

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DEFECTO SUSTANTIVO / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - No es aplicable en proceso de pérdida de investidura para determinar la caducidad de la acción

El actor señaló que la Sección Primera del Consejo de Estado vulneró sus derechos fundamentales por aplicar de forma retroactiva el término de caducidad previsto en el artículo 6 de la Ley 1881 de 2018. (...) En la providencia acusada, la Sección Primera del Consejo de Estado, sustentó la aplicación retroactiva de la Ley 1881 de 2018 en el principio de favorabilidad que, por considerarlo procedente en todas las manifestaciones del derecho punitivo del Estado, y tanto para leyes sustanciales como procesales, porque el artículo 29 de la Constitución no hace ninguna distinción al respecto. (...) [L]a caducidad de la acción de pérdida de investidura no puede ser declarada en los eventos en que el Legislador no la estableció expresa y previamente al inicio del proceso, pues de lo contrario el demandante sería afectado de forma intempestiva, grave e injustificada de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. (...) En este orden de ideas, una visión absoluta del principio de favorabilidad en favor del investigado que permita la aplicación retroactiva de la caducidad de la acción, no sólo vulnera sin justificación los derechos fundamentales (acceso a la administración de justicia y políticos) del actor, sino que desconoce otros fines constitucionalmente válidos y relevantes, como son el control sobre el ejercicio del poder y la defensa de la Constitución y la ley. En el caso bajo examen, está probado que la demanda de pérdida de investidura fue presentada en vigencia de la Ley 144 de 1994, por lo que al momento en que el actor ejerció su derecho de acción como mecanismo de acceso a la administración de justicia, no existía ninguna limitación legal. (...) Recuérdese que en relación con el ámbito de validez temporal de la ley procesal impera el postulado general de que la ley rige desde que se promulga debidamente hasta que es derogada o se extingue. Por esa razón, como regla general, la ley procesal sólo gobierna los hechos sucedidos durante su vigencia, sin que pueda aplicarse a hechos acaecidos con anterioridad o con posterioridad a la misma. De ese postulado se infieren dos consecuencias: la irretroactividad de la ley procesal nueva (prohibición de la aplicación retroactiva) y la no ultractividad de la ley procesal derogada, las cuales debieron acatarse en el caso concreto. (...) Para la Sala es claro que el legislador consideró inconveniente extender la caducidad de la acción de pérdida de investidura para las demandas interpuestas con anterioridad a su entrada en vigencia. Atendiendo el carácter público y la naturaleza ética y sancionatoria de la pérdida de investidura; el derecho fundamental a la participación ciudadana, que se manifiesta a través del ejercicio de las acciones públicas; el de acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva, es claro que el principio de favorabilidad en materia sancionatoria - asuntos que son los que se encuentran en tensión en el caso concreto, no puede aplicarse de la manera que se hizo al resolver la segunda instancia. No quiere decir lo anterior que hechos constitutivos de pérdida de investidura, ocurridos antes de la vigencia de la Ley 1881 de 2018 puedan ser objeto de dicha acción en cualquier tiempo. Es claro que, a partir de la vigencia de esta ley, la acción de pérdida de investidura tendrá que interponerse dentro de los cinco (5) años siguientes a los hechos constitutivos de tal sanción o de la vigencia de la ley, para las infracciones anteriores, a fin de conciliar la favorabilidad con los derechos de participación y tutela judicial efectiva.

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018 - ARTÍCULO 6 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 624 / LEY 144 DE 1994

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01226-01(AC)

Actor: DANIEL SILVA ORREGO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora, contra la sentencia del 29 de mayo de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que en el trámite de la acción de tutela de la referencia, resolvió lo siguiente¹:

“1° Niégase el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, invocados por el señor Daniel Silva Orrego, conforme a la parte motiva.”

ANTECEDENTES

El 28 de abril de 2018², el señor *Daniel Silva Orrego*, obrando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la *Sección Primera del Consejo de Estado*, por considerar vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

1. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

“**PRIMERA:** TUTELAR los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso de los cuales es titular el señor Daniel Silva Orrego, vulnerados por la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado al proferir la sentencia de segunda instancia del 8 de marzo de 2018, dentro del medio de control de Pérdida de Investidura Radicado No. 2017-00474-01.

SEGUNDA: DEJAR SIN EFECTO la sentencia del 8 de marzo de 2018 proferida por la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado dentro del medio de control de Pérdida de Investidura, Radicado No. 2017-00474-01.

¹ Folio 110 del expediente.

² Folio 1 del expediente.

TERCERA: ORDENAR a la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado que dentro de un término de ocho (8) días profiera una nueva sentencia en reemplazo de la de fecha 8 de marzo de 2018 dictada dentro del medio de control de Pérdida de Inversión, Radicado No. 2017-00474-01, absteniéndose de aplicar de oficio el término de caducidad y entrando a resolver el asunto de fondo”³.

2. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

2.1. En el mes de agosto de 2017, el señor Daniel Silva Orrego (hoy actor de tutela) presentó demanda de pérdida de inversión contra Juan Pablo Gallo Maya. Las pretensiones tuvieron sustento en que, durante el año 2008, participó en la elección del contralor del Municipio de Pereira como concejal del mismo municipio, a pesar que se adelantaba una investigación fiscal en su contra.

2.2. El asunto fue repartido al Tribunal Administrativo de Risaralda bajo el radicado N° 2017-00474-00, que mediante sentencia del 27 de septiembre de 2017 accedió a las pretensiones de la demanda.

2.3. En segunda instancia, mediante sentencia del 8 de marzo de 2018, la Sección Primera del Consejo de Estado revocó la anterior decisión, y declaró la caducidad de la acción, por considerar que, con base en el principio de favorabilidad, debía aplicarse la caducidad prevista en la Ley 1881 de 2018, aunque no estaba vigente al momento de la presentación de la demanda.

3. Fundamentos de la acción

El actor asegura que la Sección Primera del Consejo de Estado vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, porque incurrió en un *defecto material o sustantivo* al proferir la sentencia del 8 de marzo de 2018.

3.1. Explicó que la demanda fue presentada en el mes de agosto de 2017, en vigencia de la Ley 144 de 1994 que no establecía un término de caducidad para la pérdida de inversión.

3.2. Señaló que de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificada por el artículo 624 del Código General del Proceso, cuando haya tránsito legislativo en normas procesales, los términos serán contabilizados con base en la ley vigente al momento de su iniciación.

Pese a lo anterior, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la caducidad de la acción con base en la Ley 1881 del 15 de enero de 2018, norma que no era aplicable al caso bajo examen. Por tanto, el juez natural aplicó una norma procesal de forma retroactiva con el argumento de aplicar el principio de favorabilidad, lo que resulta contrario al derecho al debido proceso del demandante, tal como lo señaló el salvamento de voto presentado por el consejero Oswaldo Giraldo López, toda vez que el principio de favorabilidad no opera frente a situaciones jurídicas

³ Folio 2 del expediente.

consolidadas, lo cual ocurrió en el caso bajo examen con la presentación de la demanda.

3.3. Finalmente sostiene que no puede castigarse al demandante con la declaratoria de la caducidad de la acción porque al momento de presentar la demanda no había operado este término.

4. Trámite impartido e intervenciones

4.1. Avocado el conocimiento de la presente acción, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por auto del 25 de abril de 2018, se ordenó notificar a las partes, se dispuso la vinculación de Juan Pablo Gallo Maya, como tercero con interés (fls. 70 a 71).

4.2. La **Sección Primera del Consejo de Estado** presentó el respectivo informe (fls. 76 a 92), señalando que la solicitud de amparo es improcedente porque el actor trata de convertir la tutela en una instancia adicional al proceso de pérdida de investidura.

Precisó que en la providencia controvertida esa Sección indicó que, si bien no desconoce que la norma sobre caducidad es procesal y opera de forma inmediata para los casos futuros, consideraba procede su aplicación con base en el principio de favorabilidad, ya que a su juicio el inicio de un proceso judicial no constituye un derecho adquirido ni una situación jurídica consolidada.

4.3. El señor **Juan Pablo Gallo Maya**, mediante apoderado (fls. 94 a 97), indicó que la pérdida de investidura es un proceso de carácter punitivo, por lo que la institución de la caducidad tiene un entendimiento distinto a los demás procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Señaló que el actor no cumplió la carga argumentativa para demostrar un defecto sustantivo por aplicar el principio de favorabilidad, sino que se limitó a manifestar su inconformidad con la decisión judicial.

5. Providencia impugnada

Mediante providencia del 29 de mayo de 2018, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado negó las pretensiones formuladas por la parte actora (fls. 100 a 110). Para sustentar esa decisión, consideró que:

5.1. El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que las normas procesales rigen de inmediato sobre los procesos que ya estuvieran en curso.

5.2. El artículo 29 de la Constitución establece que nadie podrá ser juzgado sino con base en normas preexistentes al momento de la ocurrencia de los hechos y, además, prevé la aplicación del principio de favorabilidad incluso en cuanto a las normas procesales.

5.3. El principio de favorabilidad también es aplicable en los procesos de pérdida de investidura porque es una manifestación del derecho sancionador.

5.4. Debido a lo anterior, en el caso concreto el juez de ordinario no sólo estaba en la facultad, sino en la obligación de aplicar el principio de favorabilidad. De lo contrario, habría vulnerado el derecho al debido proceso del demandado.

