

# EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS EN COLOMBIA

Humberto Antonio SIERRA PORTO

SUMARIO: I. *Concepto*. II. *Concepciones de investidura. Entidad constitucional del proceso*. III. *Antecedentes*. IV. *Importancia del proceso y trascendencia en la práctica del sistema judicial y político*.

## I. CONCEPTO

La pérdida de investidura es un procedimiento mediante el cual el Consejo de Estado decide sobre la solicitud que le hace cualquier ciudadano colombiano para que despoje de su mandato a uno o varios parlamentarios porque éste o éstos se encuentran dentro de los supuestos previstos en los artículos 110 o 183 de la Constitución.<sup>1</sup> La pérdida de investidura tiene como consecuencia negativa la de cesar el mandato (no simplemente el de separar del cargo, que es propio de trabajadores oficiales o empleados públicos) de congresista a aquellas personas que habiendo adquirido tal dignidad están en determinadas situaciones o han realizado determinadas conductas que según la Constitución o la ley no las hacen merecedoras para ejercer las funciones de representante del pueblo porque no existen elementos que permitan garantizar de que van a actuar para lograr el beneficio general, de manera independiente. El honor o

<sup>1</sup> Los hechos o situaciones que dan lugar a la declaratoria de pérdida de investidura son: infracción de las causales de *a*) inhabilidades, *b*) de incompatibilidades, *c*) conflicto de intereses, *d*) inasistencia a sesiones en las que se voten proyectos de ley y de reforma constitucional, *e*) no tomar posesión del cargo dentro de los términos constitucionales y legales, *f*) indebida destinación de dineros públicos, *g*) tráfico de influencias, y *h*) inducir u obligar a ciudadanos o a funcionarios públicos a que aporten dinero para los partidos o movimientos políticos.

dignidad que conlleva el mandato, así como el consecuente deshonor o indignidad que acarrea la pérdida de éste, son consecuencias o efectos de las decisiones del pueblo en el primer caso, y de los jueces en el segundo, pero no se pueden considerar como parte del concepto mismo. El honor y la dignidad no los confiere u otorga el derecho, en el mejor de los casos lo reconoce o declara, que es otra cosa. El honor y la dignidad son conceptos accesorios al de investidura.

## II. CONCEPCIONES DE INVESTIDURA. ENTIDAD CONSTITUCIONAL DEL PROCESO

Para saber qué es la pérdida de investidura en Colombia debemos tener certeza sobre el concepto mismo de investidura, no sólo porque en la negación de éste consiste la pérdida de investidura, sino porque según se asuma uno u otro significado del concepto de investidura se aplica un determinado régimen jurídico, y en consecuencia el proceso de pérdida de investidura tiene a su vez una específica configuración o alcance. La investidura, en el ordenamiento colombiano, es un concepto ambiguo y confuso, que ha sido comprendido de maneras diferentes:<sup>2</sup> bien como sinónimo de cargo público, bien como equivalente a dignidad u honor, y al mismo tiempo para referirse al mandato que se ha conferido a un congresista.

<sup>2</sup> Las acepciones que toma el concepto de investidura en el ordenamiento colombiano no es asimilable a la que se utiliza en los sistemas parlamentarios, en estos la investidura es el acto que pone fin al proceso de acuerdos entre diferentes partidos políticos y que da lugar a la formación de un gobierno. En estos sistemas las fuerzas políticas mayoritarias en el Parlamento, mediante la investidura, apoyan y expresan su acuerdo en la designación de un jefe de Gobierno. Se trata de un proceso específico que tiene por objeto la confianza de los partidos mayoritarios en las personas y los proyectos en que conformaran el gobierno del Estado. La relación entre investidura y confianza en los sistemas parlamentarios es destacada para el caso español por López Guerra, Luis, “Investidura del presidente del gobierno”, *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, t. III, p. 3753. Igualmente puede consultarse la misma voz elaborada por Garrarena Morales, Ángel, *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal 1984, pp. 463-473. Aunque éstos no son los únicos significados de “investidura” si son los más utilizados por el derecho constitucional contemporáneo. El significado de “investidura” en el derecho canónico se puede consultar en Garrone Tole, Alberto, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, 1986, p. 347; igualmente en el *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires, Heliasta, t. IV, 1989, p. 493. En este último se encuentra igualmente el significado del concepto en el derecho medieval.

En el ordenamiento jurídico colombiano la investidura se ha relacionado con estos tres significados: según la jurisprudencia colombiana la investidura, y en consecuencia, su pérdida, hace referencia específicamente al reconocimiento de que una determinada persona ostenta la condición de representante a la Cámara o de senador de la República, igualmente la investidura es sinónimo de dignidad u honor, éstos son correlativos al ejercicio del cargo de congresista.<sup>3</sup>

En este sentido la pérdida de investidura conlleva la cesación o pérdida del mandato de representante de la voluntad popular; y la consecuente indignidad en razón de que se trata de un proceso que tiene pretensiones ejemplarizantes para la sociedad. La sentencia condenatoria conlleva la *pérdida de la confianza* del Estado, del sistema político, en una determinada persona porque se considera que no existen condiciones objetivas que permitan que ésta en su condición de congresista actúe consultando la justicia y el bienestar general.

Cuando por “investidura” se ha entendido cargo público, el proceso de pérdida de investidura se ha asimilado sin mayores matices o precisiones a un proceso sancionatorio administrativo (o proceso disciplinario) en el que los operadores jurídicos deben actuar según los criterios o principios propios de las normas aplicables a los funcionarios públicos y trabajadores oficiales en el desarrollo de sus cargos (principalmente se hace mención por la jurisprudencia a la aplicación del Código único disciplinario). Con los problemas que se producen al identificar el cargo de congresistas con el de los demás servidores del Estado. En efecto,

<sup>3</sup> “La investidura” entendida bien como o el cargo o las funciones de congresista, o bien como dignidad u honor derivado de las funciones de representante del pueblo, son los significados que han sido aceptados en Colombia desde que se intentó implantar la figura de la pérdida de investidura en el acto legislativo número 1 de 1979. Este doble alcance de la investidura como derecho a un cargo o función y como dignidad, o presunción de autoridad y capacidad fue utilizado igualmente en los trabajos preparatorios de la Ley 144 de 1994 (que es la que establece el procedimiento que debe adelantar el Consejo de Estado), *Gaceta del Congreso*, año I, núm. 195, 3 de diciembre de 1992, p. 9.

