

Comentario a la ley 1881 “por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia , el término de caducidad, entre otras disposiciones”*

Orlando SOLANO BÁRCENAS**

La Ley 1881 de 2018 ha traído para los congresistas de Colombia una noticia largamente esperada. Se trata de la doble instancia para el proceso de pérdida de investidura que, hasta ahora, era de una sola instancia. Es decir que, en su caso, las decisiones tomadas por las Altas Cortes no tenían posibilidad de apelación, lo cual dio pie a sendas discusiones sobre una posible violación a las garantías que constituyen el derecho fundamental al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Norma superior.

* Ley 1881 publicada en el Diario Oficial de Colombia el 15 de enero de 2018.

** Doctor en Derecho, Ciencias Sociales y Políticas *summa cum laude* de la Universidad del Atlántico. Magister en Derecho Público francés y en Derecho Administrativo, Sociología Jurídica y Política de la Universidad de París II(Panthéon-Assas), y Estudios del Diploma de Estudios Superiores en Historia de las Instituciones de la misma universidad. Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor Titular de la Escuela Superior de Administración Pública. Ex Procurador General de la Nación (e), Ex Viceprocurador General de la Nación, Ex Presidente y miembro del Consejo Nacional Electoral. Tratadista. Conferencista y Ponente Internacional. Investigador. Miembro de: Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Salónica, Grecia; Instituto Internacional de Derecho Administrativo IIDA. Miembro del Comité Editorial de la revista Derechos Fundamentales a Debate (CEDHJ- México). Miembro del Comité Científico Internacional de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica; de la revista Cubalex (UNIJURIS – Cuba) y de la revue Études de Droit (Algérie), así como del Comité Científico del Instituto de Derecho y Políticas Públicas Iberoamericano y del Caribe de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho CUPL. Contacto: <orsobar@hotmail.com>.

El Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 186 de la Constitución Política de 1991, parece ser la base jurídica de la implementación legal de la nueva norma. Esto porque en la reforma anotada se creó para aforados una segunda instancia constitucional en materia penal y tenía poco sentido seguir manteniendo la única instancia para el proceso de pérdida de investidura. Por lo tanto, la Ley 1881 de 2018, si bien mantiene las causales de pérdida de investidura³, transforma el procedimiento ante el Consejo de Estado de única a doble instancia, la primera de ellas que se surte ante la Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura y la segunda ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

La Ley 1881 de 2018 ajusta el ordenamiento jurídico colombiano a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen la doble instancia como una garantía judicial en todos los procesos. Que esto se haya realizado parece apenas lógico dentro del desarrollo de un bloque de constitucionalidad, donde los tratados internacionales tienen la misma validez del ordenamiento jurídico interno, armonizados, claro está, dentro de los principios constitucionales del país establecidos en la Asamblea Constituyente y posteriormente analizados y sustentados por el ejercicio hermenéutico de la Corte Constitucional, organismo encargado de la interpretación y defensa de la Constitución de 1991.

Las razones que explican la permanencia por casi tres décadas de la única instancia para aforados en procesos ante el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han sido explicadas en varias sentencias de la Corte Constitucional, máximo garante de

¹ Las cuales se encuentran en el artículo 183 de la Constitución: (i). Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses; (ii) Inasistencia del aforado, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura; (iii). 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; (iv) Indebida destinación de dineros públicos y (v) Tráfico de influencias debidamente comprobado. Y en el artículo 109 por la violación de los topes máximos de financiación de las campañas.

los derechos fundamentales en el país. La tesis fundamental del órgano decisivo radica básicamente en que la decisión sobre la única instancia en materia de pérdida de investidura es “una competencia exclusiva del legislador y cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para su consagración, por lo cual no vulnera las garantías fundamentales de las personas que hayan sido objeto de la medida”⁴

Efectivamente, como lo plantea el artículo 29 de la Constitución colombiana, el debido proceso es un derecho fundamental que comprende garantías como el derecho de defensa, a ser asistido por un abogado, a presentar pruebas y controvertir las presentadas en contra y a impugnar la sentencia condenatoria, es decir tener la posibilidad de una segunda instancia.