5.5. No es cierto que se hubiere castigado una omisión inexistente del demandante por no ejercer oportunamente el derecho de acción, porque la pérdida de investidura es una acción pública en la que no tiene interés directo en el resultado del proceso, por lo que no puede verse perjudicado del proceso.

6. Impugnación

El actor impugnó la anterior decisión, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de tutela, y señalando que (fls. 117 a 121):

6.1. El juez de tutela no tuvo en cuenta que la regla general de aplicación inmediata de las normas procesales tiene una excepción, puesto que los términos ya iniciados deben contabilizarse con base en la norma derogada.

6.2. La caducidad es el primer aspecto que debe ser examinado por el juez al momento de la presentación de la demanda, por lo que no es procedente revivir su estudio en etapas posteriores del proceso.

Y aunque es cierto que el demandante en una acción pública no tiene interés directo en el proceso, en el caso bajo examen fue defraudada la confianza de la colectividad.

Y además, la presentación de una acción pública se considera el ejercicio de un derecho fundamental previsto en el numeral 6° del artículo 40 de la Constitución.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales.

Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

2.1. La acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Por esto, la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos generales⁴ y especiales⁵ que deben cumplirse de forma estricta. Si no se cumplen todos los

⁴ Los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; ii) el accionante haya utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su

requisitos generales y por lo menos uno de los defectos o requisitos especiales la acción no será procedente.

2.2. Ahora bien, cuando por vía de tutela se ataca una providencia judicial proferida por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, la procedencia de la acción de amparo es más restrictiva debido a que estas Corporaciones son las encargadas de unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones, por lo que los principios de autonomía e independencia judicial adquieren mayor relevancia. Es así que, la Corte Constitucional ha indicado que como presupuesto adicional para admitir la procedencia de la acción de tutela, la providencia judicial atacada debe contener un error ostensible, manifiesto y flagrante que riña de manera directa con la Constitución Política y que justifique la intervención del juez constitucional⁶.

2.3. De acuerdo con lo anterior, en los eventos en que se ataque por vía de tutela una providencia proferida por una alta corporación, corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento de: **(i)** los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(ii)** la existencia de una o varias causales especiales de procedibilidad; y **(iii)** la configuración de un error en la providencia judicial acusada que haga que esta riña de manera abierta con la Constitución Política y sea incompatible con la jurisprudencia constitucional.

3. Planteamiento del problema jurídico

3.1. Corresponde a la Sala determinar si la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en un *defecto material o sustantivo* al proferir la sentencia del 8 de marzo de 2018, mediante la cual, en virtud del principio de favorabilidad, declaró la caducidad en el proceso de pérdida de investidura promovido por Daniel Silva Orrego contra Juan Pablo Gallo Maya.

3.2. Como en el presente asunto se cumplen los *requisitos generales* de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, la Sala deberá establecer si se configura el defecto sustantivo alegado.

4. El defecto material y sustantivo y su análisis en el caso concreto

4.1. El *defecto sustantivo* consiste en aquel vicio relacionado con la interpretación y aplicación de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, que tiene una incidencia directa en la decisión y del que se puede predicar que de forma directa y autónoma lesiona los derechos fundamentales.

Según la jurisprudencia constitucional⁷, el defecto sustantivo se presenta, entre otras razones, cuando:

alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); iii) que la acción se haya interpuesto en un término prudencial (inmediatez); iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional; y v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

⁵ Los requisitos especiales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-970 de 2010 ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio y Sentencia SU-573 de 2017 ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁷ Ver entre otras sentencias SU-448 de 2011 y SU-573 de 2017.

(i) la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque *a)* no es pertinente, *b)* ha perdido su vigencia por haber sido derogada, *c)* es inexistente *d)* ha sido declarada contraria a la Constitución, *e)* a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador;

ii) pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra dentro del margen de interpretación razonable o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (*interpretación contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha considerado este defecto se produce cuando el juez toma una decisión con fundamento en normas inexistentes, inconstitucionales o inaplicables al caso, lo que genera una contradicción evidente entre los fundamentos y la decisión⁸.

Igualmente, puede presentarse cuando se interpreta una disposición en forma incompatible con las circunstancias fácticas y, por tanto, la interpretación dada por el juez resulta a todas luces improcedente. En estos casos, la jurisprudencia ha sido enfática en predicar que no cualquier interpretación inadecuada puede considerarse vulneradora del derecho al debido proceso, sino que esta debe ser abiertamente arbitraria y carecer de razonabilidad.

En atención a lo anterior, si bien el juez ordinario goza de autonomía e independencia para interpretar y aplicar las disposiciones del ordenamiento jurídico, el ejercicio de estas potestades no puede ser caprichoso.

