoridad administrativa, conforme se estableció en la sentencia de 5 de junio de 2003, de la Sección Quinta de esta Corporación, lo que dio lugar a que se declarara la nulidad de la elección, precisamente, porque estaba incurso en la causal prevista en el artículo 179, numeral 2, de la Constitución Política.

“Así pues, debe revocarse la sentencia apelada para disponer, en su lugar, la declaratoria de pérdida de investidura del demandado”<sup>80</sup>.

Pues bien, en orden a verificar si los fundamentos normativos de la sentencia de pérdida de investidura tienen un defecto tal que pueda hacer necesaria la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, es necesario que esta Sala proceda a hacer un análisis de las diferentes normas que aplican al proceso de pérdida de investidura en cuestión, teniendo en cuenta que los defectos planteados en la demanda apuntan en su gran mayoría a discutir la base normativa de la sanción,

Para el efecto, cabe recordar nuevamente que la Constitución Política trae consigo causales que conllevan la pérdida de investidura de un miembro de una Corporación Pública territorial. En efecto, ella solamente previó: (i) la causal general para quienes desempeñan funciones públicas, a quienes se les prohíbe hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley, consignada en el artículo 110; y, (ii) la causal consagrada para los funcionarios de las entidades territoriales, quienes no pueden aceptar cargo alguno en la administración pública, según el artículo 291.

Además, como la Constitución ha dejado al legislador la facultad de definir otras causales, conforme a los artículos 150-23 y 293, se tienen las previstas como falta gravísima en el artículo 25 de la Ley 200 de 1995, las que según el artículo 32 de la misma se sancionan, entre otras, con pérdida de investidura, ninguna de las cuales alude a imposibilidad de ser elegido diputado quién dentro del año anterior a la elección haya sido empleado público, Y, las consagradas en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que en su numeral primero expresamente alude a la pérdida de investidura de quienes violen el régimen de incompatibilidades o el de conflicto de intereses.

Es preciso aclarar ahora, que lo previsto en el artículo 299 de la Constitución, en cuanto a que la ley debe fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, el que no podrá ser menos estricto que el de los Congresistas, no conlleva por sí solo aplicar para los diputados el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas y mucho menos las causales de pérdida de investidura previstas para éstos en la Constitución (C.P. art. 83)<sup>81</sup>. En efecto, como ya se indicó, no existe disposición alguna en la Carta que disponga tal remisión, como tampoco así lo ha previsto la ley. El artículo 299 superior tan solo dispone que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que establezca el legislador para los diputados no será menos estricto que el de los Congresistas, el que de ser vulnerado acarreará sólo las consecuencias previstas por el legislador, pero de ninguna manera hace posible la aplicación del régimen de pérdida de investidura de aquellos a los diputados o concejales, siendo inadmisibles cualquier remisión por vía de analogía, interpretación extensiva u otro procedimiento hermenéutico, tratándose de un régimen de tipo sancionatorio.

Es decir, el artículo 299 superior dispone los requisitos que debe atender el legislador para

establecer las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los diputados pero no define cuáles son las sanciones que se derivan de su desconocimiento o trasgresión ni remite, de manera alguna, a las sanciones previstas, conforme al artículo 183 ejusdem para los congresistas. Así, en conclusión, podemos aseverar que en lo que respecta a los diputados, en la Constitución no es posible encontrar alguna disposición que nos permita inferir que la trasgresión del régimen de inhabilidades o de incompatibilidades derive, como consecuencia, en una causal de pérdida de su investidura.

En la Constitución, es claro, las inhabilidades, incompatibilidades y los conflictos de intereses no tienen una sola entidad con la acción de pérdida de investidura; más bien, para el caso de los congresistas, la trasgresión de las primeras conlleva a lo segundo; por tanto, no es dable confundirlos en una sola figura. De aquella, ni de lo previsto en la ley, tampoco puede concluirse, que para los diputados la violación del régimen de inhabilidades conlleva como consecuencia la pérdida de investidura.

Este enfoque, se aclara, no merma la capacidad normativa del artículo 299 de la Constitución sino que pondera los valores en ella contenidos pues tal y como se estableció en un apartado anterior de esta sentencia, en cuanto la trasgresión del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses tiene los efectos que consagra la ley, bien la nulidad de la elección o la pérdida de investidura si es que la ley así expresamente lo establece.

Y en cuanto a lo previsto por el legislador, es el artículo 48-1 de la Ley 617 de 2000, el que dispone que los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses, y si bien, otras normas de orden legal consagran causales de pérdida de investidura para los servidores públicos, entre ellos los del orden territorial, ninguna de ellas alude a ésta específica circunstancia.

Ahora bien. En relación con el caso concreto, según el cual el actor fue elegido diputado de la Asamblea del Departamento del Tolima en las elecciones del 29 de octubre de 2000, ha de tenerse en cuenta, que si bien para éste momento ya se encontraba vigente la ley 617 de 2000, no tenía vigencia para cuando el actor realizó la inscripción como candidato para dichas elecciones, y tampoco le era aplicable por cuanto respecto del régimen de

inhabilidades e incompatibilidades dicha ley estableció en el artículo 86 una transitoriedad en cuanto éste regirá para las elecciones que se realicen a partir del año de 2001. Veamos:

“ARTICULO 86. REGIMEN DE TRANSICION PARA EL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los cuales se refiere la presente ley, regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001”.

En efecto, el término de transición establecido en el artículo 86 de la Ley 617 de 2000, para el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, quedó estatuido como un plazo prudencial para que todos los candidatos y miembros de corporaciones públicas territoriales conocieran y aplicaran el “nuevo” régimen, pues su violación traería como consecuencia la pérdida de investidura a partir de las elecciones del año 2001, dado que la causal primera del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 dispone que los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses, normatividad novedosa que no podría sorprender a quienes se habían hecho su inscripción para las elecciones del 29 de octubre de 2000 y fueron elegidos a menos de un mes de que ésta entrara en vigencia.

Cabe recordar, que la sentencia del Consejo de Estado que es objeto de la presente tutela, encontró que efectivamente no podía aplicar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses de conformidad con la ley 617 de 2001, y fue por ello que concluyó que de todas maneras “...no están exceptuados de la posibilidad de que se les prive de su investidura, pues se les aplica el régimen previsto en la Ley 617, sólo que con base en las causales consagradas en la Constitución de 1991 para los Congresistas...”. Además que, “En el caso sub examine no cabe duda alguna a la Sala en cuanto a que el demandado violó el régimen de inhabilidades, pues dentro de los 12 meses anteriores a la elección se desempeñó como Director Regional del Instituto de Pesca y Acuicultura INPA, cargo que implica el ejercicio de autoridad administrativa, conforme se estableció en la sentencia de 5 de junio de 2003, de la Sección Quinta de esta Corporación, lo que dio lugar a que se declarara la nulidad de la elección, precisamente, porque estaba incurso en la causal prevista en el artículo 179, numeral 2, de la Constitución Política.”.

En efecto, es claro que la decisión de retirar la investidura de Diputado al señor Rodríguez Góngora no se fundó en un sustento legal o constitucional expresa y previamente

determinado por la Constitución o la ley como causal de pérdida de investidura para esta clase de agentes del Estado, resultando tal determinación contraria a los principios de legalidad y tipicidad aplicables a ese proceso sancionatorio, lo que constituye un defecto sustantivo conforme a las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Recordemos, en primer lugar, que el Consejo de Estado declaró la pérdida de investidura, en el caso en cuestión, a partir de la trasgresión del régimen de inhabilidades correspondiente a los Congresistas y con fundamento en una causal de pérdida de investidura también prevista sólo para ellos. Téngase en cuenta que para los diputados, la Ley 617 de 20082, art. 48-1, consagró la pérdida de su investidura por violación del régimen de incompatibilidades o conflicto de intereses, pero en aplicación del régimen de transición a partir de las elecciones del año 2001, pero además tampoco la estableció por violación del régimen de inhabilidades.

4.2.2.1. Cabe recordar, que las tres figuras -inhabilidad, incompatibilidad, conflicto de intereses-, como anteriormente se advirtió, no tienen la posibilidad de ser equiparadas por tener entidad autónoma y propia; y de su violación no sigue como consecuencia la pérdida de investidura, salvo que así expresamente se hubiere previsto en la ley. Lo anterior, sin duda, le quita cualquier sustento legal y tipicidad sancionatoria a la conducta imputada al señor Rodríguez Góngora dándole relevancia a la procedencia del amparo para proteger sus derechos al debido proceso, a ocupar cargos públicos y a elegir y ser elegido.

De acuerdo con los principios que rigen el debido proceso, de legalidad y tipicidad, sólo es posible derivar la falta y la sanción de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, siendo importante resaltar que las causales de pérdida de investidura no pueden ser de creación jurisprudencial pues en materia sancionadora se impone una interpretación restrictiva, lo que excluye aplicar una interpretación extensiva o analógica. Además, por cuanto la pérdida de investidura implica la afectación de derechos fundamentales como el de elegir y ser elegido consagrados como derechos de los ciudadanos en el art. 40 de la Constitución y por tanto son de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva. En efecto, no se trata en este caso que se hubiere quitado la investidura al actor mediando una interpretación razonable, sino que, a falta de causal expresa aplicable al caso, se imposibilitaba realizar una interpretación extensiva o analógica, como la que resultó

inadecuadamente en la sentencia objeto de la presente tutela.

En conclusión, la Sala revocará la sentencia de tutela proferida por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", del treinta y uno (31) de marzo del año dos mil cinco (2005), que decidió negar el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a señor Rodríguez Góngora y en su lugar concederá el amparo solicitado en cuanto a los derechos al debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas y elegir y ser elegido. En consecuencia dejará sin efectos la sentencia del 21 de julio de 2004, adicionada mediante providencia del 20 de agosto del mismo año, proferida por la Sección Primera del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, que revocó la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima del 20 de febrero de 2004 y decretó la pérdida de investidura del señor Rodríguez Góngora.

### III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por la Sección Segunda, Subsección B - Sala de lo Contencioso Administrativo- del H. Consejo de Estado, el treinta y uno (31) de marzo del año dos mil cinco (2005), que decidió negar el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la defensa (art 29 C.P.) y en su lugar CONCEDER el amparo solicitado respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas y elegir y ser elegido en cabeza del ciudadano Rubén Darío Rodríguez Góngora.

Segundo.- En consecuencia DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 21 de julio de 2004, adicionada mediante providencia del 20 de agosto del mismo año, proferida por la Sección Primera -Sala de lo Contencioso Administrativo- del H. Consejo de Estado, que revocó la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima del 20 de febrero de 2004 y decretó la pérdida de investidura del accionante, señor Rubén Darío Rodríguez Góngora.