Sin embargo, en el artículo 31 de la Constitución que desarrolla puntualmente el tema se afirma “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*”. La expresión subrayada demuestra que no en todos los casos aplica la posibilidad de apelar una sentencia judicial, ante lo cual el derecho aquí establecido no es absoluto, sino que está mediado por circunstancias especiales. La pérdida de investidura fue, hasta hoy, uno de esos casos.

Como lo explica la exposición de motivos del Proyecto de Ley 263, que dio vida a la norma analizada, la pérdida de investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que se define con “la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la violación al código de conducta que deben observar los Congresistas en razón al valor social y político de la investidura detentada”⁵

Una vez aplicada la sanción, el aforado pierde su calidad de tal y, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser

² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-254A, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 2012.

³ Gaceta del Congreso 716, 2017, p. 4. Consultado en: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=716&v_anog=2017> (15 de abril de 2018)

congresista. Esta sanción particularmente drástica se estableció en la Constitución con fundamento en la altísima dignidad que supone ser Representante a la Cámara o Senador, a los intereses sociales que representa en virtud de la confianza depositada por los electores y a la significación del Congreso dentro del Estado Social de Derecho. De allí que el ex zar anticorrupción Oscar Ortiz afirme que

(...) la Constituyente fortaleció al Congreso mediante la extinción de vicios y la creación de instrumentos adecuados para sus funciones. Uno de ellos es la pérdida de investidura como mecanismo para impedir que el comportamiento indecoroso de manera grave, en lo político o en lo ético, de un congresista manchara a toda la corporación. Es un régimen más exigente que el de un servidor público corriente porque los representantes del pueblo no son servidores públicos corrientes.⁶

Si bien el proceso en única instancia parecía ir en consonancia con el valor social y político de la investidura y la necesidad del rescate del prestigio y de la respetabilidad del Congreso, ya la Ley 144 de 1994 había establecido un recurso de revisión, aunque no había dispuesto un órgano especial para el mismo, por lo que solo hasta 1998, la Ley 146 de ese mismo año, asignó a la Sala Plena del Consejo de Estado la competencia para conocer de ese recurso extraordinario, sin que pudieran ser recusados los consejeros que participaron en la decisión impugnada, ni declararse impedidos únicamente por ese hecho.

Para la Corte Constitucional el establecimiento de una o dos instancias en estos procesos hace parte de la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República, así en sentencia C 245 A de 2012, afirmó que:

⁴ Nuevo Siglo. 54-congresistas perdieron su investidura desde 1991. Septiembre 10, 2012. Consultado en: <<http://elnuevosiglo.com.co/articulos/9-2012-54-congresistas-perdieron-su-investidura-desde-1991>> (23 de abril de 2018).

La decisión sobre la única instancia en materia de pérdida de investidura es una competencia exclusiva del legislador y cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para su consagración, por lo cual no vulnera las garantías fundamentales de las personas que hayan sido objeto de la medida.⁷

Esta sentencia es de especial importancia pues el demandante, en acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte declarar inexecutable la expresión “en única instancia” contenida en el artículo 1º de la Ley 144 de 1994, bajo el entendido que la misma era violatoria de los artículos 8-2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es de anotar que por medio de la Ley 16 de 1972 Colombia había ratificado la CADH donde en su artículo 8, numeral h, se consagró el derecho que toda persona tiene a “recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”.

Determinar hasta dónde la libertad de configuración legislativa del Congreso podía o no vulnerar el derecho a un debido proceso, especialmente con la garantía de la doble instancia, y el derecho a la igualdad con respecto a otros miembros de corporaciones públicas elegidos por voto popular era fundamental. Esto último por cuanto a los congresistas no se les permitía recurrir las sentencias proferidas en su contra, mientras que a los concejales, diputados y ediles sí, lo cual parecía desproporcionado.

Esto se traduce en que el congresista al que se le despoja de su investidura no puede aspirar a Congreso, asambleas departamentales, concejos municipales, gobernaciones, alcaldías ni Presidencia de la República.