4.2. Teniendo en cuenta la configuración jurisprudencial de este defecto, la Sala analizará cada uno de los argumentos expuestos por el actor.

4.3. Inexistencia de una situación jurídica consolidada

El actor afirmó que la sentencia acusada desconoce una situación jurídica consolidada porque la demanda fue presentada y admitida cuando el artículo 6 de la Ley 1881 de 2018 no estaba vigente, por lo que no era procedente hacer ningún pronunciamiento al respecto en la sentencia.

Esta Sección ha considerado que una situación jurídica no consolidada es aquella que se debate o que es susceptible de debatirse ante las autoridades administrativas o judiciales⁹.

De acuerdo con esta noción, contrario a lo afirmado por el actor, la admisión de la demanda no consolida su situación jurídica porque el juez puede estudiar si operó el fenómeno de la caducidad en momentos posteriores del proceso.

En efecto, el artículo 187 del CPACA establece que la sentencia decidirá sobre las excepciones propuestas y “sobre cualquiera otra que el fallador encuentre

⁸ Sentencia SU-159 de 2002 proferida por la Corte Constitucional.

⁹ En este sentido ver la sentencia del 29 de junio de 2017, radicado: 08001-23-31-000-2010-01026-02 (22477), actor: Universidad Autónoma del Caribe, consejera ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto.

probada”, dentro de las cuales se incluyen la excepción de caducidad. Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia de esta Sección¹⁰.

Conforme con lo anterior, al no existir una situación jurídica consolidada por la presentación de la demanda, nada impedía que la Sección Primera del Consejo de Estado declarara, de oficio, la caducidad de la acción de pérdida de investidura.

4.4. La caducidad de la acción no tiene naturaleza sancionatoria

Según el actor, la finalidad de la caducidad es castigar la omisión del interesado en acceder prontamente a la administración de justicia. Así las cosas, mediante la sentencia del 8 de marzo de 2018 le fue impuesta una sanción no prevista en la ley al momento de la presentación de la demanda de pérdida de investidura.

Recientemente, esta Sección afirmó que la caducidad es la extinción del derecho de acción por el transcurso del tiempo¹¹. En relación con esto, la Corte Constitucional señaló que la caducidad es el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley para el ejercicio del derecho de acción, al cual no se puede renunciar y que puede ser declarado de oficio por el juez¹².

De esta forma, el fenómeno de la caducidad no es una sanción o castigo, sino una institución procesal cuyo objetivo es garantizar la seguridad jurídica al determinar, de forma cierta e inmodificable, el periodo por el cual puede ser ejercido el derecho de acción frente a un hecho concreto.

Así pues, la declaratoria oficiosa de la caducidad en la sentencia del 8 de marzo de 2018 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado no le impuso una sanción al actor.

4.5. El principio de favorabilidad no permite la aplicación retroactiva de la caducidad de la acción en los procesos de pérdida de investidura.

4.5.1. El actor señaló que la Sección Primera del Consejo de Estado vulneró sus derechos fundamentales por aplicar de forma retroactiva el término de caducidad previsto en el artículo 6 de la Ley 1881 de 2018¹³.

De esta forma, indicó que fue desconocido el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del CGP, que establece que las normas procesales serán de aplicación inmediata sólo hacia el futuro y que los términos que empezaron a correr en vigencia de la ley anterior seguirán rigiéndose con base en ella¹⁴.

¹⁰ En este sentido ver el auto del 13 de diciembre de 2017, radicado: 76001-23-33-000-2017-00382-01 (23315), actor: Representaciones y Distribuciones Remo S.A., consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez.

¹¹ En este sentido ver el auto del 5 de abril de 2018, radicado: 25000-23-37-000-2016-01570-01 (23475), actor: Fajobe S.A.S., consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez.

¹² En este sentido ver la Sentencia C-227 de 2009.

¹³ “ARTÍCULO 6. La demanda deberá presentarse dentro del término de cinco (5) años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho generador de la causal de pérdida de investidura, so pena de que opere la caducidad”.

¹⁴ “ARTÍCULO 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o

4.5.2. En la providencia acusada, la Sección Primera del Consejo de Estado, sustentó la aplicación retroactiva de la Ley 1881 de 2018 en el principio de favorabilidad que, por considerarlo procedente en todas las manifestaciones del derecho punitivo del Estado, y tanto para leyes sustanciales como procesales, porque el artículo 29 de la Constitución no hace ninguna distinción al respecto.