Tercero.- Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto

2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrada Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO TAFUR GALVIS A LA SENTENCIA T-1285/2005

DEBIDO PROCESO EN PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO-Se fundó en interpretación razonable de las normas constitucionales y legales (Salvamento de voto)

Frente al texto de la sentencia respecto de la cual se invoca por el actor la configuración de una vía de hecho, es claro para la Sala que asiste razón al juez de instancia en tutela -en este caso la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado- en cuanto a que la sentencia que se ataca se sustentó en una interpretación razonable entre otras posibles de las normas constitucionales y legales en materia de inhabilidades de los diputados que se enmarca dentro de la autonomía funcional del juez. Respecto de la cual no puede entenderse configurado un defecto sustantivo de aquellos a los que ha hecho referencia la jurisprudencia constitucional para concluir en la existencia de una vía de hecho.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO-No hay aplicación retroactiva de la ley 617 de 2000

(Salvamento de voto)

Contrario a lo que afirma el demandante en el presente caso no se está en presencia de una aplicación retroactiva de la Ley 617 de 2000. Claramente las normas sobre pérdida de investidura de dicha ley comenzaron a regir antes de la elección como diputado del accionante. Y aun antes resultaban aplicables las normas constitucionales en la materia. En relación con los artículos 33 y 34 de la Ley 617 de 2000 -que establecen las causales de inhabilidad e incompatibilidad de los diputados- y la previsión sobre su vigencia solo a partir de las elecciones del año 2001 según el texto del artículo 86 de la misma Ley, es claro para la Sala que dichas normas no pueden ser tomadas en cuenta en el presente caso para concluir en una posible aplicación retroactiva de la ley, pues los artículos aludidos no fueron las normas tomadas en cuenta por la Sección Primera del Consejo de Estado en la sentencia atacada. En efecto, las normas que entendió aplicar dicha Sección Primera fueron el artículo 299 superior en concordancia con los artículos 179-2 y 183-1 de la Constitución que, como lo explicó la Sección Primera en la sentencia atacada, eran en su criterio las normas aplicables en materia de régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados para el momento de la elección del accionante y no el artículo 33-3 de la Ley 617 de 2000 que para ese momento no se encontraba vigente.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES-Asimilación del régimen de diputados y congresistas no implican defecto sustantivo (Salvamento de voto)**

Para la Sala la asimilación del régimen de diputados y congresistas en lo que se refiere específica y exclusivamente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades a que se ha hecho alusión no implica la configuración de un defecto de aquellos que la jurisprudencia constitucional ha identificado como configurativo de una vía de hecho y concretamente de un defecto sustantivo o material, por cuanto en el presente caso no puede afirmarse que la decisión se sustenta en una “disposición claramente inaplicable al caso concreto”, o “que no se desprenda en manera alguna de las disposiciones constitucionales y por el contrario las controvierta”.

**VIA DE HECHO EN PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADO-Inexistencia de defecto fáctico y sustantivo (Salvamento de voto)**

No asiste razón al actor en cuanto a la configuración de un defecto fáctico y de un defecto

sustantivo en la sentencia del 21 de julio de 2004, adicionada mediante providencia del 20 de agosto del mismo año, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En consecuencia dado que no puede afirmarse que en la referida providencia se incurrió en una vía de hecho tampoco puede afirmarse que con ella se haya vulnerado el derecho fundamental al debido proceso cuya protección solicitó el actor.

Referencia: expediente T-1115938

Acción de tutela instaurada por Rubén Dario Rodríguez Góngora contra el Consejo de Estado - Sección Primera-

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Con el respeto acostumbrado manifiesto que no comparto la decisión de la Sala de Revisión en el proceso de la referencia, por las mismas razones que fueron expuestas en la ponencia que presenté a consideración de la misma y que no fue aceptada.

En dicha ponencia cuyos considerandos se transcriben a continuación en su integridad, se señaló lo siguiente:

“II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

(...)

2. Materia sometida a revisión

El actor en su demanda solicita que se proteja su derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) que estima vulnerado con la providencia adoptada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 21 de julio de 2004, adicionada mediante providencia del 20 de agosto del mismo año, en la cual se revocó la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima del 20 de febrero de 2004 que había denegado la solicitud de pérdida de investidura de diputado del accionante planteada por el ciudadano Julio César Castañeda Salguero. Afirma que en dicha providencia se configuró una

vía de hecho por cuanto i) en el expediente no figuraban los elementos probatorios que sustentaban la solicitud de pérdida de investidura -a saber copia del proceso electoral ni de la sentencia de nulidad de la elección del actor como Diputado que sirvió de base para la declaratoria de pérdida de investidura ni prueba de que el tutelante ocupó el cargo de Director Regional del Instituto de Pesca y Agricultura en el año anterior a su elección como diputado; ii) la sección Primera del Consejo de Estado a) extendió a los diputados el régimen de pérdida de investidura previsto para los Congresistas y concretamente aplicó al caso del accionante en tutela una causal prevista en la Constitución para los Congresistas pero no para los diputados, b) violó el principio de justicia rogada porque se fundó en una norma que no había invocado el actor en el proceso de pérdida de investidura, esto es se fundó en una norma constitucional, y no en las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 cuya violación había sido planteada en la demanda, c) aplicó en forma retroactiva la Ley 617 de 2000 desconociendo el artículo 86 de la misma ley según el cual el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en ella establecido regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001, y d) aplicó un referente jurisprudencial posterior al acto de inscripción del tutelante como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima.

El juez de instancia -en este caso la Sección Segunda Subsección B Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado- decidió denegar el amparo solicitado por cuanto consideró que no asistía razón al actor en relación con la supuesta configuración de una vía de hecho en el presente caso pues i) la misma en manera alguna puede predicarse del hecho de haber tomado en cuenta para la decisión de pérdida de investidura una sentencia proferida por la Sección Quinta Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que si bien no figuraba materialmente en el expediente “resultaba de público conocimiento”;

ii) frente a la supuesta configuración de un “defecto sustantivo” -que asume el juez de instancia es el que invoca el accionante para afirmar que se configuró una vía de hecho- la sentencia que se ataca se sustentó en disposiciones cuya interpretación había sido acogida en dos decisiones adoptadas por el Consejo de Estado una de ellas en Sala Plena<sup>83</sup> y “que si bien pueden no compartirse los alcances interpretativos de las referidas sentencias que sirvieron de fundamento a la providencia que se cuestiona, las tesis en ellas planteadas no alcanzan a configurar una vía de hecho”.

Corresponde a la Sala en consecuencia establecer si asiste razón o no al juez de instancia que decidió negar el amparo solicitado y concretamente si en el presente caso se configura o

no una vía de hecho judicial con la decisión proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado del 21 de julio de 2004, adicionada mediante providencia del 20 de agosto de 2004.

### 3. Consideraciones preliminares

Previamente la Sala considera necesario efectuar algunas precisiones en torno a i) la procedibilidad de la acción ii) el carácter excepcional de la intervención del juez de tutela en las decisiones judiciales y los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que pueda afirmarse que se ha incurrido en una vía de hecho; iii) el debido proceso en materia sancionatoria y en particular el necesario respeto del principio de legalidad en los procesos de pérdida de investidura, que resultan pertinentes para el examen que corresponde efectuar a la Sala de decisión en el presente caso.

Esta Corporación ha señalado de manera reiterada que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Así ha dicho esta Corporación en relación con el contenido del inciso 3º. del artículo 86 de la Constitución que:

“El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único

medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”<sup>84</sup>.

En ese orden de ideas corresponde examinar si en el presente caso existe o no otro mecanismo judicial para la defensa judicial del derecho invocado por el actor.

Al respecto cabe precisar que en materia de pérdida de investidura la Corte ha señalado - para el caso de los Congresistas- que la acción de tutela no procede en contra de la sentencia que decreta la pérdida de la investidura, puesto que el recurso extraordinario especial de revisión (Ley 144 de 1994 art. 17 y Ley 446 de 1998, art. 57) constituye un medio de defensa judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales de los congresistas, en especial el derecho al debido proceso. En efecto, dicho recurso extraordinario especial procede por las siguientes causales: “(a) falta del debido proceso; (b) violación del derecho de defensa”,<sup>85</sup> además de las establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.<sup>86</sup> Por lo que la jurisprudencia solo excepcionalmente ha aceptado la posibilidad de acudir a la acción de tutela para controvertir la decisión mediante la cual se decide dicho recurso extraordinario<sup>87</sup>.

Para el caso de los diputados de acuerdo con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado a partir de la expedición de la Ley 617 de 2000 la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de revisión no existe pues el artículo 48 de dicha ley solo estableció la posibilidad de apelar la sentencia de pérdida de investidura y no previó la de atacar la sentencia por vía del recurso especial extraordinario de revisión.

Así precisamente en el presente caso el actor interpuso el recurso extraordinario de revisión que le fue rechazado por improcedente mediante providencia del 18 de enero de 2005 (C.P. María Elena Giraldo Gómez Rad. 1653 00) en la que dicho rechazo se sustentó de la siguiente manera:

“Corresponde al Despacho pronunciarse sobre la procedencia del recurso especial extraordinario de revisión.

La pérdida de investidura de diputados se encuentra regulada actualmente y desde el 9 de octubre de 2000 en la Ley 617 de 2000, publicada en el diario oficial 44.188.

En el caso del diputado desinvestido fue electo para el período 2001-2003, por tanto la elección aconteció bajo la regulación de la ley 617 de 2000. Esta normatividad en el artículo 48 párrafo enseña:

ARTICULO 48. PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.
2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarios o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.
6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

PARAGRAFO 1o. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

Dicha Ley sólo trajo en su contenido la posibilidad de apelar la sentencia de pérdida de investidura y no previó la de atacar la sentencia por vía de recurso especial extraordinario de revisión. En consecuencia, y atención al carácter excepcional del recurso extraordinario de revisión y al carácter especial de la pérdida de investidura, que se reitera, quedó regulado por la ley 617 de 2000, a diferencia de lo acontecido anteriormente cuando era necesario aplicar a la pérdida de investidura de diputados el régimen de la desinvestidura de los congresistas (ley 144 de 1994)<sup>88</sup>, por falta de regulación legal específica, la presente demanda habrá de rechazarse por improcedente.”

De lo anterior se desprende que en el presente caso el actor no contaba con otro mecanismo judicial para proteger sus derechos, pues el recurso extraordinario que interpuso le fue rechazado por improcedente y legítimamente pudo considerar que la única vía judicial a su disposición para proteger sus derechos era la acción de tutela.

3.2 El carácter eminentemente excepcional de la intervención del juez de tutela en las decisiones judiciales y los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que pueda afirmarse que se ha incurrido en una vía de hecho

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha considerado que, en principio, contra las decisiones judiciales no procede la acción de tutela y que de éstas se predica su obligatoriedad incondicional, como quiera que cuando el órgano judicial aplica la voluntad abstracta de la ley a un caso concreto se supone que lo hace con sujeción estricta a la Constitución Política, porque a los jueces y a los tribunales les compete acatar la Carta, y lograr su aplicación en los hechos, las relaciones sociales y las acciones de los poderes públicos<sup>89</sup>.

Desde esta perspectiva, la protección constitucional por vía de tutela frente a decisiones judiciales solo resulta posible cuando la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contra vía de los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el

objetivo básico de recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.

Ahora bien, considerando que esta posibilidad tiene un alcance excepcional y restrictivo, la Corte Constitucional ha venido construyendo a partir de la Sentencia C-543 de 1992 una nutrida doctrina en torno al catálogo de requisitos que se deben cumplir para que ésta resulte procedente; doctrina cuyos primeros desarrollos aparecen contenidos en las Sentencias T-079 de 1993 y T-231 de 1994 y que luego se ha enriquecido en múltiples decisiones posteriores.