En la sentencia anotada la Corte concluyó que la libertad configurativa del legislador no irrumpía en la configuración legislativa del Congreso más allá de lo permitido, ni tampoco violaba derechos fundamentales de los congresistas, esto por cuanto lo que debía revisarse que la única instancia permitía cumplir efec-

⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-254A, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2012.

tivamente el objeto de la pérdida de investidura, es decir “sancionar conductas contrarias a la transparencia, a la probidad y a la imparcialidad en que pudieran en un momento dado incurrir los congresistas”.⁸

También la Corte Constitucional deja claro que no todas las garantías del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador⁹ si bien, por regla general, la doble instancia sí es una de ellas, al tener como objetivo “permitir que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de la misma naturaleza y más alta jerarquía, ampliar la deliberación del tema y evitar errores judiciales”.¹⁰

En esta medida, el principio de la doble instancia se convierte en una garantía constitucional que informa el ejercicio del ius puniendi del Estado en todas sus manifestaciones, no sólo cuando se trata de la aplicación del derecho penal por los órganos judiciales sino también en el derecho administrativo sancionatorio y, específicamente, en tratándose del desarrollo y práctica del derecho disciplinario.¹¹

A lo largo de este tiempo la Corte Constitucional produjo una larga lista de fallos donde se puede evidenciar que en materia penal o con sentencias condenatorias, inclusive en administrativo o disciplinario, la Corte cuidó mucho de establecer la doble instancia no solo como garantía sino como verdadero derecho. En ese sentido determinó que la restricción de su implementación debía cumplir con principios de razonabilidad y proporcionalidad, además con la exigencia del debido proceso sustancial, la igualdad, el

⁶ *Idem.*

⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-131, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2002.

⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-540, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2011.

⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-095, M.P. Rodrigo Escobar Gil, 2003.

derecho de defensa, la justicia, la equidad y el acceso a la administración de justicia.¹²

Teniendo en cuenta que el proceso de pérdida de investidura afectaba el derecho fundamental a ser elegido para un cargo público, la Corte asumió que la sentencia que la decretaba permitía la controversia por medio del recurso de reposición contra el fallo para analizar los aspectos sustanciales de la decisión, así como también se podía iniciar el recurso extraordinario especial de revisión ya mencionado por violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Debate fundamental, con o sin doble instancia, es la nueva posición del Consejo de Estado, que castiga con la pérdida de investidura al ausentismo, práctica con la cual muchos partidos políticos, se retiran después del llamado a lista para no permitir que haya quorum o para no participar en leyes o debates en los que están en desacuerdo. Esto, que para algunos parece un derecho, se ha convertido en una práctica política.

Es costumbre que algunos legisladores se registran, se ausentan y se hacen buscar por el Gobierno para ‘valorizar’ sus votos. Este hábito obligaba a que los gobiernos, en muchas ocasiones, tuvieran que ir en busca de los congresistas para persuadirlos de votar las iniciativas a cambio de recursos para sus regiones o cargos en entidades oficiales.¹³

Debe anotarse que antes de la Constitución de 1991 no existía la figura de la pérdida de investidura, por lo cual la “tenacidad” de su puesta en práctica parecía estar justificada, por lo menos en los 54 congresistas que entre 1991 y 2012 perdieron su investidura. Igual no puede pasarse por alto el duro golpe que se le

¹⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-254A, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2012.

¹¹ *El Tiempo*. 09 de marzo de 2018. Fallo acabaría con vicio de congresistas de contestar a lista e irse. En línea, consultado en: <<http://www.eltiempo.com/politica/congreso/implicacion-del-fallo-de-perdida-de-investidura-por-inasistencia-191714>> (24 de abril de 2018).

intentó inferir a esta figura por medio del acto legislativo 01 de 2011 que proponía que el conflicto de intereses no se tuviera en cuenta cuando los congresistas participaran en debates y votación de proyectos de actos legislativos. Reforma constitucional que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1056 de 2012.

Es, sin embargo, de sumo cuidado que el ejercicio de esta acción no pase de ser una garantía a un jaque mate político, máxime cuando en la coyuntura actual de polarización que vive el país esta figura está siendo usada para intentar hacer perder la investidura a un candidato presidencial (de la denominada derecha) y a una candidata a la vicepresidencia (de un centro izquierda moderado).

Así las cosas, es de esperarse una implementación exitosa por parte del Consejo de Estado para que la segunda instancia, esta no se convierta en una forma de dilatar legalmente el proceso, ni tampoco en un dolor de cabeza para los implicados, que ahora cuentan con una nueva garantía de sus derechos constitucionales.