4.5.3. Con base en los hechos expuestos en los antecedentes, la Sala pone de presente que en el caso bajo examen existe una colisión entre el derecho al debido proceso y su desarrollo en el principio de favorabilidad (artículo 29 de la Constitución) de Juan Pablo Gallo Maya, demandado en el proceso de pérdida de investidura 2017-00474, y los derechos al acceso a la administración de justicia (artículo 229 *ibídem*) y al ejercicio del control del poder político (artículo 40 constitucional) del actor.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución establece que, como manifestación del derecho al debido proceso, *“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*.

La Corte Constitucional, en Sentencia SU-515 de 2013, reconoció expresamente que este principio de favorabilidad es aplicable a los procesos de pérdida de investidura por tratarse de un proceso de carácter sancionatorio.

Así mismo, en Sentencia C-371 de 2011, señaló que a pesar del efecto inmediato de las normas procesales, el principio de favorabilidad garantiza la aplicación de la ley procesal más favorable al investigado o sancionado, porque el artículo 29 de la Constitución no hace ninguna distinción al respecto.

Con base en lo anterior, en principio, el derecho al debido proceso del demandado en la pérdida de investidura impone declarar probada la caducidad de la acción de forma retroactiva, en virtud del principio de favorabilidad, aunque la demanda haya sido presentada con anterioridad a la vigencia de la Ley 1881 de 2018.

Se dice que en principio porque un análisis del asunto bajo examen que sólo tenga en cuenta el derecho al debido proceso del demandado desconocería la unidad del ordenamiento jurídico, limitaría injustificadamente el ejercicio de los derechos fundamentales del demandante, e impediría la satisfacción de otros intereses constitucionalmente legítimos.

4.5.4. La anterior afirmación tiene fundamento en que el proceso de pérdida de investidura tiene unas características especiales que lo diferencia de las demás manifestaciones del derecho sancionador del Estado y que, por tanto, impone una aplicación más limitada del principio de favorabilidad.

Estas diferencias son que (i) el proceso inicia mediante el ejercicio, por un particular, del derecho de acción, y (ii) la acción de pérdida de investidura constituye una manifestación de los derechos políticos de los ciudadanos.

4.5.5. La primera característica deriva del artículo 184 de la Constitución, que establece que el proceso de pérdida de investidura sólo puede iniciar por la

diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

solicitud de la mesa directiva de la corporación de elección popular respectiva o por un ciudadano¹⁵.

Cuando el proceso inicia por la solicitud de un ciudadano se hace en ejercicio del derecho de acción y, por tanto, de un mecanismo que hace efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, previsto en el artículo 229 de la Constitución¹⁶.

Lo anterior justifica que la investigación de la conducta objeto de reproche en la pérdida de investidura no es adelantada de oficio por el Estado, sino que la carga de la prueba de la configuración de la causal de pérdida de investidura es del demandante¹⁷. Es por esto que el artículo 4 de la Ley 144 de 1994¹⁸ y el artículo 5 de la Ley 1881 de 2018¹⁹ establecen que el ciudadano debe solicitar la práctica de pruebas con la interposición de la solicitud.

En cambio, en otras manifestaciones del derecho punitivo del Estado, como el derecho administrativo sancionador (dentro del cual se encuentra el disciplinario), no se ejerce el derecho de acción por parte de un particular. Así las cosas, en estos eventos el principio de favorabilidad tiene un mayor margen de aplicación puesto que el investigado se encuentra en una situación de inferioridad frente a la autoridad.

Respecto al derecho penal, si bien el Estado adelanta la investigación de oficio, existe una semejanza con la pérdida de investidura porque para imponer la sanción debe ejercerse la acción penal, para que sea el juez que determine la responsabilidad del investigado. Sin embargo, ni siquiera cuando es el Estado el que ejerce la acción penal, el principio de favorabilidad es absoluto.

Así se concluye de la lectura de la Sentencia C-1033 de 2006. En dicha providencia fue declarado inconstitucional el artículo 531 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), que redujo en una cuarta parte los términos de prescripción y caducidad de las acciones penales cuyo término hubiera iniciado con anterioridad a la vigencia de esa norma²⁰.

¹⁵ "Artículo 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".

¹⁶ "ARTÍCULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

¹⁷ En este sentido ver la sentencia del 9 de febrero de 2017 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, radicado: 68001-23-33-000-2016-00150-01, actor: Ronald Picón Sarmiento, consejero ponente (E): Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹⁸ "ARTÍCULO 4o. Cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano común, ésta deberá formularse por escrito y contener, al menos:

(...)

d) La solicitud de práctica de pruebas, si fuere el caso".

¹⁹ "ARTÍCULO 5. Cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano, ésta deberá formularse por escrito y contener, al menos:

(...)

d) La solicitud de práctica de pruebas, si fuere el caso".

²⁰ "Artículo 531. Proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos. Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años.