Según la doctrina constitucional<sup>90</sup>, para que pueda proceder una tutela contra una sentencia judicial resulta necesario que se cumplan a cabalidad todos y cada uno de los siguientes requisitos de procedibilidad: (1) La cuestión que se pretende discutir a través de la acción de tutela debe ser una cuestión de evidente relevancia constitucional. (2) Sólo procede si han sido agotados todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. (3) La acción no procede cuando el actor ha dejado de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial. (4) La tutela sólo procede cuando la presunta violación del derecho fundamental en el proceso judicial tiene un efecto directo y determinante en la decisión de fondo adoptada por el juez. (5) En la tutela contra sentencias corresponde al actor identificar con claridad la acción u omisión judicial que pudo dar lugar a la vulneración, así como el derecho vulnerado y las razones de la violación. (6) El juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. (7) La tutela contra una decisión judicial debe interponerse ante el superior funcional del juez que profirió la decisión impugnada. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del Juez al que esté adscrito el Fiscal. Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda. (8) No procede la acción de tutela contra sentencias de tutela. (9) La acción de tutela contra sentencias solo procede en los casos en que se pueda calificar la actuación del juez como una vía de hecho. 10) Que la vía de hecho sea alegada por el actor dentro de un

término razonable al de su ocurrencia.

En ese sentido la jurisprudencia constitucional<sup>91</sup> ha identificado claros presupuestos para establecer la ocurrencia de una vía de hecho judicial, precisando que esta última tiene lugar cuando se advierte en la actuación judicial acusada un defecto orgánico<sup>92</sup>, sustantivo<sup>93</sup>, fáctico<sup>94</sup>, procedimental<sup>95</sup> o por consecuencia<sup>96</sup>.

Así mismo resulta pertinente recordar para los efectos de la presente providencia que en la Sentencia SU-120 de 2003<sup>97</sup>, la Corte Constitucional explicó que las vías de hecho se pueden presentar cuando “el juez elige la norma aplicable o determina su manera de aplicación i) contraviniendo o haciendo caso omiso de los postulados, principios y valores constitucionales, (ii) imponiendo criterios irracionales o desproporcionados, (iii) sin respetar el principio de igualdad, y (iv) en desmedro de los derechos sustantivos en litigio”.

3.3 El debido proceso en materia sancionatoria y el necesario respeto del principio de legalidad en los procesos de pérdida de investidura

3.3.1. Como lo ha explicado la Corte, de manera reiterada, es al Legislador a quien corresponde fijar el régimen aplicable al ejercicio de funciones públicas por los servidores públicos y por los particulares en los casos que la misma ley señale y es también al Legislador a quien compete establecer las sanciones pertinentes (arts. 123, 124, 150-23)<sup>98</sup>.

Ahora bien, cabe recordar que en el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del servidor público tiene diferentes manifestaciones que se derivan de la necesidad de proteger de manera específica diferentes bienes jurídicos. Así ha de tomarse en cuenta que el universo del derecho sancionador no se limita al derecho disciplinario y al derecho penal a los que generalmente se hace referencia. Como lo ha señalado la jurisprudencia<sup>99</sup>, este derecho es una disciplina compleja que recubre diferentes regímenes sancionatorios con características específicas, pero sometidos todos a unos principios de configuración claros destinados a proteger las garantías constitucionales ligadas al debido proceso.

Al respecto a título de ejemplo resulta pertinente recordar el análisis efectuado por la Corte

en relación con el régimen sancionatorio en materia administrativa. Así al examinar algunas competencias atribuidas al Banco de la República esta Corporación señaló lo siguiente:

“5.1.2. En la doctrina<sup>100</sup> se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso -régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta<sup>101</sup>), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem” <sup>102</sup>.

Estos principios comunes a todos los procedimientos que evidencian el ius puniendi del Estado -legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad, proporcionalidad, non bis in ídem-, resultan aplicables a los diferentes regímenes sancionatorios establecidos -penal, disciplinario, fiscal, civil, administrativo no disciplinario -, o que se establezcan por el legislador para proteger los diferentes bienes jurídicos ligados al cumplimiento de los fines del Estado y el ejercicio de las funciones públicas<sup>103</sup>.

La Corte ha precisado que debido a las particularidades de cada uno de los regímenes sancionatorios, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, dichos principios adquieren matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate, siendo en todo caso en materia penal que los presupuestos son los más estrictos<sup>104</sup>.

3.3.2 Ahora bien, cabe precisar que la Corte ha hecho particular énfasis en que en el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En

este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”<sup>105</sup>.

Al respecto, no sobra recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15-1106, como la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 8 y 9107, se refieren en forma particular y explícita al respeto del principio de legalidad.

La Carta Política colombiana, por su parte en el artículo 29 establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, exigiendo al legislador (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la determinación de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso.

En torno de cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional<sup>108</sup>, haciendo énfasis entre otros temas en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de las sanciones<sup>109</sup>

Sobre el particular ha dicho particularmente la Corte lo siguiente:

“Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites “al ejercicio de dicha potestad punitiva<sup>110</sup>. Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”<sup>111</sup>.

Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una

estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición<sup>112</sup>.”<sup>113</sup>

Esto significa que para aplicar legítimamente sanciones por parte del Estado<sup>114</sup>, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, debe respetarse dicha garantía fundamental del debido proceso, destinada a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”.<sup>115</sup>

3.3.3 En relación concretamente con la figura de la pérdida de investidura la Corte en la sentencia C-207 de 2003<sup>116</sup>, en alusión al caso de los congresistas, puso de presente la necesidad de observar de manera estricta las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso. La Corte señaló al respecto lo siguiente:

“La institución de la pérdida de la investidura fue consagrada en el artículo 183 de la Carta Política como una sanción para los congresistas que incurran en violación del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o conflictos de intereses que les resulta aplicable (numeral 1); que incumplan ciertos deberes inherentes al cargo (numerales 2 y 3) o sean responsables por indebida destinación de dineros públicos o por tráfico de influencias debidamente comprobado (numerales 4 y 5).

En atención a la altísima dignidad que supone el cargo de Congresista y a la significación del Congreso dentro de un Estado democrático, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones anotadas, puesto que la pérdida de la

investidura implica no solo que el congresista pierde su calidad de tal, sino que, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista. Del mismo modo, la Constitución señala un término especialmente breve para que el Consejo de Estado decida acerca de la pérdida de investidura, en las condiciones que fije la ley.

En diversas sentencias la Corte ha resaltado el carácter sancionatorio que tiene la pérdida de la investidura, institución que, en cuanto que comporta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, 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. Esta Corporación ha señalado cómo, dentro de la complejidad del derecho sancionatorio, existen diversas especies a las que corresponde un distinto nivel de exigencia en cuanto al rigor con el que se apliquen las garantías del debido proceso.<sup>117</sup> Así, por ejemplo, al paso que en el derecho penal, en la medida en que se encuentra comprometida la libertad personal, tal rigor debe ser el máximo previsto en el ordenamiento, en otras disciplinas sancionadoras puede darse una mayor flexibilidad, en atención, por ejemplo, al tipo de sanción o al especial régimen de sujeción que pueda predicarse de sus destinatarios.<sup>118</sup>

Para establecer el nivel en el que deben aplicarse las garantías del debido proceso en el trámite de pérdida de investidura, es necesario examinar las características propias de la institución, en particular, la especial gravedad de la sanción que se impone para un conjunto muy variado de infracciones, y la brevedad del término dentro del cual el Consejo de Estado debe adoptar la decisión.

Por otra parte, si bien la alta dignidad que corresponde a quien debe ejercer la función legislativa, y la necesidad de preservar impoluta la imagen de la más alta corporación democrática, explican tanto la gravedad de la sanción como la brevedad del procedimiento, esas mismas condiciones abogan a favor del más estricto cumplimiento de las garantías del debido proceso. Así, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una situación en la cual, al amparo de la presunción de inocencia, se va a juzgar a una persona cuya alta investidura le ha sido conferida directamente por el pueblo por la vía electoral. La decisión que en este contexto afecte a un congresista, no le concierne exclusivamente a él, sino que tiene una significación determinante, tanto para el órgano del que hace parte, como para el electorado en su conjunto. Por tal razón el proceso debe estar rodeado de las más amplias

garantías. La Corte, al referirse a las garantías que deben rodear el proceso de pérdida de la investidura de los congresistas, expresó:

“Es claro que la pérdida de investidura es la sanción más grave que puede imponerse a un congresista, no solamente por el carácter mismo de las faltas respecto de las cuales ha sido prevista y por el inocultable daño que su comisión ocasiona al Congreso y al interés colectivo, sino en cuanto a las consecuencias del fallo, ya que implica la separación inmediata de las funciones que el condenado venía ejerciendo como integrante de la Rama Legislativa y, por expresa disposición de la propia Carta, la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro. Por otra parte, frente a la sentencia que dicte el Consejo de Estado ha sido prevista una sola instancia, dado el nivel de dicho Tribunal, el máximo en la jurisdicción Contencioso Administrativa.

Todo ello deja ver que no se trata de un castigo cualquiera sino de uno excepcional que, por lo tanto, requiere en grado sumo la plena observancia de las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso.”<sup>119</sup>

Dentro de tales garantías, además de las que se predicán del debido proceso en general y que se derivan del artículo 29 Superior, está la atribución de la competencia para decretar la pérdida de investidura a un órgano constitucional, el Consejo de Estado, quien la ejerce a través de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Se trata ésta de una garantía institucional, orientada a preservar la intangibilidad del Congreso de la República en el evento en el que uno de sus miembros deba ser investigado en razón de circunstancias que puedan conducir a la pérdida de su investidura.”<sup>120</sup>

3.3.4 En sentido similar se ha pronunciado el H. Consejo de Estado de manera reiterada. Al respecto, por resultar claramente pertinente para los efectos de la presente sentencia, cabe recordar diversas decisiones del Tribunal Supremo de lo Contencioso en las cuales se ha puesto de presente el necesario respeto del debido proceso y en particular del principio de legalidad en dichos procesos de pérdida de investidura. Concretamente en materia de pérdida de investidura de Diputados ha señalado que para poder aplicar dicha sanción necesariamente debe existir una normatividad específica que señale las conductas que la ameritan.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

expresó al respecto lo siguiente:

“Dentro de las causales enunciadas expresamente en el artículo 48 de la ley 617 de 2000, no se encuentra la relativa a la reproducción de actos suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ahora, es cierto que el artículo 29 de la Ley 200 de 1995 clasificó las sanciones principales a que estarán sometidos los servidores públicos y en el numeral 9 aludió a la “Pérdida de investidura para los miembros de las corporaciones públicas...”. Empero, no es menos cierto que el artículo 29, numeral 9 al hacer alusión a la sanción principal de pérdida de investidura la condicionó a “las normas de la constitución y la ley que la regule”, lo cual significa que necesariamente debe existir una normatividad específica que desarrolle tal sanción indicando expresamente las conductas que la ameritan. Ello, en desarrollo del principio constitucional de la legalidad de la sanción, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política. En este caso, la Ley 617 de 2000, en su artículo 48, no previó expresamente como sancionable con pérdida de la investidura de Diputados la conducta consistente en reproducir un acto anulado o suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y la Ley 200 de 1995 tampoco le atribuyó expresamente a dicha conducta la mencionada consecuencia jurídica, razón por la que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.<sup>121</sup> (subrayas fuera de texto).

En forma coincidente ha dicho esa Corporación que no es posible aplicar retroactivamente las causales establecidas en normas posteriores a los hechos objeto del proceso de pérdida de investidura.

Al respecto ha señalado el Consejo:

“La Sala, en sentencia de 21 de septiembre de 2001 (Expediente núm. 6829, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), frente a un asunto similar al aquí analizado, precisó, y ahora lo reitera, que la Ley 617 de 2000 en su artículo 48 creó la institución de la Pérdida de Investidura de Diputados. Con respecto a la primera de las causales citadas (Violación del régimen de incompatibilidades o conflicto de intereses), el artículo 86 de la misma ley establece: “Régimen de transición para el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los cuales se refiere la presente ley, regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001.”. De tal manera que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de que trata la Ley 617 sólo rige para

las elecciones que se realicen a partir del año 2001, que no es el caso objeto de estudio, pues el demandado fue elegido Diputado para el período 1998-2000. Los hechos sobre los cuales se fundamenta la solicitud de Pérdida de Investidura tuvieron ocurrencia antes de la vigencia de la 617 del 2000, pues aluden al trámite de la Ordenanza núm. 339 de 14 de noviembre de 1998; y en lo concerniente a las otras causales invocadas en la demanda: violación al régimen de conflicto de intereses, indebida destinación de dineros públicos y tráfico de influencias, contempladas en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 48 de la mencionada ley, no se les puede dar efecto retroactivo”122.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha señalado que en materia de pérdida de investidura de los diputados por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades resultan aplicables las disposiciones constitucionales que sobre esta materia se establecen para los Congresistas -aspecto que es precisamente al que alude el actor para considerar que dicha interpretación comporta una vía de hecho-.

Así lo expresó dicha Sala en las sentencias de 24 de abril de 2003 (Expediente núm. 8705, Actor: Luis Carlos Rosero Ortiz, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), -donde se decretó la pérdida de la investidura de un Diputado a la Asamblea del Huila, por violación del régimen de inhabilidades, consagrado en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, en armonía con los artículos 183 y 299 de la Constitución Política, y con fundamento en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 8 de agosto de 2000, donde se señaló que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas se hacía extensivo a los Diputados- y en la sentencia del 21 de julio de 2004, adicionada mediante providencia del 20 de agosto del mismo año, -que acusa el actor del proceso de tutela- y a la que se hará específica referencia más adelante en esta sentencia.

Cabe resaltar dentro de la misma línea jurisprudencial que recientemente la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante providencia del 7 de abril de 2005 al tiempo que afirmó nuevamente la imposibilidad de aplicar la sanción de pérdida de investidura con fundamento en una causal que previamente no haya sido establecida en la Constitución o en la ley, hizo énfasis en la imposibilidad de trasladar al caso de los diputados el régimen de pérdida de investidura previsto en la Constitución para los Congresistas pero ello en relación con causales no referidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades respecto del cual, reitera los planteamientos hechos

por esa misma Corporación en relación con la aplicación del artículo 299 superior.

Al respecto esa Corporación expresó:

“En lo concerniente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, se tiene el artículo 299, inciso 2º, ibídem, modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 1996, que a la letra reza:

“Artículo 299. En cada departamento habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de tres años, y tendrán la calidad de servidores públicos.”

Sobre el alcance de ese precepto, en sentencia de 8 de agosto de 2000, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación<sup>123</sup> dedujo que “Existe actualmente, por reenvío de la Constitución, un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, cual es como mínimo el previsto para los congresistas (de carácter constitucional o legal) en lo que corresponda, pues la Constitución no hizo diferencias”, y agrega que es de notoria relevancia que la Carta Política establece para diputados lo que tiene que ver con su régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuando dispone que será determinado en la ley “sin perjuicio de lo establecido en la Constitución”. Al punto cita el artículo 293 ibídem, norma que halla ligada materialmente a la anterior, y concluye que “De no existir, hipotéticamente, un régimen legal (anterior a la Constitución que no la contraríe o posterior) existe un mínimo de régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, por la remisión expresa que hace la Carta Política, en el artículo 299, al de los congresistas”.

Pero ello de ninguna manera significa que ese reenvío se extienda a la pérdida de la investidura de los congresistas con el fin de serle aplicado a los diputados, pues si bien las normas que la regulan tienen relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de aquellos, en cuanto dicha normativa establece la violación de ese régimen como causal de pérdida de la investidura parlamentaria, de todas formas son dos aspectos que requieren

regulación específica, y en este caso el reenvío en comentario se encuentra circunscrito expresamente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. El uno se refiere a condiciones de inelegibilidad de quienes aspiren a los aludidos cargos y a prohibiciones o limitaciones para quienes accedan a los mismos, en tanto que el régimen de la pérdida de la investidura tiene como objeto una de las varias acciones de que pueden ser objeto quienes adquieran las respectivas calidades, para lo cual prevé otras causales que nada tienen que ver con las inhabilidades o incompatibilidades de dichos servidores públicos.

De suerte que aún antes de la Ley 617 de 2000, que sí contiene el régimen expreso de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, éstos ya lo tenían como mínimo y estaba dado en las disposiciones que lo establecen para los congresistas, según la jurisprudencia antes reseñada.

La causal de pérdida de la investidura que se le endilga al inculpado, esto es, la de indebida destinación de dineros públicos, no guarda relación con el comentado régimen, y pertenece específicamente a la regulación de la parte sustantiva de dicha acción, en cuanto corresponde a las conductas o comportamientos que pueden generar la medida con ese mismo nombre, y si bien es cierto que esa causal está en la Constitución Política - artículo 183, numeral 4 -, también lo es que esa norma sólo se refiere a los congresistas, sin que pueda hacerse extensiva a los diputados, precisamente por no ser parte del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, amén de que para los demás servidores públicos que sean pasibles de dicha acción se requiere norma que expresamente se la haga aplicable.

Por lo tanto, la aplicación directa del artículo 183, numeral 4, de la Constitución Política a los diputados no puede hacerse con fundamento en el reenvío constitucional que para la época de los hechos era posible hacer al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas." (...).

“Según lo atrás expuesto, y atendiendo el principio de legalidad, es claro entonces que a hechos anteriores a la Ley 617 de 2000 que involucren a diputados no es posible aplicarles la causal en mención, pues para tales servidores públicos no había norma que la previera como tal, esto es, para efectos de la pérdida de la investidura, y es sabido que nadie puede ser juzgado sin norma previa o ley preexistente al acto que se le impute, según lo enseña el citado principio, recogido en el artículo 29 de la Constitución Política.

En cuanto a la Constitución Política cabe reconocer que en su artículo 183, numeral 4, establece la indebida destinación de dineros públicos como causal de pérdida de la investidura, pero referida de manera expresa y específica a los congresistas, es decir, como causal de pérdida de investidura de tales servidores públicos. Dicho de otra forma, no está prevista de manera genérica para todos los servidores públicos susceptibles de la comentada medida, como sí es el caso de los artículos 110, que consagra una causal de pérdida de investidura de manera genérica, es decir, sin reservarlas a determinados servidores públicos, y 291 que señala una causal de pérdida de la investidura referida directamente a los miembros de las corporaciones públicas territoriales.

Se infiere, entonces, que no es posible aplicar con fundamento en el artículo 183, numeral 4, por extensión oficiosa, la mencionada causal a servidores públicos distintos de los congresistas, pues tratándose de la regulación o definición normativa (tipificación) de conductas reprochables, y de las correspondientes sanciones, es imperativo atender el principio de legalidad, del cual se desprende el carácter de taxatividad de las conductas punibles, dadas en este caso en términos de causales de pérdida de la investidura, y el correlativo alcance restrictivo y específico que tienen las mismas, el cual impide su aplicación extensiva a servidores públicos no previstos como sujetos activos de tales conductas.

En consecuencia, no es viable jurídicamente atribuirle al inculpado la causal de pérdida de la investidura en comento”<sup>124</sup>. (subrayas fuera de texto)

A partir de los anteriores presupuestos procede la Sala a examinar el caso concreto objeto de la presente sentencia.

#### 4. El análisis del caso concreto

Como se ha señalado, en el presente caso se trata de establecer si se incurrió o no por parte de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en una vía de hecho con la decisión proferida el 21 de julio de 2004, adicionada mediante providencia del 20 de agosto del mismo año, mediante la cual se decidió revocar la sentencia apelada y en su lugar se dispuso decretar la pérdida de investidura de diputado del accionante en tutela.

En dicha providencia la Sección Primera señaló concretamente lo siguiente:

“En el caso sub examine está demostrado que el señor RUBEN DARÍO RODRÍGUEZ GÓNGORA fue elegido Diputado del Departamento del Tolima, para el período comprendido entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2003, conforme consta a folio 14.

No obstante que en la Constitución de 1991 se consagró la posibilidad de que los Diputados al igual que los ediles y los Concejales, podían perder la investidura en los casos expresamente previstos en los artículos 110, 122, inciso 5º y 291, fue solo con la vigencia de la Ley 617 de 2000, que comenzó a aplicarse dicha sanción a los primeros, esto es, a los Diputados.

Antes de que esta última ley se expidiera, se presentaba cierta dificultad en la implementación de este tipo de demandas, a pesar de las anotadas prescripciones constitucionales, lo cual obedecía a la inexistencia de norma expresa que precisara el trámite a seguir y, lo que es más importante, el juez competente.

Por virtud del expreso mandato contenido en el artículo 299 Constitucional, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que para los Diputados fije la ley, en lo que corresponda, no puede ser menos estricto que el señalado para los Congresistas.

En atención a lo anterior la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia de 8 de agosto de 2000, expediente núm. S-140, con ponencia de la Magistrada María Elena Giraldo Gómez, sostuvo la tesis según la cual mientras el legislador no dictara un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades para los Diputados que fuera más riguroso, en comparación con el de los Congresistas, se acudirá al de estos, por el reenvío que hace la Constitución al régimen de los Congresistas, en lo que corresponda.

De tal manera que si bien es cierto que la Ley 617 de 2000 en sus artículos 33 y 34 trae en su orden una relación de conductas o supuestos constitutivos de inhabilidades e incompatibilidades y que ésta sólo se aplica, por disponerlo así su artículo 86, a quienes sean elegidos a partir del año 2001, no lo es menos que las causales de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas sí cuentan para las elecciones realizadas el 29 de octubre de 2000 en relación con el período constitucional 2001-2003, conforme a las precisiones de la precitada sentencia de la Sala Plena.

Es decir, que los elegidos en esta última fecha que hubieran estado claramente inhabilitados o incurrieran en una incompatibilidad manifiesta no están exceptuados de la posibilidad de que se les prive de su investidura, pues se les aplica el régimen previsto en la Ley 617, solo que con base en las causales consagradas en la Constitución de 1991 para los Congresistas. Ello en razón a que la Ley 617 de 2000 empezó a regir a partir del 9 de octubre de dicho año y en ella se previó claramente cuál era el juez competente y el trámite a seguir para adelantar el proceso de pérdida de investidura de los Diputados, con lo cual se dio vía libre a la posibilidad de que tales funcionarios pudieran ser sujetos pasivos de dicha acción.

Es oportuno señalar que mediante sentencia de 24 de abril de 2003 (Expediente núm. 8705, Actor: Luis Carlos Rosero Ortiz, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), se decretó la pérdida de la investidura de un Diputado a la Asamblea del Huila, por violación del régimen de inhabilidades, consagrado en el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, en armonía con los artículos 183 y 299 de la Constitución Política, y con fundamento en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 8 de agosto de 2000, en la que, se repite, se reiteró que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas se hacía extensivo a los Diputados.

En el caso sub examine no cabe duda alguna a la Sala en cuanto a que el demandado violó el régimen de inhabilidades, pues dentro de los 12 meses anteriores a la elección se desempeñó como Director Regional del Instituto de Pesca y Acuicultura INPA, cargo que implica el ejercicio de autoridad administrativa, conforme se estableció en la sentencia de 5 de junio de 2003, de la Sección Quinta de esta Corporación, lo que dio lugar a que se declarara la nulidad de la elección, precisamente, porque estaba incurso en la causal prevista en el artículo 179, numeral 2, de la Constitución Política.

Así pues, debe revocarse la sentencia apelada para disponer, en su lugar, la declaratoria de pérdida de investidura del demandado”<sup>125</sup>.

Frente a dicha sentencia el actor invoca la existencia de una vía de hecho que puede considerarse estructurada, como lo señaló el juez de instancia, en dos aspectos principales a saber i) por haberse proferido la sentencia sin que materialmente constaran en el expediente los elementos probatorios que le sirven de sustento ii) por configurarse en la sentencia

atacada un defecto sustantivo que el accionante hace consistir en que la sección Primera del Consejo de Estado a) extendió a los diputados el régimen de pérdida de investidura previsto para los Congresistas y concretamente aplicó al caso del accionante en tutela una causal prevista en la Constitución para los Congresistas pero no para los diputados, b) violó el principio de justicia rogada porque se fundó en una norma que no había invocado el actor en el proceso de pérdida de investidura, c) aplicó en forma retroactiva la Ley 617 de 2000 desconociendo el artículo 86 de la misma ley según el cual el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en ella establecido regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001, y d) aplicó un referente jurisprudencial posterior al acto de inscripción del tutelante como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima.

Al respecto procede la Sala a efectuar el análisis de los elementos planteados por el actor y frente a los cuales el juez de instancia no encontró que se configurara en la sentencia atacada una vía de hecho judicial.

4.1 El análisis de la supuesta configuración de una vía de hecho por la ausencia en el expediente respectivo de los elementos probatorios en los que se basó la sentencia de pérdida de investidura atacada

El actor afirma que la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado el 21 de julio de 2004 adicionada mediante providencia del 20 agosto del mismo año se profirió sin que en el expediente se encontraran materialmente varios de los elementos que sirvieron de fundamento a la decisión adoptada y concretamente la prueba de que el actor se desempeñó como Director de la Regional Andina del Instituto de Pesca y Agricultura -INPA- hasta el 24 de abril de 2000, como tampoco la copia del proceso electoral ni de la sentencia de nulidad de la elección como diputado del referido señor Rubén Darío Rodríguez Góngora proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de junio de 2003.

4.2 El análisis de la supuesta configuración de un defecto sustantivo en la sentencia de pérdida de investidura atacada

Al respecto el actor señala que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado incurrió en una vía de hecho por cuanto: a) extendió a los diputados el régimen de pérdida de investidura previsto para los Congresistas y concretamente aplicó al

caso del accionante en tutela una causal prevista en la Constitución para los Congresistas pero no para los diputados, b) violó el principio de justicia rogada porque se fundó en una norma que no había invocado el actor en el proceso de pérdida de investidura, c) aplicó en forma retroactiva la Ley 617 de 2000 al tiempo que desconoció el artículo 86 de la misma ley según el cual el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en ella establecido regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001, y d) aplicó un referente jurisprudencial posterior al acto de inscripción del tutelante como candidato a la Asamblea Departamental del Tolima<sup>126</sup>.

El juez de instancia en tutela consideró que la aludida vía de hecho -estructurada, ha de entenderse, a partir del supuesto de un defecto sustantivo en la sentencia- no se configuró pues la sentencia atacada se basó en la aplicación de normas cuya interpretación se hizo con base en sentencias del Consejo de Estado respecto de las cuales “si bien pueden no compartirse los alcances interpretativos en ellas formulados los mismos no alcanzan a configurar una vía de hecho”.

4.2.1 Para efectos de determinar si asiste razón al demandante o por el contrario al juez de instancia, resulta pertinente recordar en primer término cuál es el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales que se invocan en la referida sentencia y respecto de las cuales el actor considera que se hizo una aplicación que vulnera sus derecho fundamental al debido proceso.

Así cabe recordar que en relación con los Congresistas los artículos 179 a 182 de la Constitución Política establecen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses de dichos servidores.

Dichos artículos son del siguiente tenor :

ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

8. Nadie podrá ser elegido para mas de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5. (subrayas fuera de texto).

ARTICULO 180. Los congresistas no podrán:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.
3. Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

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

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

ARTICULO 181. Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión.

ARTICULO 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de

los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.

Igualmente para el caso de los Congresistas los artículos 183 y 184 superiores señalan las causales de pérdida de investidura y el procedimiento aplicable. Así:

ARTICULO 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.

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

ARTICULO 184. La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano. (subrayas fuera de texto).

En lo que se refiere a los Diputados cabe señalar que el artículo 299 de la Constitución establece de manera explícita lo siguiente en materia de régimen de inhabilidades e incompatibilidades:

ARTICULO 299. En cada Departamento habrá una Corporación administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrán la calidad de servidores públicos<sup>127</sup>.

Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección.

Los miembros de la Asamblea Departamental tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fija la Ley. (subrayas fuera de texto).

En relación con dicho régimen de inhabilidades e incompatibilidades la ley 617 de 2000 en los artículos 33 y 34 señaló:

ARTICULO 33. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban

realizarse en el mismo departamento en la misma fecha. (subrayas fuera de texto).

ARTICULO 34. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS DIPUTADOS. Los diputados no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo como empleado oficial; ni vincularse como contratista con el respectivo departamento.

2. Intervenir en la gestión de negocios o ser apoderado ante entidades del respectivo departamento o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones de que trata el artículo siguiente.

3. Ser miembro de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con quienes administren, manejen, o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo departamento, o sean contratistas del mismo, o reciban donaciones de éste.

5. Ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento.

PARAGRAFO. El funcionario público departamental que nombre a un diputado para un empleo

o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

Cabe advertir que en relación con dicho régimen el artículo 86 de la Ley 617 de 2000 hizo la siguiente precisión:

ARTICULO 86. REGIMEN DE TRANSICION PARA EL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los cuales se refiere la presente ley, regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001.

Señaló al respecto esa Corporación:

“En este punto, la Sala tendrá en cuenta la interpretación que se hizo a propósito de la definición del recurso extraordinario de súplica, de la sentencia que infirmó y ahora se reemplaza.

Partió del contenido del siguiente artículo:

“Artículo 299 de la Constitución de 1991. ( )

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. (..)”.

Ese precepto constitucional indica literalmente:

. Que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley y

. Que ese régimen no será menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda.

De ese contenido se advierten desde el punto de vista material, el alcance y la trascendencia jurídica de la norma:

a. Existe actualmente, por reenvío de la Constitución, un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, cual es como mínimo el previsto para los congresistas

(de carácter constitucional o legal) en lo que corresponda, pues la Constitución no hizo diferencias. (...)

Además es de notoria relevancia que la Carta Política establece para diputados, lo que tiene que ver con su régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuando dispone que será determinado en la ley “sin perjuicio de lo establecido en la Constitución”, como pasa a verse:

“Artículo 293. Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. ( )”.

Tal disposición está ligada, por su materia, con el contenido del artículo 299 constitucional, antes transcrito, del cual se recaba parte de su contenido: “El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda”.

(...)

b.3. De no existir, hipotéticamente, un régimen legal anterior o posterior a la Constitución que no la contraríe existe un mínimo de régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, por la remisión expresa que hace la Carta Política, en el artículo 299, al de los congresistas.

b.4. Deben hacerse dos precisiones de carácter constitucional, con respecto al legislador en materia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades:

Que la Carta Política:

1. atribuyó competencia para fijar, si lo quiere, un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, más riguroso que el establecido para los congresistas, en lo que corresponda y le

1. prohibió al legislador, expresamente, disminuir el mínimo de rigor del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, con relación al de los congresistas.

b.5. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades es taxativo y está previsto en la Constitución y en la ley.

De lo visto sigue, como consecuencia necesaria, que en la actualidad (129) el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los congresistas es aplicable, en lo que corresponda, a los diputados.”

Ahora bien, respecto del régimen de pérdida de investidura de los diputados la Constitución no estableció una regulación específica. Sin embargo en armonía con las anteriores citas jurisprudenciales y consideraciones es claro que resultan aplicables los mandatos generales sobre pérdida de investidura señalados en los artículos 110,130 y 291131 de la Constitución.

El legislador en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 señaló las causales de pérdida de investidura y el procedimiento aplicable en el caso de los Diputados. Dicho artículo, es del siguiente tenor:

**ARTICULO 48. PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES.** Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.

2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarios o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

PARAGRAFO 1o. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

PARAGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días. (subrayas fuera de texto).

Cabe precisar que aún antes de la expedición de la Ley 617 de 2000, -la cual como se ha expresado estableció en el artículo 48 las causales específicas de pérdida de investidura para los diputados-, resultaban aplicables los mandatos generales sobre pérdida de investidura señalados en los artículos 110 y 291 de la Constitución. Adicionalmente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado -y es precisamente el aspecto que ataca el actor- que en el caso de los diputados resulta aplicable la causal prevista para los Congresistas de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalada y ello

por cuanto la interpretación armónica del segundo inciso del artículo 299 de la Constitución con los artículos 179-2 183-1 superiores debe llevar a esa conclusión.

Así lo señaló la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en las Sentencias del 24 de abril de 2003<sup>132</sup> y de 21 de julio de 2004 -sentencia esta última que es la que acusa el actor en el proceso de tutela- y lo reiteró en la Sentencia del 7 de abril de 2005<sup>133</sup> como se señaló en los apartes preliminares de esta sentencia.

4.2.2 A partir de las disposiciones constitucionales y legales atrás transcritas, de la jurisprudencia reseñada y frente al texto de la sentencia respecto de la cual se invoca por el actor la configuración de una vía de hecho, es claro para la Sala que asiste razón al juez de instancia en tutela -en este caso la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado- en cuanto a que la sentencia que se ataca se sustentó en una interpretación razonable entre otras posibles de las normas constitucionales y legales en materia de inhabilidades de los diputados que se enmarca dentro de la autonomía funcional del juez.

Así para la Sala de decisión la interpretación hecha por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado -respecto de la cual el actor alega i) una aplicación retroactiva de la Ley 617 de 2000, ii) una aplicación extensiva de la Constitución contraria al principio de legalidad, iii) un desconocimiento del principio de justicia rogada y iv) la aplicación de un criterio jurisprudencial establecido con posterioridad a la inscripción del actor como candidato-, se fundamentó en un entendimiento de las disposiciones constitucionales y legales sobre el régimen de inhabilidades aplicable a los diputados -acogido en diversas decisiones adoptadas por el Consejo de Estado una de ellas en Sala Plena<sup>134</sup>- respecto de la cual no puede entenderse configurado un defecto sustantivo de aquellos a los que ha hecho referencia la jurisprudencia constitucional para concluir en la existencia de una vía de hecho.

4.2.2.1. Para la Sala en efecto asiste razón a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en cuanto a que para la fecha en que se produjo la elección del accionante como diputado ya se encontraba vigente la ley 617 de 2000 por lo que en materia de pérdida de investidura la misma ley resultaba aplicable para su caso en concordancia con las normas constitucionales que sobre la misma materia resultan

aplicables<sup>135</sup>.

En ese orden de ideas contrario a lo que afirma el demandante en el presente caso no se está en presencia de una aplicación retroactiva de la Ley 617 de 2000. Claramente las normas sobre pérdida de investidura de dicha ley comenzaron a regir antes de la elección como diputado del accionante. Y aun antes resultaban aplicables las normas constitucionales en la materia.

En relación con los artículos 33 y 34 de la Ley 617 de 2000 -que establecen las causales de inhabilidad e incompatibilidad de los diputados- y la previsión sobre su vigencia solo a partir de las elecciones del año 2001 según el texto del artículo 86 de la misma Ley, es claro para la Sala que dichas normas no pueden ser tomadas en cuenta en el presente caso para concluir en una posible aplicación retroactiva de la ley, pues los artículos aludidos no fueron las normas tomadas en cuenta por la Sección Primera del Consejo de Estado en la sentencia atacada<sup>136</sup>. En efecto, las normas que entendió aplicar dicha Sección Primera fueron el artículo 299 superior en concordancia con los artículos 179-2 y 183-1 de la Constitución que, como lo explicó la Sección Primera en la sentencia atacada, eran en su criterio las normas aplicables en materia de régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados para el momento de la elección del accionante y no el artículo 33-3 de la Ley 617 de 2000 que para ese momento no se encontraba vigente.

4.2.2.2. Si bien, es claro que por vía jurisprudencial no pueden extenderse a los diputados las causales señaladas para los congresistas en materia de pérdida de investidura, sin que exista una norma constitucional o legal que así lo sustente -como en el caso particular de la pérdida de investidura de los diputados ha puesto de presente la propia sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia antes y después del fallo a que alude el demandante<sup>137</sup>-, la Corte encuentra que el Consejo de Estado, sin desbordar la órbita de su autonomía funcional, tenía fundamento para afirmar que en el presente caso esa norma sí existía a partir de la aplicación del artículo 299 superior examinado en concordancia con los artículos 179-2 y 183-1 de la Constitución.

Dicha conclusión, que parte del mandato expreso del Constituyente establecido en el artículo 299 según el cual “el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley” y “no podrá ser menos estricto que el señalado para los Congresistas en lo

que corresponda” y que se explica en cuanto que en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a que allí se alude es pertinente considerar incluidos los efectos previstos por el Constituyente en materia de pérdida de investidura por haberse incurrido en las inhabilidades e incompatibilidades en ella señaladas para los Congresistas no puede considerarse una interpretación irrazonable o completamente desligada del texto constitucional.

Así, si la consecuencia prevista en la Constitución para los congresistas por violar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es la pérdida de investidura, no resulta irrazonable que el Consejo de Estado haya considerado que la misma consecuencia cabe predicarla en el caso de los diputados en cuanto en materia de inhabilidades e incompatibilidades el régimen que les es aplicable “no podrá ser menos estricto que el señalado para los Congresistas”.

En ese orden de ideas mal puede afirmarse que con la interpretación realizada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado se haya contrariado el principio de legalidad garantizado por el artículo 29 superior y que se predica del conjunto del derecho sancionatorio como ampliamente se ha explicado en esta sentencia<sup>138</sup>.

Para la Sala entonces la asimilación del régimen de diputados y congresistas en lo que se refiere específica y exclusivamente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades a que se ha hecho alusión no implica la configuración de un defecto de aquellos que la jurisprudencia constitucional ha identificado como configurativo de una vía de hecho y concretamente de un defecto sustantivo o material, por cuanto en el presente caso no puede afirmarse que la decisión se sustenta en una “disposición claramente inaplicable al caso concreto”, o “que no se desprenda en manera alguna de las disposiciones constitucionales y por el contrario las controvierta”<sup>139</sup>.

Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado ha establecido de manera clara la diferencia entre el caso del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a que alude el artículo 299 superior y las demás hipótesis que pueden dar lugar a la pérdida de investidura como lo precisó recientemente en la sentencia del 7 de abril de 2005 -invocada por lo demás por el actor en el proceso de tutela en escritos allegados en sede de revisión-, providencia que no

contradice sino que reitera lo dicho en la sentencia atacada por el actor en el proceso de tutela.

4.2.2.3 Ahora bien, para la Sala tampoco resulta de recibo la afirmación según la cual la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo por cuanto desconoció el principio de justicia rogada, pues el fundamento de la demanda de pérdida de investidura, independientemente de la norma que resultara aplicable -Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 (art. 33, numeral 3°), para el actor en el proceso de pérdida de investidura / el artículo 299 de la Constitución en concordancia con los artículos 179-2 y 183-1 superiores para el Consejo de Estado- era la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los diputados por haber ejercido “dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento”, que debía implicar para el demandante en ese proceso la pérdida de investidura solicitada y en este sentido la decisión aludió precisamente al asunto planteado en la demanda.

4.2.2.4 Tampoco puede afirmarse que la sentencia haya incurrido en una vía de hecho con base en que se estaría aplicando un criterio jurisprudencial -el actor alude a la Sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado del 8 de agosto de 2000 a que se ha hecho referencia<sup>140</sup>- que por ser en su criterio posterior a la inscripción del actor como candidato a la Asamblea del Tolima -8 de agosto de 2000<sup>141</sup>- no era posible tener en cuenta para el caso analizado. Y ello por que como se ha explicado de lo que se trata no es de un criterio jurisprudencial que establece una causal de pérdida de investidura sino que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aplicó el artículo 299 superior en concordancia con los artículos 179-2 y 183-1 de la Constitución y desde esta perspectiva lo que hizo el Consejo de Estado fue acudir a un expreso mandato constitucional en armonía con el principio de legalidad para la imposición de la sanción de pérdida de investidura al accionante. En efecto recuérdese que el artículo 299 señala que “el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley” y “no podrá ser menos estricto que el señalado para los Congresistas en lo que corresponda”.

Ahora bien, en cuanto i) existe -como lo puso de presente el Juez de instancia al resolver sobre la acción de tutela instaurada- por lo menos otra sentencia en similar sentido a la que

se controvierte por el demandante de la misma Sección que la profirió<sup>142</sup>, y ii) no puede entenderse, -como ya se explicó-, que sobre el régimen de inhabilidades de los diputados y sus consecuencias haya variado recientemente la Jurisprudencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado<sup>143</sup>, para la Sala es claro que no se está tampoco en presencia de una decisión aislada que haya establecido una interpretación ad hoc para un caso concreto con lo que se haya vulnerado el derecho a la igualdad en el acceso a la administración de justicia.

### Conclusión

Así las cosas ha de concluirse que no asiste razón al actor en cuanto a la configuración de un defecto fáctico y de un defecto sustantivo en la sentencia del 21 de julio de 2004, adicionada mediante providencia del 20 de agosto del mismo año, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En consecuencia dado que no puede afirmarse que en la referida providencia se incurrió en una vía de hecho tampoco puede afirmarse que con ella se haya vulnerado el derecho fundamental al debido proceso cuya protección solicitó el actor.

Es por ello que la Sala confirmará la sentencia de tutela proferida por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, del treinta y uno (31) de marzo del año dos mil cinco (2005), que decidió negar el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la defensa (art. 29 C.P.) y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

Cabe precisar finalmente frente al escrito recibido en esta Corporación el 15 de noviembre de 2005 donde el actor solicita se disponga una medida de protección provisional de sus derechos en espera de la decisión de esta Sala de Revisión, que la misma, dado el sentido y la fecha en que se adopta la presente providencia resulta improcedente.

### III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por la Sección Segunda, Subsección B - Sala de lo Contencioso Administrativo- del H. Consejo de Estado, mediante fallo del treinta y uno (31) de marzo del año dos mil cinco (2005), que decidió negar el amparo de los derechos constitucionales fundamentales invocados en la demanda.

Segundo.- Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.”

Dejo así expresado el salvamento de voto a la sentencia finalmente adoptada por la Sala de Revisión.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley 16 de 1972.

3 Vid. Corte Constitucional, sentencia T-008 de 1998.

4 Al respecto pueden consultarse las sentencias T-441, T-462, T-589 y T-949 de 2003.

5 M.P.: Eduardo Montealgre Lynett

6 Sentencia T-1031 de 2001, argumento jurídico número 6.

7 Al respecto, en la sentencia T-461 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, Sala Séptima de Revisión, en un caso en el que se estudió la tutela contra la pérdida de investidura del señor Jose Jattin Safar, la Corte estimó los siguiente: “(...) resulta claro que la tutela contra providencias judiciales no procede por incurrir el funcionario en vía de hecho (en el sentido administrativo del concepto), sino por violación de la Constitución. En sentencia T-441 de 2003 la Corte recogió y sistematizó estos argumentos fijando parámetros para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, que respondieran a claros criterios constitucionales. Así, se indicó que la tutela procede contra decisiones judiciales

cuando se presenta violación directa o indirecta de la Constitución. Es decir, frente a providencias judiciales inconstitucionales.(...)”.

8 Sobre el papel actual que juega el juez en un Estado Social de Derecho véanse las sentencias C-037 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-366 de 2000 y SU-846 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

9 Véanse entre otras, sentencias T-441 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; T-200 y T-684 de 2004 y T-658 y T-939 de 2005 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

10 Sobre defecto sustantivo pueden consultarse las sentencias T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02, entre otras.

11 Sobre defecto fáctico, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-260/99, T-488/99, T-814/99, T-408/02, T-550/02, T-054/03

12 Al respecto, las sentencias SU-014/01, T-407/01, T-759/01, T-1180/01, T-349/02, T-852/02, T-705/02

13 Sobre defecto sustantivo, pueden consultarse las sentencias: T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02

14 En la sentencia T - 123 de 1995, esta Corporación señaló: “Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución”. Sobre este tema, también la sentencia T - 949 de 2003.

15 Sentencias T - 522 de 2001 y T - 462 de 2003.

16 Ley 144 de 1994 (Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas) “artículo 17.- Son susceptibles del recurso extraordinario especial de revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria, las sentencias

mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un parlamentario, por las causales establecidas en el artículo 188 del C.C.A. y por las siguientes: a.- Falta del debido proceso; b.- Violación del derecho de defensa”. Recientemente en la sentencia C-207 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Salvamento parcial de voto de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández) la Corte resolvió declarar exequible esta norma “(...) en el entendido que el recurso extraordinario de revisión allí previsto también procede para todas las sentencias ejecutoriadas antes de la vigencia de la Ley 446 de 1998, incluidas las proferidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 144 de 1994, y que el término de caducidad de cinco años, para éstos casos, se cuenta a partir del 8 de julio de 1998, fecha de publicación de esta última ley.”

17 Código Contencioso Administrativo, artículo 188.- (Modificado por la Ley 446 de 1998, art. 57) Causales de revisión. Son causales de revisión: 1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. 2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 3. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mayor derecho para reclamar. 4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. 6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. 7. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

18 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

19 M.P.: Jaime Araujo Rentería. Acción de tutela contra la decisión de pérdida de investidura del señor Edgar José Perea Arias.

20 M.P.:Rodrigo Escobar Gil. Con salvamento de voto M. Clara Inés Vargas Hernández

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, "Garantías judiciales en estados de emergencia", párrs. 27-28. En la última de las disposiciones citadas se definen los principios de legalidad y retroactividad como presupuestos esenciales del poder punitivo del Estado.

22 El numeral 1 del artículo 15 dice: "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

23 Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

24 Ver la Sentencia C-1080/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

25 Cfr. sentencia T-1087 de 2005, citada.

26 Ver entre otras sentencias la C-710 de 2001 y la C-099 de 2003.

27 Ver la Sentencia C-597 de 1996.

28 Ver la Sentencia C-921 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

29 Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

30 Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, MP. Alvaro Tafur Galvis.

31 Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

32 Ver Sentencia C-710/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Al respecto, no sobra recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15-1, como la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 8 y 9, se refieren en forma particular y explícita al respeto del principio de legalidad.

33 Sala Séptima de Revisión, sentencia T-1086 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

35 Ver entre otras las sentencias C-708/99, C-233/02 y C-1080/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

36 Ver la Sentencia C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis. Así mismo ver la Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

37 Ver al respecto la sentencia C-233/02 M.P. ÁlvaroTafur Galvis.

38 Ver Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

39 M.P.: Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia se declararon exequibles algunas facultades sancionatorias de la administración dispuestas en algunas normas tributarias (Ley 6 de 1992).

40 Sala Tercera de Revisión, sentencia T-145 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

41 Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

42 Dice la disposición en cuestión: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

43 Creado conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículos 28 y siguientes.

44 Observación formulada con respecto a: “El derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas”, párrs. 1 y 25.

45 M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

46 M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

47 Al respecto, en la sentencia T-544 de 2004 se indicó: “Estas son las causales de pérdida de investidura aplicables a los miembros del Congreso de la República, consagradas taxativamente en los artículos 183 y 110 de la Constitución; frente a estos servidores públicos, la Corte ha manifestado que el legislador no dispone de competencia para ampliar o restringir las causales establecidas en la Carta Política (...)”.

48 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

49 Sala Cuarta de Revisión, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

50 El Acto Legislativo 01 de 1979 disponía lo siguiente: “Artículo 13. Son causales de pérdida de la investidura de congresista: 1ª. La infracción al régimen de incompatibilidades y al de conflictos de interés previstos en la Constitución. 2ª. Faltar en un período legislativo anual, sin causa justificada, a ocho de las sesiones plenarias en que se voten proyectos de actos legislativos o de ley. Corresponde al Consejo de Estado declarar la pérdida de investidura”.

51 Ver, Corte Constitucional. Sentencias C-319/94 M.P. Hernando Herrera Vergara y C-247/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta última, la Corte señaló que el ordenamiento consagra reglas precisas, exigibles a los individuos que conforman las cámaras legislativas, en garantía de su dedicación, probidad, imparcialidad, moralidad y cumplimiento, los cuales son elementos que se preservan por la necesidad de salvaguardar la institución de la pérdida de la investidura y de realizar los postulados de la Carta Política.

52 Corte Constitucional. Sentencias C-319/94 M.P. Hernando Herrera Vergara.

53 Corte Constitucional. Sentencias C-247/95 M.P. José Gregorio Hernández; C-280/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-162/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

54 Ver, Corte Constitucional. Sentencias C-319/94 M.P. Hernando Herrera Vergara y C-247/95 M.P. José Gregorio Hernández.

55 Ver, Corte Constitucional. Sentencias C-507/94 M.P. Jorge Arango Mejía y T-162/98 M.P.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

56 Ver, Corte Constitucional. Sentencias C-319/94 M.P. Hernando Herrera Vergara; C-247/95 M.P. José Gregorio Hernández; C-280/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En la última sentencia reseñada, la Corte declaró inexecutable el inciso segundo del numeral 2 del artículo 66 del anterior Código Disciplinario Único -Ley 200/95, por medio del cual el legislador otorgaba competencia al Procurador General de la Nación para adelantar investigaciones que culminaran con la sanción de pérdida de la investidura, de competencia del Consejo de Estado. Para la Corte, ese inciso violaba la Carta, pues, “en relación con los congresistas, la pérdida de investidura es un proceso jurisdiccional disciplinario autónomo de competencia exclusiva del Consejo de Estado, por lo cual no es supeditable a ningún tipo de pronunciamiento, tal y como la Corte lo ha señalado -Sent. C-037/96. La investigación no puede entonces ser atribuida al Procurador, pues se estaría afectando la competencia investigativa y decisoria autónoma del supremo tribunal de lo contencioso administrativo. En estos casos, la labor del Procurador es la de emitir los correspondientes conceptos (CP art. 278 ord. 2º), pues en relación con la pérdida de investidura, los congresistas gozan de fuero especial”.

57 M.P. Rodrigo Escobar Gil, citada.

58 Sentencia C-247 de 1995

59 Sala Primera de Revisión, sentencia T-1232 de 2003, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

60 Véase: sentencia C-473 de 1997 en la que se examinaron algunas causales de pérdida de investidura de Concejales (artículo 55 -parcial- de la Ley 136 de 1994).

61 Ley 200 de 1995 Artículo 25 “Se consideran faltas gravísimas:

1. Derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones,
2. Obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional.
3. Obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias

de los empleados de su dependencia o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

4. El servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial.

a. La conducta que con intención de destruir total o parcialmente a un grupo étnico, social o religioso:

1) Realice matanza o lesión a la integridad física de los miembros del grupo.

2) Ejerza sometiendo del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.

b. La conducta del servidor público o del particular que ejerza función pública que prive a una persona de su libertad, ordenando, ejecutando o admitiendo, a pesar de su poder decisorio, acciones que tengan por resultado o tiendan a su desaparición.

6. La utilización del empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista.

7. Poner los bienes del Estado de cualquier índole que sean, humanos, financieros o el mismo tiempo de la jornada de trabajo al servicio de la actividad, causas, campañas de los partidos y movimientos políticos.

8. El abandono injustificado del cargo o del servicio.

9. La publicación o utilización indebida de secretos oficiales, así declarados por la ley.

10. Actuar a sabiendas de estar incurso en causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses, establecidos en la Constitución o en la ley”.

62 Sentencia C-280 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero

63 Sobre el asunto, en la sentencia C-473 de 1997 (M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz) se consideró: “(...) la Carta autoriza al legislador para determinar, entre otras cosas, las causas de destitución de los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales.

La destitución es la máxima sanción existente en el orden disciplinario y, como ya lo ha precisado la Corte, la pérdida de investidura es también un reproche disciplinario que se equipara a la destitución. Los ciudadanos que son elegidos popularmente para las corporaciones públicas no están sujetos al régimen jerárquico administrativo que cobija a la generalidad de los servidores públicos. Estos ciudadanos no son nombrados en una posición sino elegidos. De allí que no tengan superiores jerárquicos, que puedan ejercer atribuciones disciplinarias sobre ellos. Por esta razón, a estos servidores se les aplica un régimen especial para la separación del cargo, que es el de la pérdida de investidura. Así las cosas, la única conclusión posible es que cuando el artículo 293 consagra la posibilidad de que el legislador determine las causas de destitución de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, incluye la determinación de las causales de pérdida de investidura de estos funcionarios”.

64 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Constitucionalidad del artículo 41 numeral 5 de la Ley 617 de 2000.

65 Sentencia C-671 de 2004, M.P: Jaime Córdoba Triviño, constitucionalidad del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000.

66 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

67 Sentencia C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

68 Sentencia 483 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández.

69 Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

70 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

71 Vid. artículo 70, Ley 136 de 1994 y artículo 40, Ley 734 de 2002. Al respecto, téngase en cuenta que la Ley 617 de 2000, artículo 48, numeral 1, define en qué eventos se entiende que NO existe conflicto de intereses, así: “No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general”.

72 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero

Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo diecisiete (17) de mayo de dos mil dos (2002) radicación número: 50001-23-31-000-2001-0331-01(7806). En similar sentido se ha pronunciado la misma Sección primera en reiteradas providencias, entre ellas, en sentencias de 7 de marzo de 2002 (Expediente núm. 7716, Consejero ponente Manuel S. Urueta Ayola); de 14 de marzo de 2002 (Expediente núm. 7715, Consejero ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); y de 25 de abril de 2002, (Expediente núm. 7414, Consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero).

73 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Veintinueve (29) de noviembre de dos mil uno (2001), Radicación número: 50001-23-31-000-2000-0443-02(6826). En el mismo sentido se fallaron los expedientes núm. 6825, 6828 y 6851 de 29 de noviembre de 2001, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo así como el expediente 6880 en providencia del 21 de septiembre de 2001 Consejero Ponente Olga Inés Navarrete Barrero.

74 Sentencia de 8 de agosto de 2000, expediente S-140, consejera ponente doctora Maria Elena Giraldo Gómez

75 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Siete (7 ) de abril del dos mil cinco (2005), Radicación núm.: 70001 2331 000 2004 00311 01.

77 Sobre el tema ver sentencia de 15 de mayo de 2003. Sección Primera. Exp.8707. Actor Luis José Lobo soto y sentencia 13 de septiembre Exp. 6389. Actor Héctor Felipe Gutierrez.

78 Ver entre muchas otras las sentencia T-336 de 2004 M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernández, SU-189 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil .

79 A saber la sentencia de Sala Plena de 8 de agosto de 2000 Expediente S-140 C.P. Maria Elena Giraldo Gomez.

80 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil cuatro, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. REF: Expediente núm. 730012331000200302269.01 Recurso de apelación contra la sentencia de 20 de febrero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Dicha sentencia fue adicionada mediante providencia del 20 de Agosto del 2004 en la que se decidió “ADICIÓNASE la sentencia de 21 de julio de 2004 en el sentido de disponer la denegatoria de la pretensión segunda de la demanda” -a saber, imponerle al demandado la inhabilidad correspondiente para postularse y ser electo en cargos de elección popular y oficiar a las autoridades correspondientes para que tomen cuenta de la sentencia-

81 Al respecto recordemos los argumentos planteados por la propia Sección Primera del Consejo de Estado en la sentencia atrás transcrita del 07 de abril de 2005 (Supra 3.2.4.) en la que se afirmó que el reenvío previsto en el artículo 299 de la Constitución “de ninguna manera significa que ... se extienda a la pérdida de investidura de los congresistas con el fin de serle aplicado a los diputados”

82 El texto de la Ley 617 de 2000 fue publicado en la Edición No. 44.188 del Diario Oficial del lunes 9 de octubre de 2000

83 Alude a la Sentencia de Sala Plena del 11 de diciembre de 2001 C.P. María Elena Giraldo Gómez, Rad. S-140 que determinó que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas es aplicable en lo que corresponda a los diputados. Y la sentencia de la Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo del 24 de abril de 2003 C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Rad. N.8705 que decretó la pérdida de investidura de un diputado “por violación del régimen de inhabilidades establecido en el artículo 43 de la Ley 617 de 2000 (sic debe referirse al artículo 40) en armonía con los artículos 183 y 299 de la Constitución”.

84 Sentencia T-106 /93 M.P. Antonio Barrera Carbonell

85 Ley 144 de 1994 (Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas) “artículo 17.- Son susceptibles del recurso extraordinario especial de revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria, las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un parlamentario, por las causales establecidas en el artículo 188 del C.C.A. y por las siguientes: a.- Falta del debido proceso; b.- Violación del derecho de defensa”. Recientemente en la sentencia C-207 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Salvamento parcial de voto de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández) la Corte resolvió declarar exequible esta norma “(...) en el entendido que el recurso extraordinario de revisión allí previsto también procede para todas las sentencias

ejecutoriadas antes de la vigencia de la Ley 446 de 1998, incluidas las proferidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 144 de 1994, y que el término de caducidad de cinco años, para éstos casos, se cuenta a partir del 8 de julio de 1998, fecha de publicación de esta última ley.”

86 Código Contencioso Administrativo, artículo 188.- (Modificado por la Ley 446 de 1998, art. 57) Causales de revisión. Son causales de revisión: 1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. 2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 3. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mayor derecho para reclamar. 4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. 6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. 7. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

87 Ha dicho a Corte que en estos casos la tutela procede (i) cuando se alegue una vía de hecho que específicamente tenga origen en el fallo que resuelve el recurso extraordinario especial de revisión, o en el proceso de revisión en sí mismo considerado; (ii) cuando se alegue una vía de hecho que ocurrió durante el proceso de pérdida de investidura, que fue invocada en el recurso extraordinario especial de revisión, pero cuyo análisis por parte del Consejo de Estado acerca de la violación del derecho fundamental contradice la Constitución o la jurisprudencia constitucional aplicable; y (iii) cuando se trate de una vía de hecho que ocurrió en el proceso de pérdida de investidura pero que, o bien no podía ser alegada mediante un recurso en contra de la sentencia de pérdida de investidura, o bien fue alegada pero el Consejo de Estado la dejó de lado por completo y no la analizó o lo hizo desconociendo el derecho claramente aplicable. Ver Sentencia SU-1159/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

88 Sobre el tema ver sentencia de 15 de mayo de 2003. Sección Primera. Exp.8707. Actor Luis José Lobo soto y sentencia 13 de septiembre Exp. 6389. Actor Héctor Felipe Gutierrez.

89 Ver, entre otras, la sentencia C-739 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

90 Ver entre muchas otras las sentencia T-336 de 2004 M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernández, SU-189 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y SU-901/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño

91 Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes Sentencias: T-327 de 1994, SU-014 de 2001, T-1001 de 2001, T-852 de 2002, T- 088, T-639 y T-996 de 2003, T-336 de 2004 y T-701 de 2004. Así como la sentencia SU-120 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis..

92 Tiene establecido la Corte que el defecto orgánico se configura en los eventos en que la decisión cuestionada ha sido proferida por un operador jurídico que carecía de competencia para ello, esto es, cuando el funcionario es claramente incompetente para dictar la providencia.

93 En cuanto al defecto sustantivo o material, éste se presenta cuando la decisión judicial se sustenta en una disposición claramente inaplicable al caso concreto, situación que tiene lugar en los siguientes casos: 1) tratándose de la aplicación de una norma inexistente, 2) que haya sido derogada o declarada inexecutable, 3) que estando vigente su aplicación resulta inconstitucional frente al caso concreto, o 4) que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial. Dentro del defecto sustantivo pueden enmarcarse también aquellas providencias que desconocen el precedente judicial, en especial el que es fijado por la Corte Constitucional respecto de la materia debatida o con efectos erga omnes.

94 El defecto fáctico se entiende estructurado siempre que existan fallas estructurales en la decisión que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. En ese orden, tales deficiencias pueden generarse como consecuencia de una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido -insuficiencia probatoria-, o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso -interpretación errónea- o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto -ineptitud e

ilegalidad de la prueba-

95 Sobre los defectos procedimentales, ha dicho este Tribunal que los mismos tienen ocurrencia cuando la autoridad judicial se aparta abiertamente y sin justificación válida de la normatividad procesal aplicable al caso concreto. En estos casos, para que exista un desconocimiento del procedimiento previsto en la ley, la jurisprudencia ha señalado que éste debe cumplir dos requisitos: 1) que obedezca a un error manifiesto que contraríe el debido proceso y se proyecte sobre la decisión final y 2) que en ningún caso el mismo resulte atribuible al afectado.

96 En relación con el defecto o vía de hecho por consecuencia, ha dicho la Corte que ésta tiene lugar en los casos en los que la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones jurídicas realizadas por una autoridad diferente a quien la dicta, y cuyo manejo irregular afecta de manera grave e injusta derechos o garantías fundamentales. En estos eventos, sucede que, aun cuando la decisión es adoptada con pleno acatamiento de la ley aplicable, se genera una vía de hecho como consecuencia de la negligencia de otros funcionarios públicos, que obligadas a colaborar con la administración de justicia, actúan en forma negligente induciendo en error al funcionario judicial competente y afectando en forma grave los derechos y garantías constitucionales de quienes intervienen en la actuación judicial. En la Sentencia T-705 de 2002, la Corte precisó que la vía de hecho por consecuencia se configura siempre y cuando la decisión judicial “se base en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y (ii) que tenga como consecuencia un perjuicio iusfundamental”.

97 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

98 Ver entre otras las sentencias C-708/99, C-233/02 y C-1080/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

99 Ver la Sentencia C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis. Así mismo ver la Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

100 Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Ed.

Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Tomo II. Segunda Edición. 2000.

101 Ver Ramón Parada Vásquez. Derecho Administrativo. Tomo I Marcial Pons. Madrid 1996.  
Luis Morell Ocaña. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II “La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional”. Arandazi. Madrid. 1996.

102 Sentencia C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

103 Ver al respecto la sentencia C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

104 Ver Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

105 Ver Sentencia C-710/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

106 “Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” (subrayas fuera de texto)

107 “Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello” .(subrayas fuera de texto).

108 Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

109 Ver la Sentencia C-1080/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

110 Ver entre otras sentencias la C-710 de 2001 y la C-099 de 2003.

111 Ver la Sentencia C-597 de 1996.

112 Ver la Sentencia C-921 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

113 Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

114 Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, MP. Alvaro Tafur Galvis.

115 Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

116 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

117 Sentencia C-948-2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis

118 Ibid.

119 Sentencia C-247 de 1995

120 Sentencia C-207/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil

121 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo diecisiete (17) de mayo de dos mil dos (2002) radicación número: 50001-23-31-000-2001-0331-01(7806). En similar sentido se ha pronunciado la misma Sección primera en reiteradas providencias, entre ellas, en sentencias de 7 de marzo de 2002 (Expediente núm. 7716, Consejero ponente Manuel S. Urueta Ayola); de 14 de marzo de 2002 (Expediente núm. 7715, Consejero ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); y de 25 de abril de 2002, (Expediente núm. 7414, Consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero).

122 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero ponente Ggabriel Eduardo Mendoza Martelo veintinueve (29) de noviembre de dos mil uno (2001) Radicación número: 50001-23-31-000-2000-0443-02(6826). En el mismo sentido se fallaron los expedientes núm. 6825, 6828 y 6851 de 29 de noviembre de 2001, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo así como el expediente 6880 en providencia del 21 de septiembre de 2001 Consejero Ponente Olga Inés Navarrete Barrero.

123 Sentencia de 8 de agosto de 2000, expediente S-140, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez.

124 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente: Doctor Rafael.

Ostau de Lafont Pianeta Siete ( 7 ) de abril del dos mil cinco (2005) Radicación núm.: 70001  
2331 000 2004 00311 01

125 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA  
Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil cuatro CONSEJERO PONENTE: DOCTOR  
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. REF: Expediente núm.  
730012331000200302269.01 Recurso de apelación contra la sentencia de 20 de febrero de  
2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. Dicha sentencia fue adicionada  
mediante providencia del 20 de Agosto del 2004 en la que se decidió "ADICIÓNASE la  
sentencia de 21 de julio de 2004 en el sentido de disponer la denegatoria de la pretensión  
segunda de la demanda" -a saber, imponerle al demandado la inhabilidad correspondiente  
para postularse y ser electo en cargos de elección popular y oficiar a las autoridades  
correspondientes para que tomen cuenta de la sentencia-

126 A saber la sentencia de Sala Plena de 8 de agosto de 2000 Expediente S-140 C.P. Maria  
Elena Giraldo Gómez.

127 El Inciso 2o. Fue modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 2 de 2002. El texto  
modificado era el siguiente "El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los  
diputados será fijado por la Ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los  
congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de tres (3) años, y  
tendrán la calidad de servidores públicos.

128 C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

129 Para el momento en el cual se decidió el recurso extraordinario de súplica (ley 446 de  
1998).

130 ARTICULO 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.

131 ARTICULO 291. Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales  
no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su

investidura.

Los contralores y personeros sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en las respectivas entidades territoriales, cuando sean expresamente invitados con fines específicos.

132 Expediente núm. 8705, Actor: Luis Carlos Rosero Ortiz, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

133 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero Ponente: Doctor RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA Siete ( 7 ) de abril del dos mil cinco (2005) Radicación núm.: 70001 2331 000 2004 00311 01 cuyos0 apartes esenciales fueros ya transcritos en esta sentencia.

134 Se alude a la Sentencia de Sala Plena del 8 de agosto de 2000 C.P. María Elena Giraldo Gómez, Rad. S-140 que determinó que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas es aplicable en lo que corresponda a los diputados. Y la sentencia de la Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo del 24 de abril de 2003 C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Rad. 8705 que decretó la pérdida de investidura de un diputado “por violación del régimen de inhabilidades establecido en el artículo 43 de la Ley 617 de 2000 en armonía con los artículos 183 y 299 de la Constitución”.

135 En ese sentido en la sentencia atacada se señaló que “la Ley 617 de 2000 empezó a regir a partir del 9 de octubre de dicho año y en ella se previó claramente cuál era el juez competente y el trámite a seguir para adelantar el proceso de pérdida de investidura de los Diputados, con lo cual se dio vía libre a la posibilidad de que tales funcionarios pudieran ser sujetos pasivos de dicha acción.”

136 En ese sentido esa Corporación señaló que “si bien es cierto que la Ley 617 de 2000 en sus artículos 33 y 34 trae en su orden una relación de conductas o supuestos constitutivos de inhabilidades e incompatibilidades y que ésta sólo se aplica, por disponerlo así su artículo 86, a quienes sean elegidos a partir del año 2001, no lo es menos que las causales de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas sí cuentan para las elecciones realizadas el 29 de octubre de 2000 en relación con el período constitucional 2001-2003, conforme a las precisiones de la precitada sentencia de la Sala Plena (Sentencia

de 8 de agosto de 2000, expediente S-140, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez,)

Es decir, que los elegidos en esta última fecha que hubieran estado claramente inhabilitados o incurrieran en una incompatibilidad manifiesta no están exceptuados de la posibilidad de que se les prive de su investidura, pues se les aplica el régimen previsto en la Ley 617, solo que con base en las causales consagradas en la Constitución de 1991 para los Congresistas.

137 Ver entre otras la sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo diecisiete (17) de mayo de dos mil dos (2002) radicación número: 50001-23-31-000-2001-0331-01(7806). En similar sentido se ha pronunciado la misma Sección primera en reiteradas providencias, entre ellas, en sentencias de 7 de marzo de 2002 (Expediente núm. 7716, Consejero Ponente Manuel S. Urueta Ayola); de 14 de marzo de 2002 (Expediente núm. 7715, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); y de 25 de abril de 2002, (Expediente núm. 7414, Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero). Así mismo ver la sentencia del Siete (7 ) de abril del dos mil cinco (2005) Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente: doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta Radicación núm.: 70001 2331 000 2004 00311 01.

138 Ver entre otras las sentencias C-708/99, C-233/02 y C-1080/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

139 Ver entre otras la sentencia SU-120/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

140 Exp. S-140 C.P. María Elena Giraldo Gómez.

141 Obra en el expediente copia del registro de inscripción del demandante como candidato a diputado fechado del 8 de agosto de 2000. La elecciones fueron realizadas el 29 de Octubre de 2000 y se declaró la elección el 5 de noviembre del mismo año.

142 Al respecto se dijo en la Sentencia de la Sección Primera atacada lo siguiente “Es oportuno señalar que mediante sentencia de 24 de abril de 2003 (Expediente núm. 8705, Actor: Luis Carlos Rosero Ortiz, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo),

se decretó la pérdida de la investidura de un Diputado a la Asamblea del Huila, por violación del régimen de inhabilidades, consagrado en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, en armonía con los artículos 183 y 299 de la Constitución Política, y con fundamento en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 8 de agosto de 2000, en la que, se repite, se reiteró que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas se hacía extensivo a los Diputados”.

143 Ver al respecto las consideraciones hechas en esta providencia sobre la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta Bogotá, D. C., Siete (7 ) de abril del dos mil cinco (2005) Radicación núm.: 70001 2331 000 2004 00311 01.