La jurisprudencia constitucional relaciona y destaca el concepto de investidura con cargo público y con dignidad en las sentencias C-139 de 1994. La investidura como cargo es una de las principales consideraciones que condujeron a que se estableciera la competencia en cabeza del Consejo de Estado. Y la relación con la dignidad se hace cuando se expresa que con esta figura se dignificará la posición del congresista y se enaltecerán sus responsabilidades y funciones. Estas dos formas de entender “la investidura” se encuentra también en la sentencia C-037 de 1996.

es evidente que no es correcto utilizar, de manera indistinta, los parámetros empleados en el enjuiciamiento de las conductas de los funcionarios públicos, en el caso de los procesos de pérdida de investidura de los senadores y representantes a la Cámara, éstos últimos forman parte de una rama del poder diferente a la Ejecutiva, que ejercen sus funciones de manera libre, regidos por el respeto al principio de legalidad en sentido negativo que les permite actuar según su leal saber y entender; limitados (aunque sería más correcto decir orientados) únicamente por principios, fines y objetivos generales que normalmente están en la Constitución y que son normas jurídicas con una estructura interna general, abstracta, y en consecuencia ambiguas. Los empleados y trabajadores oficiales por el contrario cumplen sus funciones respetando estrictamente el principio de legalidad en un sentido positivo, esto es, que sólo pueden hacer aquello que expresamente les indique o autorice la Constitución, la ley o los actos administrativos expedidos por funcionarios de superior jerarquía. Los funcionarios públicos y los trabajadores oficiales no son libres frente al derecho, no pueden tomar decisiones que vayan en contra de éste, no crean derecho, ni tienen la libertad de actuar con miras a lograr objetivos o finalidades que no estén expresamente consagrados en la Constitución y en la ley, lo que si pueden y deben hacer los congresistas en sus funciones constitucionales es actuar, inclusive, para lograr objetivos que no están en la Constitución.

Cuando por “investidura” se entiende honor o dignidad propios de los representantes del pueblo, esta comprensión siempre conlleva argumentaciones que se orientan a justificar o explicar la necesidad de recurrir a ordenamientos o sistemas normativos ajenos al derecho, y normalmente a la moral, a lo correcto, a lo sensato, a lo “más adecuado”.<sup>4</sup> Las consideraciones de que la investidura es un honor que conlleva unas exigencias mayores que las que se hacen a los ciudadanos corrientes se

4 Llama poderosamente la atención este recurso a elementos extrajurídicos para explicar figuras novedosas o complejas: cuando no se comprende una determinada figura la primera reacción es la de acudir a la moral. Lo más irónico del caso es que este tipo de razonamientos contrarios a la seguridad jurídica sean denominados en el lenguaje de nuestros pasillos judiciales con el calificativo de “nuevo derecho”, cuando se trata argumentaciones que no son ni nuevas ni mucho menos jurídicas, esto es propias del derecho, por el contrario, son más bien propias de etapas prejurídicas. Es lo mismo que sucede cuando no se comprenden ciertos fenómenos científicos y se acude a lo sobrenatural, a la religión, solo que en el derecho se acude a lo suprajurídico, y al terreno del iusnaturalismo y a la moral, y por esta vía se va directamente a la arbitrariedad.

dirige a explicar que la aplicación de las causales y demás normas que regulan el proceso de pérdida de investidura abarcan consideraciones de carácter ético y como tal el derecho positivo debe ser complementado por normas que exceden lo estrictamente jurídico, esto es, propias de la moral o del iusnaturalismo. La comprensión de la investidura relacionada con la dignidad y el honor, si no es sometida a mayores elaboraciones, puede dar lugar, y de hecho se da, a que los operadores jurídicos encargados de intervenir en este tipo de procesos utilicen a la moral como fundamento de sus decisiones, como normas que les indican el alcance de sus competencias así como las limitaciones de las mismas (que difícilmente se pueden “delimitar” cuando es la moral la que se utiliza como norma de actuación). Este recurso a lo que es correcto, a lo que es ético tiene un gran inconveniente, éste consiste simplemente en que esta forma de acudir a la moral equivale a negar el derecho, a la garantía de seguridad que pretende. La moral cuando no esta expresada en normas jurídicas viene a significar o a tener el contenido que el juez determine, con lo que se desconoce de manera flagrante el principio de legalidad requisito *sine qua non* del Estado de derecho proclamado como principio fundamental de nuestro ordenamiento en el artículo 1o. de la Constitución Política de Colombia (CP).<sup>5</sup>

Esta forma de concebir la “investidura” como honor o dignidad propios del cargo, por otra parte (y de forma un tanto paradójica) es contraria al concepto mismo de dignidad de las personas, tal y como es formulado por la misma Constitución en el artículo 1o. de ésta, pues tal y como lo concibe la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional<sup>6</sup> es un mecanismo para instrumentalizar a las personas indivi-

<sup>5</sup> Sobre el alcance del principio de legalidad véase Santofimio, Jaime Orlando, *Acto administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994 y Sierra Porto, Humberto A., *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

<sup>6</sup> En este sentido, la Corte Constitucional se refiere a la razón de ser y a los cometidos de la pérdida de investidura de la siguiente manera: “El régimen constitucional aplicable a los congresistas es particularmente estricto en la Carta de 1991 puesto que el propósito primordial de su establecimiento consistió en el rescate del prestigio y la respetabilidad del Congreso...” señala que en concreto las normas legales sobre pérdida de investidura “consagran reglas precisas, exigibles a los individuos que conforman las cámaras legislativas, en garantía de su dedicación, probidad, imparcialidad, moralidad y cumplimiento, elementos que se preservan por la necesidad de salvaguardar la institución y de realizar los postulados de la Carta Política”, Sentencia C-247 de 1995.

dualmente consideradas, esto es, para hacer del proceso de pérdida de investidura un pretexto para ejemplos públicos, y crear escarnio público. La persona enjuiciada, en este caso el congresista, se convierte en un instrumento del Estado para lograr ciertos propósitos, lo que es contrario al propósito constitucional de dignificar a la persona lo que sólo se puede lograr aplicando una justicia exenta de consideraciones ajenas a los hechos y a la culpabilidad del sujeto individualmente considerados.<sup>7</sup> La forma en que se regula el proceso de pérdida de investidura en nuestro ordenamiento, esto es, la asimilación de “investidura” con dignidad y honor de los congresistas, contradice a este entendimiento de dignidad de la persona. No nos queda sino afirmar que la pérdida de investidura es una excepción a este alcance de la dignidad.