En las investigaciones previas a cargo de la Fiscalía y en las cuales hayan transcurrido cuatro (4) años desde la comisión de la conducta, salvo las exceptuadas en el siguiente inciso por su naturaleza, se aplicará la prescripción.

estarán por fuera del proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos, las investigaciones por delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados y, además, los delitos de falsedad en documento que afecten directa e indirectamente los intereses patrimoniales del Estado; peculado por apropiación; peculado culposo en cuantía que sea o

En ese caso, la alta corporación resaltó que *“el debido proceso se predica no solamente respecto del investigado o acusado, sino también de las víctimas y perjudicados con la conducta ilícita, en aras de proteger sus derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la verdad y al resarcimiento del daño ocasionado con el ilícito”*.

De esta forma, concluyó que una reducción desproporcionada de los términos de prescripción y caducidad de forma intempestiva cuando los procesos ya habían iniciado, constituye una afectación injustificada de los derechos de las víctimas.

Estas consideraciones son extensibles al proceso de pérdida de investidura, donde el derecho al debido proceso debe ser garantizado tanto al demandado como al demandante. Esto significa que declarar la caducidad de la acción cuando el proceso de pérdida de investidura fue iniciado sin que estuviera prevista en la ley, supone la negación del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

Recuérdese que la limitación de este derecho fundamental puede estar justificada en motivos de seguridad jurídica. Sin embargo, resulta ilegítima cuando no está prevista expresa y previamente por una ley, pues de lo contrario sería una modificación intempestiva e ilegítima, como ocurrió en la Sentencia C-1033 de 2006.

Adicionalmente, la exigencia de que la ley establezca el término de caducidad de la acción de forma previa a la interposición de la demanda deriva del artículo 84 de la Constitución, que dispone que cuando un derecho ha sido reglamentado de manera general, ninguna autoridad (incluyendo las judiciales) puede exigir requisitos adicionales para su ejercicio²¹. De esta forma, exigir el cumplimiento de un término de caducidad que no existía previamente supone la imposición de un requisito adicional para el ejercicio del derecho de acción.

Precisamente por lo anterior fue que, en vigencia de la Ley 144 de 1994 que no preveía ningún término de caducidad, la Sección Primera del Consejo de Estado consideró que no era posible aplicar un término de caducidad por analogía de otras acciones, aunque también fueran de naturaleza pública²².

Así, la jurisprudencia señaló que el Legislador no previó un término de caducidad por olvido, *“...sino como un acto plenamente consciente y deliberado, dirigido a garantizar la efectividad de los principios de moralidad, transparencia e igualdad,*

exceda de cien (100) salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; enriquecimiento ilícito de servidor público; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; interés indebido en la celebración de contratos; violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación; prevaricato; fraude procesal; hurto y estafa en cuantía que sea o exceda de cincuenta (50) salarios mínimos, mensuales, legales y vigentes cuando se afecte el patrimonio económico del Estado; homicidio agravado y delitos conexos con todos los anteriores. También se exceptúan todos aquellos delitos sexuales en los que el sujeto pasivo sea menor de edad y las actuaciones en la que se haya emitido resolución de cierre de investigación.

los fiscales y jueces, en los casos previstos en los incisos anteriores, procederán de inmediato a su revisión para tomar las determinaciones. En una sola decisión se podrán agrupar todos los casos susceptibles de este efecto.

los términos contemplados en el presente artículo se aplicarán en todos los distritos judiciales a partir de la promulgación del código”.

²¹ “Artículo 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

²² En este sentido ver la sentencia del 31 de agosto de 2015 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, radicado: 08001-23-31-000-2014-00652-01, actor: Fernando Javier Meza Puente, consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala.

*cuya violación o desconocimiento no puede sanearse o purificarse por el transcurso del tiempo, en razón de los intereses superiores que se encuentran en juego*²³.

En conclusión, la caducidad de la acción de pérdida de investidura no puede ser declarada en los eventos en que el Legislador no la estableció expresa y previamente al inicio del proceso, pues de lo contrario el demandante sería afectado de forma intempestiva, grave e injustificada de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

4.5.6. La segunda característica de la pérdida de investidura consiste en su vínculo con los derechos políticos de los ciudadanos.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²⁴ y la Corte Constitucional²⁵ coinciden en que la pérdida de investidura es un acción pública que constituye un mecanismo de la democracia participativa y deliberativa, cuyo objetivo es hacer efectivo el ordenamiento jurídico, y ejercer un control ciudadano sobre los gobernantes para preservar la integridad de la función de representación política.

En relación con lo anterior, el artículo 40 de la Constitución prevé que todos los ciudadanos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y que, entre otros, este derecho se hace efectivo mediante la interposición de acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley²⁶.

De esta forma, resulta innegable la relación que existe entre el ejercicio de la acción de pérdida de investidura como materialización de los derechos políticos de los ciudadanos, pues se trata de una acción pública con la cual se garantiza que los ciudadanos pueden controlar y, al mismo tiempo, defenderse de quienes ejercen el poder político.

Debe aclararse que la Corte Constitucional indicó que la pérdida de investidura tiene un componente ético que lo aleja del derecho penal, pero lo acerca al derecho disciplinario²⁷. Sin embargo, esta asimilación no puede suponer una aplicación extensiva y absoluta del principio de favorabilidad.

El derecho disciplinario tiene como finalidad la protección del funcionamiento del Estado para garantizar una correcta gestión administrativa²⁸, por lo que es un

²³ Sentencia del 4 de mayo de 2011 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, radicado: 68001-23-31-000-2010-00713-01, actor: Joaquín Alberto Neira Rendón, consejero ponente: Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta. Providencia citada en la sentencia del 31 de agosto de 2015 ibídem.

²⁴ En este sentido ver la sentencia del 28 de marzo de 2017, radicado: 11001-03-15-000-2015-00111-00 (PI), actor: Pablo Bustos Sánchez y otros, consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

²⁵ En este sentido ver la Sentencia SU-501 de 2015.

²⁶ "ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:
[...]

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley".

²⁷ Ibídem.

²⁸ En este sentido ver las siguientes providencias: (i) del 26 de julio de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado: 11001-03-25-000-2012-00134-00 (0552-12), actor: Luís Carlos López Cerpa, consejero ponente: William Hernández Gómez; y (ii) C-373 de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

control que realiza la misma autoridad como mecanismo de autoprotección de su legitimidad, estructura y funcionamiento.

Diferente a la pérdida de investidura donde, se repite, el objetivo es materializar el derecho de los ciudadanos a la participación y control del poder político, mediante una solicitud sustentada en las causales previstas en la Constitución y que finaliza con una decisión de carácter jurisdiccional.

En este orden de ideas, una visión absoluta del principio de favorabilidad en favor del investigado que permita la aplicación retroactiva de la caducidad de la acción, no sólo vulnera sin justificación los derechos fundamentales (acceso a la administración de justicia y políticos) del actor, sino que desconoce otros fines constitucionalmente válidos y relevantes, como son el control sobre el ejercicio del poder y la defensa de la Constitución y la ley.

4.5.7. En el caso bajo examen, está probado que la demanda de pérdida de investidura fue presentada en vigencia de la Ley 144 de 1994²⁹, por lo que al momento en que el actor ejerció su derecho de acción como mecanismo de acceso a la administración de justicia, no existía ninguna limitación legal.

No obstante, cuando la sentencia del 8 de marzo de 2018 aplicó el término de caducidad previsto en el artículo 6 de la Ley 1881 de 2018 -disposición de carácter procesal- con base en el principio de favorabilidad, extinguió de forma retroactiva sus derechos de acción y de acceso a la administración de justicia, además de que impidió que se adelantara un control ciudadano de quien ejerció la representación popular.

Según fue expuesto, esta limitación de los derechos fundamentales del actor resulta ilegítima y desproporcionada porque no había sido prevista por parte del legislador, desconociendo la prohibición del artículo 84 de la Constitución.

Aunque el principio de favorabilidad permite aplicar retroactivamente la norma más favorable al procesado, con base en él no puede ser negado el ejercicio de un derecho fundamental a otra persona cuando fue regulado de manera general, en especial cuando el proceso judicial ya había iniciado, lo que hace que la afectación del derecho resulte injustificada y desproporcionada, como ocurrió en el caso de la Sentencia C-1033 de 2006.

De esta forma, el actor tenía la expectativa de que su acción no había caducado porque no estaba previsto ningún término en la legislación vigente al momento de la presentación de la demanda. Así como antes de la expedición de la Ley 1881 de 2018 no procedía un término de caducidad de la acción de pérdida de investidura por analogía, actualmente no es procedente su aplicación de forma retroactiva.

Además, fue desconocida la finalidad de la acción de pérdida de investidura de permitir que los ciudadanos ejerzan un control político-jurisdiccional frente a sus representantes.

4.5.8. Se reitera, en la Ley 144 de 1994 no fue previsto un término de caducidad de forma deliberada, con el fin de impedir que el simple paso del tiempo saneara una situación susceptible de afectar los principios de moralidad, transparencia e igualdad. De esta forma, no le es posible al operador judicial

²⁹ 17 de agosto de 2017. Folio 18 reverso del expediente ordinario.

aplicar de forma retroactiva una figura procesal que el mismo Legislador consideró improcedente.