Las concepciones jurisprudenciales de investidura, tal como son asumidas por nuestra jurisprudencia son confusas y en consecuencia hacen igualmente confuso y complejo la comprensión del proceso de pérdida de investidura. La investidura debe ser estudiada desde una perspectiva más completa y consistente; lo que sólo se logra cuando se entiende que ésta es el ejercicio del mandato parlamentario. Con esta comprensión se integran los significados que hemos expuesto y a la figura se le otorga una dimensión constitucional cuando se le entiende como un desarrollo del principio democrático.

La investidura de congresista es principalmente la expresión del mandato que la ciudadanía confiere mediante su voto en un proceso electoral,<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Es obligación del Estado respetar la dignidad del individuo y esto se hace cuando en materia de derecho penal y derecho sancionatorio en general “se protege al inculpado por una acción punible de ser reducido a la condición de mero objeto de la pretensión estatal de castigo”, las pretensiones estatales de castigo, no deben ser el propósito ni un elemento a considerar por el juez de conocimiento, la dignidad de las personas se opone a su instrumentalización, lo que se da cuando el proceso pretende ser “ejemplarizante”, o un escarnio público. La dignidad se logra con la imparcialidad, y con la proscripción de penas “desproporcionadamente altas o crueles”. Este alcance de la dignidad de las personas, es expresado por Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 124-128 y evidentemente no corresponde exactamente a la configuración que de la pérdida de investidura hace la Constitución colombiana.

<sup>8</sup> La comprensión de la investidura como mandato, nos permite comprender de manera general que todas las formas en que se puede “perder el mandato” son igualmente formas de “pérdida de investidura”, sin embargo esto no significa que todas las situaciones que puedan dar lugar a la pérdida de mandato sean causales de pérdida de investidura o que se estudien conjuntamente como parte de ésta figura. En Colombia la pérdida de

dicho de otra forma es un derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 40. Este significado es quizá el más importante y es a partir de la comprensión de la investidura como mandato popular que se debe abordar el estudio de las competencias del Consejo de Estado<sup>9</sup> en el proceso de pérdida de investidura. En este orden de ideas estamos ante uno de los temas propios y característicos del derecho constitucional y de la ciencia política: la teoría democrática y de representación. Este hecho determina que si bien el Consejo de Estado es un órgano que se encarga esencialmente de decidir asuntos contencioso administrativos, para efectos del ejercicio de la pérdida de investidura, no debe limitarse a utilizar los principios y categorías propias de este subsistema jurídico, debe utilizar fundamentalmente las categorías propias del derecho constitucional. Es decir las peculiaridades del objeto de estudio determinan el método y los criterios hermenéuticos necesarios para la aplicación del derecho. Si por investidura se entiende mandato, al ser éste un derecho fundamental que le corresponde a los congresistas (derecho al sufragio pasivo), pero al que igualmente le corresponde su titularidad a los ciudadanos que votan por un determinado representante (derecho al sufragio activo) estaremos ante un proceso en donde se ponen en juego asuntos de carácter eminentemente constitucional que afectan la esencia misma del principio democrático.

investidura sólo es predicable de los congresistas y esta regulada principalmente por los artículos 183, 184 y 110 de la Constitución. Otros fenómenos de cesación del mandato, tales como las faltas temporales o absolutas de los congresistas, que podrían encuadrarse como supuestos de pérdida de investidura desde el punto de vista teórico, no reciben este calificativo. Este propósito de distinción conceptual es el que realiza la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-011 de 1994, cuando se distingue, en el caso de alcaldes y gobernadores, la figura de la revocatoria del mandato de la de pérdida de investidura. En esta sentencia se pronuncio la Corte sobre la constitucionalidad de la ley estatutaria que regula el *voto programático* y a propósito del artículo 2o. de ésta ley realizo la mencionada distinción: la revocatoria del mandato es un mecanismo de participación ciudadana y en ella se ejerce control social. En la pérdida de investidura estamos ante el ejercicio del derecho de accionar y se ejerce un control judicial, no político. La revocatoria del mandato no da lugar a pérdida de investidura.

<sup>9</sup> En el ordenamiento colombiano el Consejo de Estado es, y ha sido con anterioridad a la Constitución de 1991, el tribunal de última instancia en los asuntos contencioso administrativos, además posee una Sala de Consulta que resuelve los interrogantes jurídicos que le plantea el gobierno.

Como consecuencia de lo anterior el Consejo de Estado cuando conoce de los procesos de pérdida de investidura no actúa como simple autoridad de lo contencioso-administrativo, sino como autoridad jurisdiccional encargada de un proceso constitucional en el que el derecho administrativo es un importante instrumento, pero no el único y ni siquiera el más importante.<sup>10</sup> La investidura es ante todo el mandato que le entrega el pueblo a los congresistas, y como tal el juez debe decidir desde la perspectiva del derecho constitucional, pues lo que esta en juego es ante todo uno de los instrumentos basilares del sistema democrático. La pérdida de investidura es un asunto que está en la esencia de la teoría democrática de la Constitución donde se fundamenta nuestro ordenamiento jurídico.

### III. ANTECEDENTES

La sanción de pérdida de investidura de los congresistas prevista en la Constitución colombiana no tiene antecedentes en el derecho comparado.<sup>11</sup> La existencia de una competencia ajena al Poder Legislativo mis-

<sup>10</sup> Dentro de esta lógica de actuación es de difícil justificación la doctrina que ha sostenido la Corte Constitucional según la cual la competencia de la pérdida de investidura le corresponde dentro del Consejo de Estado, a la Sala Contencioso Administrativa, porque la Sala de Consulta está compuesta igualmente por magistrados, elegidos de la misma manera y cuya legitimidad se fundamenta en su conocimiento del derecho administrativo y su actuación, aunque consultiva, es jurídica. Si bien es cierto que los magistrados de la Sala de Consulta no son jueces de lo contencioso administrativo, también es cierto que el proceso de pérdida de investidura no es propiamente contencioso administrativo, se trata de un proceso de naturaleza constitucional que abarca el conocimiento de derecho constitucional, administrativo, penal, disciplinario, fiscal y electoral, y en consecuencia los consejeros de la Sala de Consulta y Servicio Civil bien podrían desempeñarse como jueces en éstos procesos.

La competencia excluyente de la Sala de lo Contencioso Administrativo fue decidida en la Sentencia C-247 de 1995, cuando se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 1o. de la Ley 144 de 1994 que asignaba la competencia al Pleno del Consejo de Estado.

<sup>11</sup> Existen figuras similares en las que la infracción de ciertas prohibiciones por parte de los parlamentarios puede dar lugar a la pérdida del “mandato popular” (Constitución boliviana artículo 54, a “cesar en el cargo”, Constitución chilena artículo 57, “pérdida de la representación”, Constitución nicaragüense artículo 135), pero en estos ordenamientos se trata o bien de decisiones propias de los órganos legislativos o se toman por la ciudadanía mediante la revocatoria del mandato. No se trata de un proceso judicial realizado por una rama del poder diferente como en el caso colombiano, *Base de datos políticos de las Américas* (1998), “Limitaciones a los parlamentarios y pérdida de la inves-



mo para enjuiciar y despojar de su mandato a los parlamentarios es extraña en la lógica del Estado constitucional y democrático, que por el contrario siempre ha tratado de establecer garantías, prerrogativas a los miembros del legislativo para que puedan actuar libres de presiones y de represalias por parte de otros poderes. En la elaboración de nuestra Constitución, como veremos inmediatamente, han sido otras las consideraciones que dieron lugar a la introducción de una figura que no casa muy bien con los propósitos del Estado constitucional y democrático de derecho.

Quizá la única figura en el derecho comparado que puede guardar cierta similitud con la pérdida de investidura es la de la declaración de inelegibilidad de diputados por el consejo constitucional francés, prevista en el artículo 128 del Código Electoral:<sup>12</sup> en el ordenamiento francés, los candidatos o cabeza de lista (que participen en procesos electorales, independientemente de que sean elegidos o no) deben presentar sus cuentas con una metodología y justificaciones especiales (mencionadas en la ley) ante la Comisión Nacional de Cuentas de Campañas y Financiamientos Políticos (artículo 52.12). En caso de que no las presenten o no sean aprobadas, esta comisión pone en conocimiento al Consejo Constitucional, que puede hacer la declaración de inelegibilidad, previa realización de un breve proceso,<sup>13</sup> con la consecuencia de que se despoja de su investidura y se inhabilita para presentarse a cargos de elección popular durante un año (artículo 128). La inelegibilidad que establece el artículo 128 del Código Electoral francés se corresponde con una sanción, y no con una causal de inhabilitación propiamente dicha, porque sólo

tidura”, *Análisis comparativo de Constituciones de los regímenes presidenciales*, Georgetown University y Organización de Estados Americanos: <http://www.georgetown.edu/pdba/>.

<sup>12</sup> Se trata de la Ley 75-1330 del 31 de diciembre de 1975, que ha sido objeto de numerosas adiciones y modificaciones. En particular el artículo 128 que contempla la sanción de inelegibilidad que aquí comentamos es una incorporación de la Ley Orgánica 90-383 del 10 de mayo de 1988. Aquí utilizamos el *Code électoral*, 7a. ed., anotaciones de jurisprudencia y bibliografía de Bernard Maligier, Paris, Dalloz, 1995.

<sup>13</sup> Sobre el alcance y las garantías de este proceso a la luz de la Convención Europea de Derechos del Hombre véase Fluss, J. F., *L'applicabilité de la convention européenne des droits de l'homme au contentieux des élections parlementaires: les enseignements de l'arrêt Pierre Bolch*, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, núm. 4, 1998, pp 123-132.

se configura con posterioridad a la elección. La figura de la sanción de inelegibilidad por incumplir con las normas sobre financiación de campañas políticas no tiene ni la entidad, ni la gravedad de las sanciones de la pérdida de investidura,<sup>14</sup> y la verdad es que son muy pocas las ocasiones que han culminado con sanción. En todo caso las similitudes están en que se trata de una sanción poselectoral (no de una causal de inhabilidad) que la consecuencia es la pérdida de investidura y la inhabilitación para el futuro (en el caso de la figura francesa sólo es por un año). Y además, porque el Consejo Constitucional francés ha señalado que esta sanción tiene sentido en cuanto se trata de irregularidades que “afectan la libertad de escoger a los electores o la sinceridad de los escrutinios”.<sup>15</sup> De momento nos limitamos a señalar la existencia de esta figura con elementos afines a la pérdida de investidura, pero que en todo caso no parece ser antecedente (no antecede) ya que ni en los trabajos preparatorios realizados en la Asamblea Constituyente de 1991 ni en la Gaceta del Congreso aparece mención de está en los debates o ponencias.

La previsión de un proceso de naturaleza sancionatoria contra los congresistas, en manos de un órgano judicial tiene su antecedente directo en la fallida reforma constitucional de 1979; ya desde entonces se pretendía reaccionar contra las costumbres políticas de la clase política encabezada por los congresistas, ante la ausencia de sanciones efectivas contra los congresistas corruptos.

En efecto, el antecedente directo de la figura de pérdida de investidura se encuentra en el acto legislativo número 1 de 1979, y más exactamente en el artículo 13 de esta enmienda constitucional en donde se decía de manera escueta que existían tres causales para perder la investidura, una la infracción del *régimen de incompatibilidades* y de *conflicto de intereses* y la otra, la falta de un determinado número de sesiones en donde se voten proyectos de ley o de actos legislativos,<sup>16</sup> además señalaba que

<sup>14</sup> Como puede apreciarse por el ínfimo número de anulaciones por este motivo. Sobre este particular véanse los datos que presenta Camby, Jean-Pierre, *Le contentieux des élections des députés: éléments pour un bilan*, Les cahiers du Conseil Constitutionnel, núm. 5, 1998, p. 75. Este artículo contiene un interesante recuento de los controles en el proceso de financiación de las campañas electorales.

<sup>15</sup> C.C. Déc. núm. 89-1129 del 11 de mayo de 1989.

<sup>16</sup> La disposición establecía exactamente lo siguiente: “Artículo 13. Son causales de pérdida de la investidura de congresista: 1. La infracción al régimen de incompatibili-

la competencia le correspondía al Consejo de Estado. En esta reforma se hacía mención de manera explícita al concepto de conflicto de intereses.<sup>17</sup>

En el artículo 13 de esta reforma se pone presente un hecho que está en la naturaleza o esencia de la institución de pérdida de investidura: *las inhabilidades no pueden, en estricto rigor, dar lugar a la pérdida de investidura*. No pueden hacerlo por la sencilla razón de que las inhabilidades se refieren a hechos o supuestos que sólo se producen con anterioridad a la posesión, al momento en que los congresistas asumen su cargo y la pérdida de investidura requiere que ésta exista. Cosa diferente es que estemos en presencia de unas causales de inhabilidad que igualmente puedan ser consideradas como prohibiciones para los congresistas, en esta situación estaríamos en presencia de incompatibilidades.

En 1991 se acogieron nuevamente las ideas sobre el proceso de pérdida de investidura y se adoptó esta figura con un gran consenso en la comisión tercera de la Asamblea Nacional Constituyente. Existió un acuerdo general sobre la necesidad de establecer un mecanismo sancionatorio a los congresistas que no respetasen las normas que establecían el régimen de incompatibilidades y en general a los que no infringieran un exigente *código de conducta*, que debería ser consecuente con el alto nivel de sus funciones. Igualmente existió un amplio consenso en la necesidad de que este procedimiento sancionatorio fuese breve, ágil, y que tuviese un carácter ejemplarizante y efectivo. Las discusiones se centraron principalmente en la competencia, esto es, en determinar que

dades y al de conflictos de interés previstos en la Constitución. 2. Faltar en un periodo 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”, *Anales del Congreso*, Bogotá, núm. 136, 27 de diciembre de 1979 (2a. ed.), p. 1.

<sup>17</sup> El conflicto de intereses era consagrado de la siguiente forma: “Artículo 25. Adicionase el artículo 105 de la Constitución Nacional con el siguiente inciso: Los congresistas que dentro de los dos años inmediatamente anteriores a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la mesa directiva de la respectiva corporación para que, previa publicación en los *Anales*, decida si los congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos. Cualquier miembro de la respectiva Cámara podrá denunciar el impedimento en caso de que aquella comunicación no se hiciera oportunamente”.

órgano o corporación sería el encargado de adelantar este tipo de proceso. Si bien se consideró la posibilidad de que la pérdida de investidura fuese adelantada por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, primó la opinión de otorgar estas funciones al Consejo de Estado. Para tomar esta decisión se tuvo en cuenta, además de consideraciones inherentes al prestigio del Consejo de Estado como Tribunal, el hecho de que en esta corporación se conocían de los procesos electorales en los que se ventilaban asuntos similares o idénticos a algunos de los que se establecieron como causal de pérdida de investidura y de otra parte porque se trataba de sanciones a servidores públicos, lo que igualmente era un tema próximo a las competencias tradicionales de esta corporación. Fue así como se estableció, con rango constitucional la pérdida de investidura de los congresistas como un proceso breve, competencia del Consejo de Estado y que no puede exceder de 20 días hábiles contados desde la presentación de la demanda o solicitud, y en el que se debe declarar si las situaciones o hechos denunciados se encuadran en las causales previstas en el artículo 183 y 110 de la Constitución.<sup>18</sup>

La creación del proceso de pérdida de investidura como un proceso judicial en cabeza del Consejo de Estado, que elimina de manera tajante la independencia del Poder Legislativo y que conlleva la negación de buena parte de lo que tradicionalmente se entendía como principio de división de poderes sólo se puede comprender si se recuerda el contexto político que se vivió cuando se gestó la figura; en el momento en que desarrollaba sus actividades la Asamblea Nacional Constituyente existía un fuerte sentimiento de hostilidad contra la institución parlamentaria, a la que se le acusaba de la petrificación del ordenamiento jurídico porque no había sido capaz de realizar una reforma constitucional dentro de los cauces previstos en la Constitución de 1886, y de otra parte por que se acusaba a sus miembros de incapacidad y corrupción. Ante una situación en la

<sup>18</sup> Las principales discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sobre el proceso de pérdida de investidura están relacionadas en la sentencia C-319 de 1994. Los principales debates y consideraciones se pueden consultar en los números 51, 79, 83, 109 de la *Gaceta Constitucional*.

En un primer momento del trabajo constituyente, si bien se propusieron varias causales (14), se optó por proponer que las causales de pérdida de investidura se limitara a sancionar el régimen de incompatibilidades y el conflicto de intereses, tal y como se previó en la fallida reforma constitucional de 1979 (Informe-ponencia Estatuto del congresista, *Gaceta Constitucional*, núm. 51, 16 de abril de 1991, pp. 26 y 27).

que se esperaba que la Asamblea Nacional Constituyente “castigara al Congreso”, esto es, que adoptara un texto constitucional que disminuyera las funciones del Congreso de tal forma que se restringiera el efecto negativo que éste ejercía sobre los demás órganos del aparato estatal. Sin embargo, el Constituyente razono de manera diversa y consideró que precisamente buena parte de los problemas de corrupción, clientelismo y de injerencia indebidas en las actividades de las demás ramas del poder que realizaban los congresistas se debían a que el Congreso estaba subutilizado, se decidió aumentar sus funciones y responsabilidades. La inclusión de la pérdida de investidura fue entendida por el Constituyente como una contrapartida al fortalecimiento que se daba al Congreso y como una concesión a la opinión pública que pedía la implementación de medidas severas contra los abusos de la clase política que parte del Congreso hacía.<sup>19</sup>

Sin embargo el resultado obtenido fue precisamente el opuesto al que pretendía el poder constituyente: en el ordenamiento jurídico colombiano no existe independencia del Poder Legislativo y éste es un poder débil e incapaz de desempeñar sus funciones de impulso político. La inexistencia de independencia se aprecia tanto desde el punto de vista institucional como del subjetivo o individual; todos y cada uno de sus miembros pueden ser enjuiciados e investigados en materia penal por la Corte Suprema de Justicia (artículo 267 LOC), la única excepción es la contemplada en el artículo 185 (que consagra la inviolabilidad por votos y opiniones), aunque se trata de una excepción a la posibilidad de enjuiciar a los parlamentarios ha tenido que ser reconocida y protegida por la Corte Constitucional mediante sentencias muy cuestionadas y aún hoy no se tiene certeza si la doctrina jurisprudencial que admite y reitera la

<sup>19</sup> En otra ocasión tuve oportunidad de referirme al fortalecimiento del Poder Legislativo que se intento con el actual texto constitucional, a propósito de la incorporación de varios tipos de ley y de las reservas absolutas de ley en nuestra Constitución: “Existía la creencia generalizada de que los tradicionales vicios del Congreso (clientelismo, corrupción, escaso protagonismo en la vida política y ausencia de una cabal representación de los intereses nacionales y regionales) se debían principalmente a que la Constitución de 1886 le había asignado un papel de segundo orden, de poca trascendencia, al órgano legislativo... El tratamiento del Congreso por el Constituyente de 1991 no fue castigo por su incapacidad de responder a las expectativas sociales, sino que se dirigió a corregir sus disfunciones, a la potenciación de su actividad en las diversas funciones que estaba llamado a cumplir”, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana...* cit., pp. 239 y 240.

dicción del texto constitucional será reiterada por la nueva Corte designada a principios de éste año. Por si esto no fuera poco, la Procuraduría (artículo 266 LOC) y la Contraloría vigilan y sancionan a todos y cada uno de los congresistas que realicen actividades que tengan el carácter de administrativas en las actuaciones que involucren manejo del dinero (los límites de estas potestades no están claramente delimitados, pero la actividad de las autoridades judiciales y de los órganos de control aunque se ejerce en muy pocas ocasiones están ahí como una amenaza).

Los directivos de ambas cámaras del Congreso no se exoneran de la actividad de la rama judicial ni de los órganos de control, si a lo anterior se le adicionan causales de pérdida de investidura como la contenida en el artículo 183.4 “indebida destinación de dinero públicos” según las cuales cualquier irregularidad en el proceso de contratación o de adquisición de bienes puede dar lugar a la pérdida de investidura (por lo menos en el caso de la Cámara donde sus dignatarios dirigen la administración y manejan dinero), el resultado es claro: *los parlamentarios colombianos solo están exentos de la posibilidad de ser encauzados o sancionados si no hacen nada*. El parlamentario que guarda un perfil bajo, que no se involucra en el manejo o dirección de los órganos del Congreso ofrece menos flancos de ataque, y si no puede evitar que sea elegido en un cargo directivo deberá actuar lo menos posible, con la mayor precaución, y dilación, pues cualquier error en la administración o irregularidad de un subalterno hace que la iniciativa, el empuje de la administración sea interpretada como un pretexto para delinquir. Dicho en otras palabras la ausencia de legitimidad de los congresistas presume su culpabilidad, la mala fe, y ante esta situación y ante la existencia de tantos controles por parte de otros órganos, la mejor alternativa es la pasividad, convertida ahora en una de la principales virtudes parlamentarias. Si a esta situación de “amenazas”, le sumamos que su actividad política en si misma es polémica y susceptible de ataques por corrientes de pensamiento diverso, es fácil imaginarse el temor de un congresista de ser encauzado por su filiación política a un partido, o por su amistad o afinidad con un determinado personaje o simplemente porque la opinión pública (que en muchos casos será la prensa) lo haya condenado en un juicio paralelo. *El resultado es un Congreso que no toma iniciativas, temeroso y fácilmente manipulable, en definitiva una institución débil que no tiene la*

*suficiente fortaleza para tomar las decisiones que el Constituyente le ha otorgado con la ampliación y el fortalecimiento de sus funciones.*

En el nuevo ordenamiento constitucional se pretende que exista una institución capaz de actuar objetivamente, ajena a presiones políticas que pueda juzgar y sancionar a los congresistas cuando se den los taxativos supuestos establecidos en la Constitución. El que este proceso haya sido atribuido a un órgano judicial (para que lo realice mediante un control jurisdiccional) y no al mismo Congreso de la República, o al Consejo Nacional Electoral es una constatación de la pretensión de limitación externa del Poder Legislativo, simultáneamente de imparcialidad y objetividad que subyace en la voluntad del Constituyente.

Además de las consideraciones y trabajos de la Asamblea Constituyente es necesario tener presente como antecedentes importantes los estudios y ponencias que se dieron, ya bajo la vigencia de la actual Constitución, en el Congreso de la República. En efecto, los trabajos preparatorios que dieron lugar a la actual Ley 144 de 1994 “por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas” son esclarecedores<sup>20</sup> en la medida en que expresan una serie de posiciones que expresan no sólo la *voluntad legislatoris*, sino también algunos de los presupuestos con que se elaboró la ley que regula la institución objeto de este trabajo. Desde un primer momento, en la ponencia para primer debate en el Senado se afirmó que el colombiano es un sistema de mandato representativo, no de mandato imperativo o delegado,<sup>21</sup> con lo que se pretende excluir de las causales de pérdida de investidura aquellas que puedan derivarse de consideraciones diferentes a las expresamente señaladas en la Constitución, esto es, no sólo se reitera el carácter taxativo de las causales, sino que se deja por fuera tanto

<sup>20</sup> Los trabajos preparatorios de la Ley 144 de 1994 son muy escuetos, como es usual en nuestro sistema parlamentario, ya que en nuestro Congreso se trabaja esencialmente de manera oral, y no es proclive a realizar trabajos u aportes por escrito. El *iter* de la ley que establece el proceso de pérdida de investidura se encuentra en las *Gacetas del Congreso* identificadas así: a) Año I, núm. 195, 3 de diciembre de 1992, pp. 6-9; b) Año II, núm. 257, 3 de agosto de 1993, p. 4; c) Año II, núm. 464, 16 de diciembre de 1993, p. 6; y d) Año II, núm. 141, 20 de mayo de 1993, p. 3.

<sup>21</sup> Así se expresa en la ponencia para primer debate en el Senado, posteriormente se aprobó como Ley 144 de 1994, cuando se afirma que en Colombia existe un sistema de mandato representativo, no de mandato imperativo o delegado. Ponencia del senador Gabriel Melo Guevara, *Gaceta del Congreso*, año I, núm. 195, 3 de diciembre de 1992, pp. 6-9.

las consideraciones políticas como las que se originen en incumplimiento de promesas o programas electorales de los congresistas. Esto es así, porque en la actividad del Congreso de la República, por tratarse de un órgano colegiado que tiene como propósito llegar a acuerdos, mediante la conciliación y armonización de los diversos y en ocasiones contradictorios intereses que hay en la sociedad no puede ser susceptible de este tipo de enjuiciamiento. Si se pudiese castigar a un parlamentario por apartarse de sus promesas o de la ideología propia de su partido o movimiento político, esto equivaldría simple y llanamente a la paralización del Congreso, a la radicalización y polarización del sistema político que no podría articular mediante la conciliación las diversas necesidades de la sociedad, sólo sería posible gobernar o actuar si existiera un Congreso con mayoría de un partido. No habría lugar a la tolerancia y el acuerdo, sólo a la imposición del proyecto de la mayoría.

#### IV. IMPORTANCIA DEL PROCESO Y TRASCENDENCIA EN LA PRÁCTICA DEL SISTEMA JUDICIAL Y POLÍTICO

La proclamación de la Constitución de 1991 por las importantes innovaciones y reformas de nuestras instituciones y por el cambio en la concepción y aplicación del derecho ha originado un importante punto de inflexión en la historia de nuestro país. Dentro de las numerosas e importantes figuras que introdujo la nueva Constitución ocupa un lugar de privilegio la pérdida de investidura como una de las innovaciones más emblemáticas de la nueva Constitución. La importancia y trascendencia jurídico-política del proceso de pérdida de investidura tiene muchos aspectos dentro de los que vale la pena destacar algunos de los más importantes.

En primer lugar debemos señalar lo peculiar del objeto de este proceso, pues, el control de la actividad parlamentaria supone una concepción novedosa del clásico principio de división de poderes y del concepto de mandato parlamentario, y finalmente de toda la teoría constitucional de la democracia representativa. El derecho comparado nos muestra que los controles a los congresistas y más cuando conllevan sanciones jurídicas son competencia propia y exclusiva (por lo menos excluyente) del mismo órgano legislativo. Se ha entendido que los controles jurídicos que suponen sanciones o efectos negativos a las personas del parlamen-



tario, individualmente considerados no pueden ser ejercidos por poderes o sujetos ajenos a la misma institución, pues conlleva a un claro detrimento de la necesaria independencia del Poder Legislativo. Ante la disyuntiva de la impunidad por efectos de decisiones basadas en el “espíritu de cuerpo”, o de efectivas sanciones pero que pueden ser instrumentadas para presionar o mermar la necesaria independencia al Congreso como institución, se ha preferido siempre la primera opción. Nuestra Constitución ha optado por una solución diferente, se privilegia la ausencia de impunidad de los congresistas frente al riesgo de parcialización de la justicia.

La importancia de la pérdida de investidura, por otra parte, se expresa en las dificultades que ha tenido el Consejo de Estado para asumir una posición única respecto de los principales fundamentos de este proceso. Si bien han logrado acuerdos sobre casos particulares, sobre la naturaleza jurídica y del proceso, no se ha logrado un consenso duradero y son frecuentes los salvamentos de voto y las discrepancias internas en torno al alcance que se le debe prestar a este tipo de proceso. En efecto, la aplicación de la pérdida de investidura y más exactamente de las normas constitucionales y legales que regulan esta figura han sido objeto de grandes debates al interior del Consejo de Estado y hasta el día de hoy cuando han transcurrido más de diez años, muchos de los principales problemas jurídicos siguen vigentes y son objeto de encendidas polémicas jurisprudenciales, las que en ocasiones son expresión de posiciones doctrinales radicalmente diferentes.

La pérdida de investidura se ha convertido en el paradigma de un progresivo proceso de judicialización de la política que a su vez ha traído importantes y preocupantes manifestaciones de politización de la justicia. La acción de tutela, la elección de altos cargos del Estado por o con la intervención de las altas Cortes, así como de las funciones electivas de los tribunales, son otras actividades en donde se produce la judicialización de la política y la politización de la justicia, de tal forma que si bien la pérdida de investidura no es el único aspecto donde se expresan este cruce de actividades si es, sin duda, la más representativa.

Los problemas de asimilación de esta figura en nuestro orden jurídico han venido de la mano de importantes procesos de crítica a nuestra clase política que han determinado que en muchas ocasiones la aplicación de las normas sobre el proceso de pérdida de investidura haya sido objeto

de importantes cuestionamientos, por lo menos por la opinión pública. Las decisiones de absolver o sancionar a un parlamentario son siempre susceptibles de lecturas políticas y si a esto le sumamos la intervención de la prensa, se explica fácilmente que en muchas ocasiones el proceso de aplicación del derecho se haya calificado como “politizado”.

Pero el proceso de politización de la justicia administrativa, entendido como la toma de decisiones judiciales basada en criterios partidistas, subjetivos o simple y llanamente de conveniencia personal o institucional, se ha visto potenciado por otro aspecto de no menor importancia, la sobrevaloración de la ética y la moral como fuente del derecho y el artificioso debate entre el nuevo y el viejo derecho como criterio de aplicación del derecho por nuestra jurisprudencia. En efecto, el estudio y análisis de la pérdida de investidura nos permite comprender una de las claves centrales del estado actual de nuestra evolución jurisprudencial. El hecho de estudiar el procedimiento (¿cómo?), las causales o motivos (¿por qué?) y los propósitos o finalidades (¿para qué?) por los que se controla y sanciona a los miembros del Congreso de la República, es un aspecto que nos muestra de manera clara la problemática de las tendencias actuales en materia de teoría de la argumentación de nuestras altas Cortes.

El punto de partida es sencillo y contundente: la importancia y alcance de la interpretación es inversamente proporcional a la calidad de nuestro derecho positivo. En un sistema jurídico donde el derecho positivo es antitécnico, redundante, confuso, contradictorio, improvisado y lo que es peor, en muchas ocasiones injusto, esto es, dirigido a proteger intereses que no son exactamente los de la mayoría del pueblo colombiano (obedece a proteger intereses sectoriales, egoístas y en ocasiones contrarios al bienestar general), la actividad interpretativa en general se convierte en una militancia que tiene como norte la protección de los valores y principios constitucionales. Esta defensa de la Constitución se expresa en la profusión de sentencias interpretativas y manipulativas (en sus distintas variantes) por la Corte Constitucional<sup>22</sup> y por las demás jurisdic-

22 Si bien la utilización de la técnica de las sentencias interpretativas es propia de todos los tribunales constitucionales modernos y es consecuencia del principio de *conservación del ordenamiento*, que es expresado por el brocardo *in dubio pro legislatoris*. Lo que aquí se quiere poner de presente es que en el caso de la justicia constitucional colombiana, lo que en otras latitudes es una excepción aquí es la regla general. Sobre las clases de sentencias y las distintas formas de manipulación del texto de las leyes por

ciones, la defensa de la Constitución se expresa en una marcada tendencia a acudir y preferir algunas fuentes difusas (principios generales del derecho, equidad) por sobre las fuentes escritas o principales del ordenamiento, contrariando o desconociendo el principio de imperio de la ley contenido en el artículo 230 de la Constitución. Son las deficiencias del derecho escrito (principalmente de las leyes y de los actos administrativos) las que sirven de punto de partida a las transformaciones del sistema jurídico colombiano. Estos cambios en la interpretación y la aplicación se expresan en la interesante, pero artificiosa, polémica sobre si la nueva Constitución de 1991 conlleva una nueva actitud en la aplicación del derecho o no. Esto es, si existe un “nuevo derecho”, que se contrapone a una clásica lógica de deducciones positivistas que se denominaría a *contrario sensu* “viejo o antiguo derecho”.

La polémica estriba en que un sector de nuestra cultura jurídica opina y actúa considerando que el carácter instrumental del derecho, le permite al interprete tomar decisiones (sentencias) en las que se omite o desconoce el tenor literal de los preceptos legales y administrativos, siempre y cuando con esta forma de actuar se logre una decisión justa. La posición contraria consiste en afirmar que el derecho y su aplicación parte de un supuesto que no puede ser desconocido, la norma escrita. El derecho es un medio, pero este carácter instrumental no significa, no puede significar, que es prescindible, porque el concepto de justicia no puede depender únicamente del intérprete ocasional, sino que lo justo se debe apreciar objetivamente y esto se logra a través de la prescripción normativa. Las soluciones que se llegue en los autos o sentencias no pueden consistir en decisiones contrarias al derecho mismo, y en derecho sancionatorio como la pérdida de investidura no cabe siquiera, las decisiones fundadas en fuentes diferentes a la Constitución misma.

La polémica es reflejo de un hecho cierto, el impacto que supuso la introducción de una Constitución marcadamente valorativa, en donde los fines y objetivos son numerosos y necesarios para lograr una comprensión integral que no oponga (haga contradictorio) el derecho positivo (que es una conquista irrenunciable de la cultura occidental y que es

la Corte Constitucional Colombiana puede verse Lozano Villegas, Germán, *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

consustancial a la existencia misma del constitucionalismo) a los postulados del Estado social de derecho.

Finalmente, otro aspecto, que si bien no tiene la entidad conceptual de los problemas que hemos indicado, tiene igual o mayores efectos perturbadores en la administración de justicia, es el relativo a que el proceso de pérdida de investidura por el hecho de que su trámite se antepone a todos los demás asuntos o procesos que de ordinario conoce el Consejo de Estado, ha convertido a esta competencia en uno de los principales motivos de congestión de la justicia contencioso administrativa. El hecho de que los negocios de pérdida de investidura deban ser tramitados en el primer punto del orden del día en las sesiones de la Sala Plena de lo contencioso administrativo, hace que se pospongan las decisiones propias de ese mismo órgano en procesos ordinarios. La morosidad de la justicia contencioso administrativa, que ya era objeto de críticas desde antes de la aparición de la figura de los jueces administrativos, se ha intensificado con los procesos de pérdida de investidura.

La importancia de este estudio y de las reflexiones que desde el derecho constitucional integran aspectos de derecho procesal, administrativo y electoral consiste en la labor y el intento de acercar y conciliar la doctrina de la Corte constitucional y la del Consejo de Estado. Es un avance en el lento y traumático proceso de integración de la justicia constitucional en el resto de jurisdicciones. Esta afirmación supone reconocer que existe cierto distanciamiento en la concepción del derecho y en particular de la vigencia de los derechos fundamentales. Todos los que somos doctrinantes o juristas debemos acometer y aportar para lograr este cometido de integración de las distintas jurisdicciones, con el propósito de que cada vez sea más homogéneo el derecho que se aplica e interpreta.

La academia y la jurisprudencia colombiana tienen el deber y la obligación moral de profundizar en el estudio de esta institución parlamentaria, el trabajo de definir de la manera más clara y precisa posible el alcance de las funciones y competencias del Congreso como órgano y de los miembros de éste, con la correlativa delimitación de funciones de las demás autoridades y ramas del poder, es una labor indispensable para la orientación de los parlamentarios, y de la sociedad en general, que en la actualidad se limita a “demonizar” al Congreso y a la clase política, sin tener en consideración que quizá, buena parte de

las causas de las inconsistencias institucionales se ubican en el sistema electoral y en el funcionamiento de los partidos políticos. La corrupción y el clientelismo parecen ser más la consecuencia de una inadecuada organización institucional, que la causa simplista de todos los problemas políticos y sociales de Colombia.