Recuérdese que en relación con el ámbito de validez temporal de la ley procesal impera el postulado general de que la ley rige desde que se promulga debidamente hasta que es derogada o se extingue. Por esa razón, como regla general, la ley procesal sólo gobierna los hechos sucedidos durante su vigencia, sin que pueda aplicarse a hechos acaecidos con anterioridad o con posterioridad a la misma.

De ese postulado se infieren dos consecuencias: la irretroactividad de la ley procesal nueva (prohibición de la aplicación retroactiva) y la no ultractividad de la ley procesal derogada, las cuales debieron acatarse en el caso concreto.

En consecuencia, es preciso afirmar que la declaratoria retroactiva de caducidad de la acción afecta el goce efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia.

4.5.9. Adicional a los argumentos expuestos, debe tenerse en cuenta que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 3 de abril de 2018³⁰, al estudiar una solicitud de inaplicación del artículo 23 de la Ley 1881 del mismo año, expresamente manifestó que es el propio Legislador, en su amplio espectro de competencia legislativa, el que puede “modular” los efectos de una disposición procesal, como en efecto lo hizo en relación con la consagración de la doble instancia en materia de pérdida de investidura y no con la caducidad de la acción.

Como se advirtió en esa oportunidad:

“La Corte Constitucional ha señalado en diversos pronunciamientos, en diferentes ámbitos del derecho y del ordenamiento, que no existe duda de que el constituyente confirió al legislador un amplio margen de configuración de los procesos judiciales, como manifestación de la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 150 numeral 2 de la Constitución Política, que le da precisamente la facultad de interpretar, reformar y derogar las leyes.

En esta línea ha recalado que **el legislador dispone de un amplio margen de discrecionalidad para determinar** el procedimiento, las actuaciones las acciones, los medios de prueba, los recursos que proceden en cada instancia contra las decisiones judiciales, las circunstancias en las que éstos proceden y **la oportunidad procesal para incoarlos** y decidirlos, Así como para señalar cualquier otro aspecto que se origine en el derecho sustancial” (énfasis propio).

En ese orden de ideas, como la finalidad de la pérdida de investidura es garantizar y mantener el ejercicio transparente, efectivo y probo de la actividad legislativa, su consagración constitucional responde al interés general y superior de salvaguardar y preservar la ética parlamentaria y la investidura en condiciones de dignidad, como presupuesto fundamental que es de la democracia en un Estado Social de Derecho.

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de abril de 2018, proceso de pérdida de investidura, radicado 1001-03-13-000-2017-00328-00(PI), C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, actor: Hugo Alexander Vásquez Jiménez, demandado: Alfredo Ape Cuello Baute.

Por esa razón, resulta válida la elección del legislador y así debe ser aplicada por el juez de la pérdida de investidura, de no establecer un régimen de transición o una aplicación retroactiva de la caducidad de la acción.

Para la Sala es claro que el legislador consideró inconveniente extender la caducidad de la acción de pérdida de investidura para las demandas interpuestas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Atendiendo el carácter público y la naturaleza ética y sancionatoria de la pérdida de investidura; el derecho fundamental a la participación ciudadana, que se manifiesta a través del ejercicio de las acciones públicas; el de acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva, es claro que el principio de favorabilidad en materia sancionatoria –asuntos que son los que se encuentran en tensión en el caso concreto-, no puede aplicarse de la manera que se hizo al resolver la segunda instancia.

No quiere decir lo anterior que hechos constitutivos de pérdida de investidura, ocurridos antes de la vigencia de la Ley 1881 de 2018 puedan ser objeto de dicha acción en cualquier tiempo. Es claro que, a partir de la vigencia de esta ley, la acción de pérdida de investidura tendrá que interponerse dentro de los cinco (5) años siguientes a los hechos constitutivos de tal sanción o de la vigencia de la ley, para las infracciones anteriores, a fin de conciliar la favorabilidad con los derechos de participación y tutela judicial efectiva.

5. Conclusión

Como consecuencia de los argumentos antes esgrimidos, la Sala revocará la providencia impugnada y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia invocados por el señor Daniel Silva Orrego.

En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia del 8 de marzo de 2018, proferida dentro del medio de control de Pérdida de Investidura con radicación N° 2017-00474-01, y se ordenará a la autoridad judicial demandada proferir una nueva decisión teniendo en cuenta las consideraciones de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, **la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **Revocar** la decisión impugnada, proferida 29 de mayo de 2018 por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, y en su lugar, **amparar** los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia invocados del señor Daniel Silva Orrego, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. **Dejar sin efectos** la sentencia del 8 de marzo de 2018 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso de pérdida de investidura 2017-00474 En consecuencia, **ordenar** a dicha autoridad judicial proferir una nueva providencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, en la cual debe tener en cuenta las razones expuestas anteriormente.

3. **Notificar** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

4. **Enviar** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

MILTON CHAVES GARCÍA
Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero