

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Acreditación de la calidad de congresista

El artículo 4, literal b) de la Ley 144 de 1994 indica, entre los requisitos que debe contener la demanda de pérdida de la investidura, el de “la acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional”. Pese a la claridad de este texto, no se puede concluir que el único medio de prueba para certificar dicha calidad sea una específica certificación originada en la organización electoral, por cuanto existen otros documentos para demostrar dicha condición, en tanto esta no está sujeta a una tarifa legal de prueba. Dentro de esa lógica, se ha admitido, por ejemplo, que si se aporta copia del formulario E-26, esta es suficiente para acreditar la calidad de congresista. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por ende, deja en claro que la demostración de la calidad de congresista en los procesos de pérdida de la investidura i) no está sometida a una tarifa legal de prueba, por tanto, en los procesos de esta naturaleza la certificación a que se refiere el artículo 4, literal b), de la Ley 144 de 1994 no es la única prueba para probar dicha posición y ii) si en la contestación de la demanda de pérdida de investidura no se cuestiona esa circunstancia y se responden los fundamentos de la misma, ha de entenderse que la calidad de congresista no requería ser probada, dado que la parte demandada la tiene por cierta.

FUENTE FORMAL: LEY 144 DE 1994 – ARTICULO 4

VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES POR COINCIDENCIA DE PERIODOS – Requisitos / RENUNCIA PARA ENERVAR CAUSAL INHABILITANTE DE COINCIDENCIA DE PERIODOS

Se alega en el presente caso que el señor Juan Carlos Rivera Peña, al renunciar al cargo como diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda incurrió en la inhabilidad del artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política, según la cual “Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente.”. Sobre la mencionada causal, es importante indicar que la Sala Plena Contenciosa en casos similares al presente, ha indicado que la renuncia al cargo de elección popular impide la configuración de la inhabilidad del artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política, en tanto no se puede entender que hay concurrencia de períodos como lo exige el precepto que describe el hecho inhabilitante. Pronunciamiento que se acompasa con lo dicho por la Corte Constitucional sobre la renuncia como hecho que enerva la configuración de la mencionada causal. Esta postura de la Sala Plena Contenciosa coincide con el examen que efectuó la Sección Quinta, en sentencia de 8 de octubre de 2014, en el marco del medio de control de nulidad electoral, en donde con fundamento en los mismos presupuestos fácticos y jurídicos alegados en este proceso de pérdida de investidura, fallo en el que se indicó que el demandado Juan Carlos Rivera Peña, al renunciar al cargo como diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda, no incurrió en la inhabilidad del artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política. En otros términos, al momento de fallar la causal de inhabilidad por el juez electoral, aquel consideró con fundamento en la interpretación que para la época imperaba, que no se podía declarar la nulidad de la elección, en tanto la renuncia al cargo de Diputado impedía la configuración de la causal de nulidad. Lo expuesto permite a la Sala Plena Contenciosa Administrativa, sin mayores análisis, afirmar que la causal alegada en el presente caso no se configuró y, por ende, ha de negar la pretensión de pérdida de la investidura, en tanto se produjo la renuncia al cargo antes de la elección y no se configuró la causal inhabilitante de coincidencia de períodos, como

reiteradamente, para la fecha de la renuncia, lo habían sentenciado distintas corporaciones judiciales en sus ámbitos de competencia -nulidad electoral, control de constitucionalidad y pérdida de la investidura, entre otros-. (...) Es decir, el juez de la pérdida de la investidura no podría declarar la imposición de esta sanción, así modificara hoy su entendimiento sobre esta causal, en tanto desde el análisis subjetivo que le corresponde efectuar, debería concluir que el demandado actuó bajo la convicción legítima de estar amparado por el criterio jurídico que para la época de su renuncia y elección imperaba en las Altas Cortes, es decir, unanimidad frente al criterio según el cual la renuncia enervaba la causal inhabilitante. Desde esta perspectiva, ha de entenderse que el Estado-juez en casos como el presente, creó un estado de confianza plausible y razonable en la conciencia del demandado, que lo llevó a renunciar a su cargo de diputado, bajo la convicción de que aquella le permitía acceder a otro cargo de elección popular sin incurrir en la causal inhabilitante; estado de confianza que el juez de la pérdida de la investidura no podría desconocer al momento de examinar la procedencia o no de la sanción de pérdida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 179 NUMERAL 8

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI)

Actor: RICARDO ANTONIO MARTINEZ HERNANDEZ

Demandado: JUAN CARLOS RIVERA PEÑA

ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El señor **Juan Carlos Rivera Peña** se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción electoral de Risaralda por el Partido Conservador, para el periodo 2014-2018.

1.2. De conformidad con el E-26-CAM, el Consejo Nacional Electoral declaró, entre otros, electo al señor Juan Carlos Rivera, como Representante a la Cámara por el departamento de Risaralda.

1.3. El mencionado representante, en las elecciones departamentales de 2011, se presentó como candidato a la Asamblea Departamental de Risaralda y electo para el período constitucional 2012-2015, según consta en el Acta E-26, que obra a folio 76.

1.4. El señor **Juan Carlos Rivera Peña** tomó posesión como diputado en la Asamblea Departamental de Risaralda, sin embargo renunció el 29 de noviembre de 2013, dimisión que fue aceptada el 30 del mismo mes y año.

1.5. El 28 de noviembre de 2014, se presentó la solicitud de pérdida de la investidura del congresista **Juan Carlos Rivera Peña**.

2. Actuaciones procesales

2.1. Por auto de 9 de diciembre de 2014, el despacho del Consejero Ponente admitió la demanda y ordenó la notificación personal al congresista demandado y al Ministerio Público.

2.2. El apoderado del demandado contestó en tiempo la demanda de pérdida de investidura, propuso excepciones y solicitó pruebas.

2.3. En escrito separado, el apoderado del señor **Juan Carlos Rivera Peña** interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, con fundamento en el artículo 15 de la Ley 144 de 1994, según el cual no se pueden admitir solicitudes de pérdida de la investidura contra un congresista en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a causales sobre las cuales ya se ha pronunciado el Consejo de Estado.

El fundamento de esa solicitud, tuvo como sustento el hecho según el cual la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de 8 de octubre de 2014¹, negó la demanda de nulidad electoral presentada en contra del congresista por los mismos hechos en que se fundó la solicitud de pérdida de la investidura.

Adujo, igualmente, que la misma demandante del medio de control de nulidad electoral, presentó solicitud de pérdida de investidura contra el Representante Rivera Peña, demanda que fue rechazada porque la inhabilidad en la que se sustentó la petición ya había sido analizada y desvirtuada por la Sección Quinta².

2.1. Por auto de 26 de marzo de 2015, el despacho del Consejero Ponente i) confirmó el auto admisorio; ii) rechazó la solicitud de adición de la demanda, en la que se solicitaba declarar la pérdida de investidura del demandado en su calidad de diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda; iii) ordenó tener como

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Radicado 1100103280002014-0003200. Demandado Juan Carlos Rivera Peña. Demandante Mónica Adriana Segura González. Sentencia de 8 de octubre de 2014.

² CONSEJO DE ESTADO. Expediente 11001031500020140300800. Demandado Juan Carlos Rivera Peña. Demandante Mónica Adriana Segura González. Auto de 30 de octubre de 2014. Consejero Ponente. Hugo Bastidas Bárcenas .Fis 229 y siguientes del expediente.

pruebas las documentales aportadas y iv) fijó como fecha para la audiencia pública la del 21 de abril de 2015.

3. Fundamentos de la solicitud de pérdida de la investidura

La petición de pérdida de investidura se funda en la violación del régimen de inhabilidades, específicamente, por el desconocimiento del artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política, según el cual:

“Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente.”³

Se lee en escrito de demanda, que la norma constitucional transcrita no reguló que la renuncia a uno de los cargos con períodos coincidentes enerve la inhabilidad que estableció el Constituyente por la concurrencia de períodos. En consecuencia, el demandante concluye que basta el mero hecho de la elección para que los períodos se traslapen y se configure la inhabilidad en que se funda la solicitud de pérdida de investidura.

En el caso concreto, se alega que se dio la coincidencia de períodos entre el cargo de miembro de la Asamblea Departamental y el de la Cámara de Representantes por el Departamento de Risaralda.

4. Defensa del Representante acusado

El apoderado del señor **Juan Carlos Rivera Peña** señaló:

4.1. No se acreditó la calidad de congresista del demandado en los términos que exige la Ley 144 de 1994, según la cual con la demanda se debe acompañar la acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional. En consecuencia, propuso la excepción de falta de acreditación de la calidad de congresista.

4.2. Así mismo, propuso la excepción de cosa juzgada. Se indica que el demandado no incurrió en la inhabilidad de concurrencia de períodos, como se alega en la demanda de pérdida de la investidura, pues, como lo sentenció la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo de 8 de octubre de 2014⁴, el señor Juan Carlos Rivera Peña, al renunciar al cargo como diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda no incurrió en la inhabilidad del artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política.

Uno de los razonamientos de la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado para negar la nulidad, lo fue el que en sentencia C-093 de 1994, la Corte Constitucional señaló que quien renuncie con anterioridad a la elección o nombramiento no puede incurrir en la inhabilidad de concurrencia de períodos.

³ Esta norma se ha modificado en dos oportunidades, la primera en el Acto Legislativo 1 de 2003 y la segunda en el Acto Legislativo No. 1 de 2009. Reformas que, en lo que respecta a este precepto específico, fueron declaradas inexecutable en las sentencias C-332 de 2005 y C-040 de 2010, respectivamente. En consecuencia su texto es el que fue aprobado por el Constituyente de 1991.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Radicado 1100103280002014-0003200. Demandado Juan Carlos Rivera Peña. Demandante Mónica Adriana Segura González. Sentencia de 8 de octubre de 2014.

Fundamento este que ha sido reiterado por el Consejo de Estado desde el año 1995 hasta la fecha, tanto en sede del medio de control de nulidad electoral como en la de pérdida de la investidura.

Se precisa que el Representante Rivera Peña renunció a su cargo como diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda el 29 de noviembre de 2013 y tomó posesión como representante el 20 de julio de 2014, razón por la que no se puede hablar de coincidencia de períodos, pese a que el solicitante de la pérdida de investidura pretenda desconocer el pronunciamiento de la Corte Constitucional el que, mientras no se modifique, debe ser acatado.

En conclusión, la defensa considera que el punto objeto de discusión en esta oportunidad, fue resuelto expresamente por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia de 8 de octubre de 2014 y, en consecuencia, operó la cosa juzgada. Aduce, igualmente, que bajo esa consideración en auto de 30 de octubre de 2014, el doctor Bastidas Bárcenas rechazó *in limine* la demanda de pérdida de la investidura que, contra su representado, presentó la misma persona que lo demandó en la nulidad electoral⁵.

5. Audiencia Pública

El 21 de abril de 2015 se celebró la audiencia pública en el proceso de la referencia, en cumplimiento del artículo 10 de la Ley 144 de 1994.

A esta diligencia acudieron el Representante acusado, su apoderado y el Agente del Ministerio Público.

El apoderado del Representante Rivera Peña, después de hacer un resumen de la jurisprudencia de la Corporación, así como del fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado que conoció del medio de control de nulidad electoral contra el acto de elección de su representado, insistió en que había operado la cosa juzgada, en tanto en dicha providencia se dijo expresamente que este no incurrió en la causal de inhabilidad de concurrencia de períodos, en cuanto renunció con una antelación de siete meses al cargo de diputado en la Asamblea Departamental de Risaralda, renuncia que, como lo indicó la Corte Constitucional y la Sección Quinta, enervan la mencionada causal.

En consecuencia, aseveró que hubo temeridad en la presentación de la demanda de pérdida de la investidura, razón por la que solicitó remitir copias a las autoridades competentes para que investiguen la conducta del demandante.

El Agente del Ministerio Público, por su parte, después de hacer un recuento de la jurisprudencia de la Corporación y de algunas decisiones de la Corte Constitucional, consideró, con fundamento en la sentencia C-507 de 1994, que si

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Expediente 11001031500020140300800. Demandado Juan Carlos Rivera Peña. Demandante Mónica Adriana Segura González. Auto de 30 de octubre de 2014. Consejero Ponente. Hugo Bastidas Bárcenas.

el juez electoral se pronuncia sobre la misma causal que da origen a la pérdida de la investidura, se debe declarar la cosa juzgada.

En ese orden de ideas, solicitó a la Corporación replantear la posición sobre la materia y mantener la investidura del Representante a la Cámara señor **Juan Carlos Rivera Peña**.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la presente solicitud de pérdida de la investidura, en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 y 237, numeral 5° de la Constitución Política; 1° de la Ley 144 de 1994, y 37, numeral 7° de la Ley 270 de 1996.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidir si el Representante a la Cámara por el Departamento de Risaralda, Juan Carlos Rivera Peña, incurrió en la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política, según el cual: *“Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”* y, en consecuencia, perder la investidura por haber desempeñado el cargo de diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda, electo para el período 2012-2015 y renunciar a dicho cargo, para inscribirse como candidato a la Cámara de Representantes por la misma circunscripción territorial, para el período 2014-2018; y si, como lo afirma la defensa y el Ministerio Público, operó la cosa juzgada constitucional.

Para resolver este problema jurídico, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo analizará i) las generalidades de la acción de pérdida de la investidura; ii) las diferencias entre las acciones públicas de nulidad electoral y la pérdida de la investidura, para finalmente iii) decidir si operó la cosa juzgada constitucional.

Previo a entrar en el análisis de los puntos anteriores, se debe examinar si la condición de congresista fue probada, en tanto se alegó, como excepción, que esta calidad no fue acreditada en el proceso.

2.3. Acreditación de la calidad de congresista en los procesos de pérdida de la investidura

El artículo 4, literal b) de la Ley 144 de 1994 indica, entre los requisitos que debe contener la demanda de pérdida de la investidura, el de “*la acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional*”.

Pese a la claridad de este texto, no se puede concluir que el único medio de prueba para certificar dicha calidad sea una específica certificación originada en la organización electoral, por cuanto existen otros documentos para demostrar dicha condición, en tanto esta no está sujeta a una tarifa legal de prueba.

Dentro de esa lógica, se ha admitido, por ejemplo, que si se aporta copia del formulario E-26, esta es suficiente para acreditar la calidad de congresista⁶.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por ende, deja en claro que la demostración de la calidad de congresista en los procesos de pérdida de la investidura **i)** no está sometida a una tarifa legal de prueba, por tanto, en los procesos de esta naturaleza la certificación a que se refiere el artículo 4, literal b), de la Ley 144 de 1994 no es la única prueba para probar dicha posición y **ii)** si en la contestación de la demanda de pérdida de investidura no se cuestiona esa circunstancia y se responden los fundamentos de la misma, ha de entenderse que la calidad de congresista no requería ser probada, dado que la parte demandada la tiene por cierta.

Lo expuesto permite dar respuesta al apoderado del demandado, quien esgrimió a título de excepción, que no se acreditó la calidad de congresista, porque el solicitante de la pérdida de la investidura no aportó la certificación del Consejo Nacional Electoral en la que expresamente se indicara que el señor Juan Carlos Rivera Peña es Representante a la Cámara por el departamento de Risaralda, cuestionamiento que no será atendido, pues, como ya se indicó, la calidad de congresista se puede probar de diferentes formas.

En el caso de la referencia, con la demanda se adjuntó copia simple⁷ del formulario E-26-CAM (fl. 77), suscrito por los miembros de la comisión escrutadora, en la que se declaró electo como representante a la Cámara Departamental de Risaralda, entre otros, a Juan Carlos Rivera Peña, identificado con la cédula de ciudadanía 4.581.993.

El formulario E-26 es el documento en el que el Consejo Nacional Electoral registra los resultados consolidados de los partidos y los candidatos, es decir, en él se declara el resultado de las elecciones, en consecuencia, tiene la capacidad de probar el hecho de la elección de un determinado ciudadano. En este caso, la del de señor Rivera Peña como Representante a la Cámara por el Departamento de Risaralda.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 11001-03-15-000-2015-00102-00. Sentencia de 23 de febrero de 2016. Solicitante: Luisa Fernanda Escobar Rodríguez. Demandado: Marco Sergio Rodríguez Merchán. Consejera Ponente. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

⁷ Sobre el valor probatorio de la copia simple, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su criterio y aceptó el valor de esta. Sentencia de 30 de septiembre de 2014. Expediente: 11001-03-15-000-2007-01081-00. Actor: Adriana Gaviria Vargas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Recurso Extraordinario de Revisión. En consecuencia, el tema del valor probatorio de estas copias no se discute.

Si en un proceso de pérdida de investidura se prueba la elección de un Congresista con el Acta E-26 u otro documento, corresponderá al demandado desvirtuarlo, hecho que evidentemente en el presente proceso no aconteció.

Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el presente caso, encuentra acreditada la condición de Representante a la Cámara de quien fue demandado en el proceso de pérdida de la investidura, quien, por demás, en ningún momento procesal negó esa condición.

En consecuencia, la excepción de falta de acreditación de la calidad de congresista no está llamada a prosperar.

2.4. Generalidades de la pérdida de la investidura de congresista

El primer referente normativo que se tuvo de la acción de pérdida de investidura fue el artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 1979, que, con un propósito moralizador, permitía despojar de la investidura a los congresistas cuando incurrieran en violación al régimen de incompatibilidades o de conflicto de intereses, o cuando en un período legislativo faltaren a ocho sesiones plenarias sin justificación.

El conocimiento de la nueva acción se atribuyó al Consejo de Estado, corporación que no alcanzó a conocer ningún proceso de esta naturaleza, porque la reforma constitucional no tuvo desarrollo legal en razón a que Corte Suprema de Justicia la declaró inexecutable⁸.

La Constitución Política de 1991 conservó la mencionada institución al incorporar la acción de pérdida de investidura en los artículos 183 y 184, fijando directamente las causales para su procedencia y dejando en cabeza del Consejo de Estado su resolución en el término de 20 días.

Esta Corporación, una vez entró a regir la Constitución de 1991, se abstuvo de conocer de los procesos que se presentaron en ejercicio de la acción de pérdida de la investidura por la carencia de un desarrollo legislativo de la figura constitucional⁹, al considerar que en este evento, como en otros, a pesar de que la Carta tiene fuerza vinculante sin necesidad de la intermediación del Congreso de la República, se requería de la regulación legal para su efectividad.

La expedición de la Ley 144 de 13 de julio de 1994, *“Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas”*, que desarrolló los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, hizo que entrara en pleno vigor la

⁸ Sobre los antecedentes de la institución de la pérdida de investidura de congresista se pueden consultar: (i) “El Proceso Constitucional de Pérdida de Investidura de los Congresistas de Colombia, en VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 2002”. Autor: Humberto Antonio Sierra Porto (<http://icrp.uexternado.edu.co/>). (ii) “La Pérdida de Investidura – De Congresistas, Diputados, Concejales, Miembros de Juntas Administradoras Locales y Ediles”. Autores: Fernando Brito Ruiz. Leonel Quintero González y John James Fernández. 2ª Edición. Editorial Leyer. Y (iii) “La Acción de Pérdida de Investidura de los Congresistas”. Autor. Samuel José Ramírez Poveda. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 11 de diciembre de 1991. Expediente: AC-006. Actor: José Ignacio Vives Echeverría. Demandado: Jesús Ranulfo Rosero Ruano. Consejero Ponente: Miguel González Rodríguez. En igual sentido, auto de 21 de abril de 1992. Expediente: AC-108. Actor: Fernando Minolta Arboleda. Demandado: José Ramón Navarro Mojica. Consejero Ponente: Amado Gutiérrez Velásquez.

acción constitucional. Esta normativa se vino a complementar con las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, artículos 55 y 48, las cuales establecieron que la acción de pérdida de investidura igualmente procedía contra diputados, concejales municipales y distritales, y los miembros de las juntas administradoras locales.

Sin embargo, en otras normas constitucionales también fueron consagradas causales para la procedencia de la pérdida de investidura, razón por la que el análisis de estas debe hacerse a partir de una lectura integral del texto constitucional. Es así como en los artículos 109 y 110 de la Constitución se fijan hechos o circunstancias diversas a las contempladas en el 183 como causales para la procedencia de la pérdida de la investidura.

El Congreso de la República expidió la Ley 144 de 13 de julio de 1994, "*Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de la investidura de los congresistas*", mediante la cual se desarrollaron los artículos 183 y 184 de la Constitución Política.

En términos generales, la acción de pérdida de la investidura se ha definido como un **juicio**¹⁰ o **proceso jurisdiccional sancionatorio**, pues hace parte del *jus puniendi* del Estado y, a diferencia de los procesos sancionatorios administrativos, es la jurisdicción –el juez de lo Contencioso Administrativo- con fundamento en el procedimiento establecido por el legislador el que impone la sanción.

De propósito **ético**¹¹, en tanto las causales ideadas por el Constituyente son un **código positivizado de conducta**, que tiene por objeto reprochar y sancionar conductas contrarias a la dignidad del cargo que ejercen los representantes del pueblo. Dignidad que surge por el hecho del voto ciudadano y que enaltece el principio de representación democrática.

A partir de la positivización de las conductas objeto de reproche, ha de entenderse que el juez de la pérdida de la investidura debe juzgar si determinado comportamiento de quien ostenta la representación popular se ajusta a lo que el Constituyente y el legislador -en el caso de los miembros de las corporaciones públicas del orden territorial- esperan de él. Dicho de otro modo, el ordenamiento tiene la expectativa de que los representantes del pueblo ejerzan sus funciones con la dignidad que ello significa y, en consecuencia, no incurran en las causales de pérdida de investidura.

El hecho de que existan de forma positivizada las conductas objeto de reproche, impide que el juez de la pérdida de investidura pretenda hacer juicios subjetivos de carácter moral. La valoración moral la hizo el Constituyente en el momento en que decidió plasmar determinadas conductas como lesivas de la dignidad y del principio de representación, en que se funda la democracia misma¹².

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-1159 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 21 de agosto de 2012. Expediente: 110010315000201100254-00(PI). Actor: Jesús Enrique Vergara Barreto. Demandado: Representante a la Cámara Héctor Javier Vergara Sierra. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

¹² Lo que antes se planteaba como un problema ontológico o metafísico, entre el derecho promulgado por los seres humanos y una realidad moral superior que dotaría de validez o legitimidad al derecho positivo, ha pasado a convertirse en un problema de cómo interpretar la moralidad incorporada en y por el derecho positivo. Para algunos, el clásico debate

El Consejo de Estado juzga a los miembros del Congreso a partir del código de conducta que les impuso el Constituyente, cuyo fundamento está en la dignidad que le imprime a los miembros de los cuerpos colegiados el mandato otorgado en las urnas, es decir, en aras de proteger la legitimidad de la democracia.

El juez de la pérdida de investidura, entonces, debe determinar si el demandado, con su conducta, lesionó la dignidad del cargo que ostenta y el principio de representación, a partir del análisis de las específicas causales que fijó el Constituyente. Son causales que imponen deberes y restricciones comportamentales a los aspirantes (inhabilidades) y a los integrantes (incompatibilidades y otras prohibiciones) de las corporaciones de elección popular.

El carácter jurisdiccional le resta cualquier posibilidad para que este proceso puede ser clasificado como un juicio **político o de conveniencia o de control político**, pese a que sus consecuencias y los efectos que de él se derivan tengan un impacto directo en los derechos subjetivos de tipo político de quien resulta sancionado, en tanto la sanción de pérdida de investidura genera una inhabilidad de tipo permanente para ocupar cargos de elección popular¹³. Es decir, es un **juicio de carácter sancionatorio**.

La sanción no es redimible. El Constituyente instituyó un castigo que no es redimible y, por tanto, perenne, pese a que uno de los principios axiales de la misma Constitución es la inexistencia de penas imprescriptibles, según el artículo 28 constitucional. Esta aparente antinomia se justifica porque la pérdida de investidura busca amparar y hacer prevalecer el principio democrático, que identifica y define al Estado Colombiano, artículo 1. En donde más allá del derecho a ser elegido, se impone el respeto y mantenimiento de la democracia, impidiendo a quien ha defraudado ese principio volver a ser depositario de la confianza del elector.

Sobre el particular, la Corte Constitucional indicó:

“En atención a la altísima dignidad que supone el cargo de Congresista y a la significación del Congreso dentro de un Estado democrático, la Constitución ha previsto una sanción particularmente drástica para las infracciones anotadas, puesto que la pérdida de la investidura implica no solo que el congresista pierde su calidad de tal, sino que, además, queda inhabilitado de manera permanente para ser congresista”.¹⁴

entre iusnaturalismo y positivismo se habría disuelto o superado en lo que hoy en día se conoce como positivismo “incluyente” o “inclusivo”, en la formulación de Jules Coleman (2001).

¹³ Constitución Política, artículo 179, numeral 4, Ley 617 de 2000, artículos 30, numeral 1, 33 numeral 1, 37, numeral 1, 40 numeral 1.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-207 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Los miembros de las corporaciones públicas deben mantener incólume la dignidad que ostentan como representantes del pueblo. Eso es valioso para la democracia representativa.

La institución de la pérdida de investidura no contempla gradación alguna ni frente a las causales ni frente a las sanciones. Todas las causales son lo suficientemente graves para imponer la pena consistente en la pérdida definitiva del derecho a continuar ostentando la investidura y a volver a ser elegido congresista, diputado, etcétera.

De ese modo, la Constitución manda un mensaje claro: la dignidad de ser representante del pueblo es un valor tan alto y delicado que cualquiera de las causales de pérdida de investidura es suficiente para expulsar definitivamente de la vida política a quien resulte responsable de la afectación de la dignidad del Congreso en clave de régimen de pérdida de investidura.

Iguales fundamentos permiten entender la razón por la que la acción de pérdida de investidura no está sujeta al término de caducidad y bien puede formularse en cualquier momento, durante el ejercicio del cargo o incluso después de hacer dejación del mismo. Sin embargo, no hay lugar a adelantar dicha acción cuando se ha producido el deceso del acusado, pues la responsabilidad sancionatoria es personalísima¹⁵.

Es una **acción pública** y, por tanto, tiene una amplia legitimación por activa, en tanto cualquier ciudadano puede interponerla, amén de la atribución otorgada a la mesa directiva de cada una de las Cámaras que integran el Congreso de la República, en los precisos términos de la Ley 5 de 1992, artículo 41, numeral 7.

La facultad que tiene todo ciudadano para impetrar esta acción, materializa, como lo ha reconocido la Sala, el ejercicio democrático y el control ciudadano al que están sometidos los poderes públicos¹⁶.

En conclusión, la pérdida de la investidura es una acción pública, que da origen a un proceso de carácter jurisdiccional y sancionatorio de propósito ético, con consecuencias políticas, en el sentido específico de quitar parte de los derechos políticos de los ciudadanos, que castiga la violación de un régimen especial creado para los congresistas y los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, que tiene por fundamento la protección y la preservación del principio de representación y de la dignidad en el ejercicio del cargo que confiere el voto popular.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expedientes acumulados 110010315000201001161-00 y 110010315000201001324-00. Solicitantes: William Felipe Castillo Domínguez y otro Demandado: Felipe Fabián Orozco Vivas, Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo. En este fallo se sostuvo al respecto: "Así las cosas, al constituir la acción de pérdida de investidura un juicio... que impone el cumplimiento de conductas propias y adecuadas a la dignidad del cargo de congresista, por sustracción de materia, si contra quien se dirige la acción fallece, la acción de pérdida de investidura se extingue".

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 11001-03-15-000-2015-00102-00. Sentencia de 23 de febrero de 2016. Solicitante: Luisa Fernanda Escobar Rodríguez. Demandado: Marco Sergio Rodríguez Merchán. Consejera Ponente. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

2.5. La excepción de cosa juzgada y las diferencias entre las acciones públicas de nulidad electoral y la pérdida de investidura

El Ministerio Público y el demandado en el presente caso, alegan que operó la cosa juzgada en tanto en un proceso de nulidad electoral, la Sección Quinta analizó la causal de inhabilidad en la que ahora se sustenta el proceso de pérdida y llegó a la conclusión de que aquella no se configuró, después de analizar los mismos supuestos fácticos y jurídicos en que ahora se fundamenta la demanda de pérdida de la investidura.

En efecto, el juez de la nulidad electoral en esa oportunidad **sentenció que no se había configurado la causal de inhabilidad de coexistencia de períodos**¹⁷, causal que se invoca nuevamente en el proceso de la referencia para fundamentar la petición de desinvestidura.

En ese orden de ideas, para resolver si es válida la excepción de cosa juzgada que adujo el apoderado del demandado y que el Ministerio Público defendió en la audiencia pública, se considera necesario analizar la naturaleza de uno y otro proceso, para determinar sus diferencias y establecer si es admisible que el juez de la pérdida de la investidura se pronuncie cuando el juez de la nulidad electoral ha emitido fallo en el que ha verificado si una causal de inhabilidad se ha configurado o no y, si es posible hablar de la existencia de la cosa juzgada, como lo solicita tanto la Procuraduría General como la defensa del demandado en el proceso de la referencia.

Se precisa, antes de avanzar en la distinción de uno y otro proceso, que los dos tienen en común una única causal: **el desconocimiento del régimen de inhabilidades y es esta causal, la que será objeto de estudio en esta oportunidad por la Sala.**

En efecto, la nulidad electoral tiene entre los motivos para demandar el acto de elección o designación que la persona se halle incurso en las causales de inhabilidad, artículo 275, numeral 5 del CPACA. Por su parte, el artículo 183 de la Constitución Política indica que los congresistas perderán su investidura por la violación del régimen de inhabilidades.

En otros términos, tanto el juez de la nulidad electoral como el de la pérdida de la investidura están llamados a pronunciarse sobre la configuración de una cualquiera de las inhabilidades que, en el caso de los Congresistas, están consagradas expresamente en el artículo 179 constitucional.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Radicado 1100103280002014-0003200. Demandado Juan Carlos Rivera Peña. Demandante Mónica Adriana Segura González. Sentencia de 8 de octubre de 2014. Consejero Ponente. Alberto Yepes Barreiro.

Es por esa identidad en una de las causales para la procedencia de una y otra acción, que se impone analizar si el pronunciamiento del juez de la nulidad puede alegarse bajo la excepción de cosa juzgada en el proceso de la pérdida de investidura o viceversa, asunto que solo se puede determinar a partir de las diferencias entre uno y otro proceso. Veamos:

En el medio de control de nulidad electoral, acción pública creada por el legislador y elevada a rango constitucional en el Acto Legislativo No. 02 de 2009, el juez está llamado a hacer **un juicio sobre la legalidad del acto de elección**, es decir, su correspondencia o no con el orden jurídico, sin efectuar calificación alguna sobre las razones o el contexto en que se configuró la causal de nulidad invocada. Es por ello que se habla de un **control objetivo de legalidad**, en tanto se analiza **el acto de elección o designación** frente al ordenamiento jurídico. El juzgador no puede hacer examen diverso a la confrontación **acto-norma**¹⁸.

Es decir, la pretensión de nulidad electoral es la de dejar sin efectos el acto de elección o designación por ser contrario al ordenamiento. El juez solo debe confrontar la disposición que se dice vulnerada con el acto de elección o designación, para determinar si el mismo se aviene o no a los supuestos exigidos por la disposición que se dice desconocida, juicio meramente objetivo que protege la voluntad popular del electorado.

Por su parte, el estudio al que está obligado el juez de la pérdida de investidura es diferente. En tanto le corresponde confrontar **la conducta** del demandado con las causales de pérdida de investidura alegadas por la parte actora. Al juez le corresponderá imponer la consecuencia si halla probada la causal, que no es otra que la de decretar la desinvestidura, que trae aparejada la inhabilidad permanente para ser elegido a un cargo de elección popular.

Es decir, el examen en este proceso es sobre la **conducta del demandado**, en otros términos, el análisis del juez del proceso de la pérdida de la investidura es **subjetivo**, y pretende sancionar al congresista por defraudar el principio de representación democrática. Como la pérdida de investidura gira en torno a la conducta desplegada por un sujeto de derechos, esto es, una persona natural, y va encaminada a imponer una sanción, la acción de pérdida de investidura está gobernada por el principio de presunción de inocencia, que se desvirtúa endilgándole al demandado una responsabilidad subjetiva.

Desde las primeras decisiones proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se advirtió que el juicio que debe hacer el juez de la pérdida de la investidura es frente **a la conducta** del demandado, a diferencia del juez electoral que examina el acto de elección o designación a partir de un juicio objetivo de legalidad.

Por ejemplo, en la sentencia de 1992 se indicó:

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia de 3 de agosto de 2015. Expediente 2014-00051-00. Demandante: Iván Medina Ninco. Demandada: Ana María Rincón Herrera. Consejera Ponente. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

*“... el juicio que se adelanta para decretar la pérdida de la investidura de la investidura de un congresista - con fundamento en el artículo 184 (sic) de la Carta - y el juicio electoral que pretende la nulidad de su elección - aunque se refieran a una misma persona - **juicios idénticos, fundados en los mismos hechos y con igualdad de causa.** En efecto, la pérdida de la investidura implica en el fondo **una sanción por conductas asumidas por la persona del Congresista** que lo priva de esa condición que alguna vez fue poseída por él; al paso que, el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de Congresista son legítimas o, si por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son ilegítimas.”¹⁹*

En providencia de 2001 se señaló que en el proceso de pérdida de investidura se debe analizar **la conducta** a partir la causal alegada –entre otras la de inhabilidad– mientras que en el medio de control de nulidad electoral **se debe revisar la legalidad del acto**²⁰.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Primera, que incluso se ha referido **a la conducta ilícita**²¹ para indicar que solo aquellos compartimientos que buscan quebrantar el ordenamiento podrían dar lugar a la pérdida de la investidura.

La diferencia entre un proceso y otro, para efectos de determinar si el pronunciamiento que se dicte en un proceso de nulidad puede oponerse en el juicio de pérdida de la investidura con la fuerza de la cosa juzgada, está, entonces, en el carácter **subjetivo** que tiene el proceso de pérdida de la investidura, naturaleza esta de la que carece la nulidad electoral.

El juicio que está llamado a ejercer el juez electoral es **objetivo** en tanto aquel solo debe analizar si el **acto de elección o designación** se ajusta al ordenamiento. Por su parte, el juez de la pérdida de la investidura debe enjuiciar, se repite, **la conducta del demandado**, lo que implica necesariamente que este efectúe un examen diverso al que debe desplegar aquél. Examen que, por demás, no puede desconocer la naturaleza sancionatoria de este proceso, lo que **significa que el artículo 29 de la Constitución rige plenamente en el proceso de pérdida de investidura.**

En otros términos, mientras el juez de la nulidad hace un **análisis objetivo –acto-norma**, el juez de la pérdida de la investidura debe realizar un **análisis conducta-norma**, es decir, subjetivo, en tanto **debe valorar el comportamiento del demandado a partir de las causales** previamente establecidas en la norma fundamental, por lo menos en cuanto a lo que a la violación del régimen de inhabilidades se refiere. Diferencia esta que resulta sustancial entre una y otra acción.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 8 de septiembre de 1992, Exp. AC-175, C.P. Guillermo Chahín Lizcano, reiteradas en las sentencias de fechas 5 de marzo de 2002, Exp. 11001031150002001019901, y 21 de mayo de 2002, Expediente No. 11001-03-15-000-2002-0042-01-039.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 20 de marzo de 2001. Exp. AC-12157, Consejero Ponente, doctor Darío Quiñónez Pinilla.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia de 28 de junio de 2007. Rad. 2005.2302-01. Consejero Ponente, doctor Camilo Arciniegas Andrade.

Ese análisis subjetivo que le corresponde al juez de la pérdida de la investidura tiene, por demás, como fundamento, el carácter sancionatorio de este proceso, que debe determinar si el demandado incurrió en el **comportamiento** proscrito por el Constituyente. Es decir, en aquella conducta objeto de reproche que atente contra el principio de representación y que busca preservar la **dignidad** que implica el ejercicio de las funciones del mandato otorgado a través del voto popular, en aras de salvaguardar la democracia en que se funda el Estado.

Dignidad del cargo de representación que, en términos kantianos y su imperativo categórico, se traduce en el ejercicio del mandato representativo en beneficio del interés general y no en el provecho personal de quien ostenta la representación²². Imperativo que se proyecta en las taxativas causales de pérdida de la investidura que configuró el Constituyente, en defensa del principio democrático.

El análisis subjetivo del juicio que debe efectuar el juez de la pérdida de la investidura en razón de su carácter sancionatorio, a la luz del artículo 29 constitucional, impone, por demás, un análisis de responsabilidad basado en la culpabilidad y que la doctrina constitucional ha interpretado como la proscripción de la responsabilidad objetiva en el ejercicio del *jus puniendi* del Estado²³.

Es importante resaltar que esta Corporación, en una decisión del año en tránsito, se pronunció no solo frente al carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, sino a la necesidad por parte del juez que conoce de este proceso de hacer un análisis que no puede quedarse en la simple comprobación de los elementos de la causal, en razón a que la sanción que aquella implica exige ir más allá de esa demostración.

En aquella oportunidad se señaló:

“El carácter sancionatorio que se predica de la pérdida de investidura implica que el análisis que se efectúe de la controversia no debe limitarse a la verificación de la violación del ordenamiento jurídico, como si se tratase de una nulidad por infracción de norma superior en los términos del artículo 137 del CPACA, sino que va mucho más allá, puesto que la sanción no solo conlleva la de la separación de la curul, sino que además implica la consecuencia de no volver a poder ser elegido popularmente.”²⁴.

Este régimen constitucional de responsabilidad de carácter subjetivo, se acompasa con lo dispuesto por instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en sus artículos 14.2 y 15.1, consagran los principios de culpabilidad e irretroactividad de las penas y

²² El primer imperativo categórico de Kant “Actúa de tal manera que tu comportamiento pueda convertirse al mismo tiempo en una ley universal”

²³CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-152 de 2002.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 11001-03-15-000-2015-00102-00. Sentencia de 23 de febrero de 2016. Solicitante: Luisa Fernanda Escobar García. Demandado: Marco Sergio Rodríguez Merchán. Consejera Ponente. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

sanciones, respectivamente. En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 8.2, consagra igualmente dichos principios.

En otros términos, a partir del principio de culpabilidad, inserto en el artículo 29 constitucional y garantía de otros principios constitucionales, como el de la dignidad e inocencia, se impone al juzgador de la pérdida de la investidura hacer una valoración diversa a la que efectúa el juez del medio de control electoral, dado que, por tratarse de un régimen de responsabilidad individual o personal con consecuencias gravísimas frente al derecho político a ser elegido popularmente, no puede tener como único sustento, para su procedencia, el que el demandado recorra **la descripción de la norma que determina, en lo que hace al régimen de las inhabilidades**, el hecho constitutivo de la misma, fundamento del medio de control de nulidad electoral.

Un análisis en el proceso de la pérdida de la investidura, que tenga como único fundamento la simple constatación de los supuestos que fija la norma como causal de pérdida de investidura, convertiría este proceso **en un juicio de responsabilidad objetiva**, proscrito constitucionalmente en el artículo 29, fuera de las severas consecuencias que de dicha responsabilidad se derivan, no solo frente al debido proceso, sino a otros derechos fundamentales de quienes son sujetos pasivos de esta acción sancionatoria.

Consecuencias estas que no se derivan del medio de control de nulidad electoral, dado que la nulidad del acto de elección no genera inhabilidad como sí sucede con la pérdida de investidura, la que, en los términos del artículo 179, numeral 4, constitucional, señala que no podrán ser electos al Congreso de la República, entre otros cargos de elección popular, **quienes hayan perdido la investidura de congresista**.

No se puede perder de vista que la nulidad del acto electoral o de designación **no es una sanción** contra el que resultó elegido, como sí lo es la pérdida de la investidura, hecho que, por sí mismo, implica que el juez de una y otra acción estén obligados a efectuar exámenes diversos.

Así, a diferencia del medio de control de nulidad electoral en el que basta demostrar que se cumplen los elementos que configuran la respectiva inhabilidad, **sin juicios adicionales por parte del juzgador**, en el proceso de pérdida de investidura el juez, además de comprobar que la inhabilidad se configuró –como le corresponde al juez electoral-, requiere, adicionalmente, determinar **el llamado elemento subjetivo**, para lo cual, necesariamente, quien conoce del proceso sancionatorio debe acometer un estudio diferente al que efectúa el juez del medio de control electoral.

Esta distinción justifica, por sí sola, que el juez de la pérdida de la investidura deba admitir y fallar las solicitudes que se presenten, pese a que el juez electoral hubiese decretado la nulidad de la elección por encontrar configurada la causal de inhabilidad. Pues, como ya se anticipó, no basta con que se demuestre que la inhabilidad se estructuró –**elemento objetivo**-, dado que es necesario que el juez

de la pérdida de la investidura evalúe la conducta del demandado **-elemento subjetivo-** para determinar si procede o no la sanción que se deriva de este juicio.

En otras palabras, la distinción que se ha venido planteando de tiempo atrás tanto por esta Corporación como por la Corte Constitucional²⁵, en el sentido que cada juez debe adelantar su propio juicio en razón de la autonomía de estos medios de control, no explica suficientemente la razón por la que el juez de la pérdida de la investidura debe, pese a la existencia de un pronunciamiento previo del juez de lo electoral, **examinar la procedencia o no de la sanción.**

Pues bien, una y otra acción se diferencia, entonces, en **el raciocinio** que debe emplear un juez y otro para su resolución, pues mientras **el juicio de pérdida de investidura es sancionatorio, el medio de control de nulidad electoral es un objetivo de legalidad.**

Y es precisamente esa naturaleza sancionatoria, la que permite explicar el porqué no basta con el pronunciamiento del juez electoral para decretar la pérdida de investidura, hecho que, en sí mismo, impide la configuración de la cosa juzgada.

En efecto, por tratarse de un proceso de **carácter sancionatorio**, se considera que el juez de la pérdida de la investidura está llamado a efectuar un examen diverso al que realiza el electoral, en tanto aquél examina **la conducta –aspecto subjetivo-** del demandado y éste **el acto** con el ordenamiento **–aspecto objetivo-**.

En otras palabras, el ordenamiento constitucional entendido en forma sistemática, artículos 29 y 183, impone considerar a la pérdida de investidura dentro del régimen de responsabilidad **subjetivo**²⁶, en el que la imposición de la sanción no puede tener como único fundamento la verificación de los presupuestos o elementos que estructuran la causal, que es precisamente el juicio que hace el juez de la nulidad electoral.

Al juez de lo electoral le basta comprobar que los presupuestos en los que se fundamenta la respectiva inhabilidad están demostrados para declarar la nulidad del acto de elección o designación sin otros análisis, su juicio se centra en determinar la **legalidad del acto** de elección y no examina **la conducta** del demandado. Su análisis es objetivo acto-norma. Así, razón por la que a este le son indiferentes las razones de orden subjetivo para la configuración de la inhabilidad, v.gr. el no ejercicio efectivo de la autoridad; enemistad con alguno de los consanguíneos enumerados en la norma, el desconocimiento de los supuestos de la inhabilidad, entre otros.

El juez de la pérdida de la investidura, a diferencia de la valoración que hace el juez electoral, no puede quedarse en la simple confrontación de la causal, en tanto

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias SU-399 y SU-400 de 2012, entre otras.

²⁶ Es importante indicar que esta teoría del régimen subjetivo del juicio de la pérdida de investidura fue defendida de tiempo atrás por un grupo minoritario de consejeros de Estado en aclaraciones y salvamentos de voto, entre ellos, los doctores Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Hugo Bastidas Bárcenas y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Cfr. Aclaraciones presentadas dentro del proceso 11001-03-15-00-2013-01115-00. Recientemente por el doctor Carlos Moreno Rubio. Expediente 2012-00966-00.

requiere analizar **la conducta del demandado** para determinar la procedencia o no de la sanción. Es decir, no es suficiente que se configure o demuestre la violación del régimen de inhabilidades, se requiere, adicionalmente, el análisis de la conducta del demandado.

La Sala debe indicar que, desde esta perspectiva, las causales de inhabilidad son **objetivas y por ende el juicio que frente a ellas debe realizar el juez de la nulidad electoral es de la legalidad objetiva**, en cuanto basta que se demuestren los ingredientes que las componen –el temporal y el material- para que se configuren.

En efecto, es importante indicar que el régimen de inhabilidades es objetivo en tanto su configuración depende del Constituyente o del legislador, en donde una vez definidos por estos sus elementos: **el material y el temporal**, quien está llamado a verificar si la respectiva causal se presentó o no, le basta simplemente determinar si, en el caso concreto, se cumplen los presupuestos establecidos en la normativa.

Se entiende, por tanto, que para su configuración, basta la verificación objetiva de esos extremos **-material y el temporal-** para concluir que el individuo está incurso en la respectiva causal.

Es decir, el régimen de inhabilidades es aquel que, por su naturaleza restrictiva, solo puede ser objeto de configuración por el Constituyente o el legislador por expresa delegación de aquel. En ese sentido, la actividad del juez solo puede limitarse a la existencia y comprobación de los elementos para su configuración, sin que pueda hacer análisis diversos. Es por ello que se afirma que, tratándose del régimen de inhabilidades, **este es objetivo**.

De esta manera, ha de entenderse que, independiente de la naturaleza del proceso en el que se deba acometer el estudio del régimen de inhabilidades, al funcionario judicial le bastará su demostración para tomar la decisión que corresponda, como sucede con el juez del medio de control de nulidad electoral, o avanzar en el análisis de otros elementos, como el subjetivo, en el caso de la pérdida de la investidura.

Bajo este entendido, es decir, que las inhabilidades tienen un carácter **objetivo**, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que cuando en un proceso de nulidad electoral se ha analizado una determinada causal de inhabilidad y el juez de la pérdida de la investidura debe resolver un proceso bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos que fueron analizados por aquel, esa decisión no es suficiente para enervar la procedencia de la acción de pérdida de la investidura, en tanto a este juez le corresponde efectuar un análisis diferente frente a la configuración de la causal de pérdida, dado que debe examinar el elemento subjetivo, asunto que surge de la naturaleza sancionatoria del juicio de pérdida, que no se contrapone a la naturaleza objetiva del régimen de inhabilidades.

Ha de entenderse, entonces, que la razón para que las sentencias del juez electoral que declaran la existencia de una causal de inhabilidad no puedan constituir plena prueba para sancionar en el proceso de pérdida de la investidura o que su existencia permita alegar la configuración de la cosa juzgada, es que el proceso de nulidad es de carácter objetivo, mientras que el de la pérdida de la investidura es de naturaleza sancionatoria de régimen subjetivo y, por ende, regulado bajo un régimen de responsabilidad basado en el culpa.

Por tanto, corresponderá al juez de la pérdida de investidura hacer el análisis de la conducta del demandado para determinar si, pese a que se recorrió la descripción del supuesto descrito por el Constituyente –configuración de la causal de inhabilidad que es objetivo- existe una razón que permita concluir que no se lesionó la dignidad del cargo y el principio de representación que el Constituyente buscó proteger con la estructuración de la causal como constitutiva de la pérdida.

Aceptándose que el juez de la nulidad electoral efectúa un análisis objetivo y el juez de la pérdida de la investidura le corresponde acometer un examen subjetivo, a partir del carácter sancionatorio de esta acción, no se puede admitir la configuración de la cosa juzgada por la existencia de una decisión del juez electoral, en tanto esta solo se configura, en los términos del artículo 15 de Ley 144 de 1994²⁷, frente a pronunciamientos que se produzcan en el marco de otra acción de pérdida de investidura con los mismos supuestos fácticos y jurídicos, pero **no** frente a decisiones proferidas en otros ámbitos, como lo sería la acción de nulidad electoral, en tanto, se repite, la valoración que hace el juez de la nulidad es meramente objetivo y el de la pérdida de la investidura es subjetivo, en razón de su carácter sancionatorio.

Las razones expuestas, son suficientes para denegar la excepción de cosa juzgada alegada por el demandado y por el Agente del Ministerio Público, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

El análisis expuesto por la Sala en este acápite, constituye la *ratio decidendi* de esta decisión y, por tanto, será **el precedente y la regla** que habrá de aplicarse a partir de la ejecutoria de esta providencia, en todos los procesos de pérdida de la investidura. Por tanto, en cada caso, deberá comprobarse la existencia del elemento de culpabilidad, por tratarse de un régimen sancionatorio de tipo subjetivo.

2.6. Análisis del caso concreto

Se alega en el presente caso que el señor Juan Carlos Rivera Peña, al renunciar al cargo como diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda incurrió en la inhabilidad del artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política, según la cual *“Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para*

²⁷ Artículo 15: No se podrá admitir solicitud de pérdida de la investidura de la investidura de un Congresista en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a las causales sobre las cuales ya se haya pronunciado el Consejo de Estado.

*una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente.*²⁸.

Sobre la mencionada causal, es importante indicar que la Sala Plena Contenciosa en casos similares al presente²⁹, ha indicado que la renuncia al cargo de elección popular impide la configuración de la inhabilidad del artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política, en tanto no se puede entender que hay concurrencia de períodos como lo exige el precepto que describe el hecho inhabilitante. Pronunciamiento que se acompasa con lo dicho por la Corte Constitucional³⁰ sobre la renuncia como hecho que enerva la configuración de la mencionada causal.

Esta postura de la Sala Plena Contenciosa coincide con el examen que efectuó la Sección Quinta, en sentencia de 8 de octubre de 2014, en el marco del medio de control de nulidad electoral, en donde con fundamento en los mismos presupuestos fácticos y jurídicos alegados en este proceso de pérdida de investidura, fallo en el que se indicó que el demandado Juan Carlos Rivera Peña, al renunciar al cargo como diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda, **no incurrió** en la inhabilidad del artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política.

En otros términos, al momento de fallar la causal de inhabilidad por el juez electoral, aquel consideró con fundamento en la interpretación que para la época imperaba, que no se podía declarar la nulidad de la elección, en tanto la renuncia al cargo de Diputado impedía la configuración de la causal de nulidad.

Lo expuesto permite a la Sala Plena Contenciosa Administrativa, sin mayores análisis, afirmar que la causal alegada en el presente caso no se configuró y, por ende, ha de negar la pretensión de pérdida de la investidura, en tanto se produjo la renuncia al cargo antes de la elección y no se configuró la causal inhabilitante de coincidencia de períodos, como reiteradamente, para la fecha de la renuncia, lo habían sentenciado distintas corporaciones judiciales en sus ámbitos de competencia -nulidad electoral, control de constitucionalidad y pérdida de la investidura, entre otros-.

En efecto, de conformidad con la interpretación judicial unánime que imperaba para la época en que el demandado dejó su cargo de diputado para aspirar al de Representante a la Cámara, **la renuncia** a uno de los cargos impedía la configuración de la causal de coincidencia de períodos³¹.

²⁸ Esta norma se ha modificado en dos oportunidades, la primera en el Acto Legislativo 1 de 2003 y la segunda en el Acto Legislativo No. 1 de 2009. Reformas que, en lo que respecta a este precepto específico, fueron declaradas inexecutable en las sentencias C-332 de 2005 y C-040 de 2010, respectivamente. En consecuencia su texto es el que fue aprobado por el Constituyente de 1991.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena Contenciosa. Sentencia 28 de julio de 2015. Radicado: 11001-03-15-000-2014-04010-00. Actor Darío Fería Cardozo. Accionado: José Élvor Hernández Casas. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 1994.

³¹ Sobre el particular, la Sección Quinta del Consejero de Estado, en decisión de 7 de junio de 2016, modificó el criterio sobre el tema. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Actor Emiliano Arrieta Monterroza. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez-Gobernadora de la Guajira.

Es decir, el juez de la pérdida de la investidura no podría declarar la imposición de esta sanción, así modificara hoy su entendimiento sobre esta causal, en tanto desde el análisis subjetivo que le corresponde efectuar, debería concluir que el demandado actuó bajo la convicción legítima de estar amparado por el criterio jurídico que para la época de su renuncia y elección imperaba en las Altas Cortes, es decir, unanimidad frente al criterio según el cual la renuncia enervaba la causal inhabilitante.

Desde esta perspectiva, ha de entenderse que el Estado-juez en casos como el presente, creó un estado de confianza plausible y razonable³² en la conciencia del demandado, que lo llevó a renunciar a su cargo de diputado, bajo la convicción de que aquella le permitía acceder a otro cargo de elección popular sin incurrir en la causal inhabilitante; estado de confianza que el juez de la pérdida de la investidura no podría desconocer al momento de examinar la procedencia o no de la sanción de pérdida.

Lo expuesto es suficiente para denegar la pretensión de pérdida de investidura en el proceso de la referencia.

Finalmente, considera la Sala que no existe razón para declarar la temeridad en la actuación del demandante, como lo solicitó la defensa del demandado, en tanto, como se dejó expuesto, el análisis que debe efectuar el juez de la pérdida de la investidura es diferente al que le corresponde al juez de lo electoral.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la excepción de cosa juzgada propuesta por la defensa del demandado y el Ministerio Público, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la pretensión de pérdida de investidura instaurada por el señor Ricardo Antonio Martínez Hernández contra el Representante a la Cámara

³² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 29 de julio de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-15972-01(27228). Actor: FIDUCIARIA SURAMERICANA Y BIC-SUFIBIC S.A. Demandado: CONGRESO DE LA REPUBLICA. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo y reiterada en la sentencia de 31 de agosto de 2015. Expediente 25000-23-26-000-1999-00007-01(22637). Actor: TV 13 LIMITADA Y OTROS. Demandado: NACION - CONGRESO DE LA REPUBLICA Y OTROS. Consejero Ponente: Ramiro Pazos. En estas decisiones se indicó que los estados de confianza son aquellos "que se crean en el ámbito del sujeto a partir de comportamientos uniformes del Estado que se caracterizan por ser actos objetivos, externos, claros, tangibles, inequívocos, reales, lo "suficientemente concluyentes (...) que orient[an] al ciudadano hacia una determinada conducta", que, si bien pueden nacer al margen del principio de legalidad, se acompañan con la confianza constitucionalmente protegida (art. 83) que generan esas actuaciones de las autoridades".

por la circunscripción territorial de Risaralda, Juan Carlos Rivera Peña, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NEGAR la solicitud de declarar temeraria la conducta del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Salva Voto

RAMIRO PAZOS GUERRERO

HUGO FERNANDO BASTIDAS

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ

CARMELO PERDOMO CUÈTER

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Salva Voto

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA
GONZÁLEZ**

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO
VALDÈS**

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Salva Voto

GUILLERMO VARGAS AYALA

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES POR COINCIDENCIA DE PERIODOS – Requisitos

Me permito aclarar el voto toda vez que considero que el desarrollo sobre el elemento subjetivo del medio de control de pérdida de investidura no era necesario para resolver el caso concreto. Para negar las pretensiones de la demanda era suficiente con que se comprobara, como en efecto se hizo, el elemento objetivo referido a la renuncia del demandado al cargo de Diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI)

Actor: RICARDO ANTONIO MARTINEZ HERNANDEZ

Demandado: JUAN CARLOS RIVERA PEÑA

Referencia: ACLARACION DE VOTO – JORGE OCTAVIO RAMIREZ

Aunque acompaño la decisión que se adopta en la sentencia del 27 de septiembre de 2016, por la que se negó la solicitud de pérdida de investidura formulada por el señor Ricardo Antonio Martínez Hernández en contra del señor Juan Carlos Rivera Peña (Representante a la Cámara por la circunscripción de Risaralda 2014-2018), de manera respetuosa me permito **aclarar el voto** toda vez que considero que el desarrollo sobre el elemento subjetivo del medio de control de pérdida de investidura no era necesario para resolver el caso concreto.

Para negar las pretensiones de la demanda era suficiente con que se comprobara, como en efecto se hizo, el elemento objetivo referido a la renuncia del demandado al cargo de Diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda.

Fecha *ut supra*.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Análisis del elemento subjetivo

El estudio de la culpabilidad solo es posible en ciertas causales de pérdida de investidura que se configuran por la conducta de los congresistas, por ejemplo, la indebida destinación de dineros públicos o el tráfico de influencias (artículo 183 num. 4 y 5 de la CN). Hay causales en las que no es relevante la conducta y por ello no es posible un análisis de culpabilidad, por ejemplo, la violación a los topes de financiación de la campaña política o que el congresista tenga doble nacionalidad –salvo que sea colombiano de nacimiento– (artículos 109 y 179.7 de la CN).

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI)

Actor: RICARDO ANTONIO MARTINEZ HERNANDEZ

Demandado: JUAN CARLOS RIVERA PEÑA

Referencia: ACLARACION DE VOTO – GUILLERMO SANCHEZ DUQUE

Temas: Sentencia de nulidad electoral-No ata el criterio de la Sala Plena para decidir un caso de pérdida de investidura. Regla o “precedente” para decidir casos futuros de pérdida de investidura-El juez tiene prohibido proveer por vía de disposición general en los negocios de su competencia. Pérdida de investidura-No todas las causales permiten el análisis de culpabilidad.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se adoptó en la providencia del 27 de septiembre de 2016, que negó la pérdida de investidura contra el representante a la Cámara Juan Carlos Rivera Peña, disiento de algunas consideraciones allí consignadas.

1. Como resultado de la discusión del proyecto de fallo, la Sala decidió que el criterio aplicable para negar la pérdida de investidura era el mismo que se había reiterado en controversias anteriores sobre el alcance de la prohibición del artículo 179.8 de la CN, por ello no era del caso acudir a la interpretación que hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia del 7 de junio de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, al anular la elección de la entonces Gobernadora del departamento de la Guajira.

La versión final del fallo cita a pie de página esa sentencia del 7 de junio de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, y advierte que la decisión allí contenida se funda en un criterio diferente al aplicado por la Sala, entonces, cabe preguntarse: ¿será que la referencia a la sentencia de la Sección Quinta del 7 de junio de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, quiere indicar que el criterio aplicado por la Sala para decidir el caso fue cambiado? ¿Lo decidido en un caso de nulidad electoral por la Sección Quinta tiene el alcance de atar el criterio jurisprudencial de la Sala Plena o cambiarlo?

2. Se afirma que este fallo fija una nueva regla y “precedente” aplicable a los procesos futuros, que consiste en que para declarar la pérdida de investidura de un congresista, es necesario demostrar su culpabilidad. Esta afirmación desconoce que los jueces con sus decisiones no pueden fijar reglas de alcance general, pues esa función está reservada al legislador.

Además, el estudio de la culpabilidad solo es posible en ciertas causales de pérdida de investidura que se configuran por la conducta de los congresistas, por ejemplo, la indebida destinación de dineros públicos o el tráfico de influencias (artículo 183 num. 4 y 5 de la CN). Hay causales en las que no es relevante la conducta y por ello no es posible un análisis de culpabilidad, por ejemplo, la violación a los topes de financiación de la campaña política o que el congresista tenga doble nacionalidad –salvo que sea colombiano de nacimiento- (artículos 109 y 179.7 de la CN).

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

PÉRDIDA DE INVESTIDURA Y ACCION DE NULIDAD ELECTORAL – Autonomía / INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA EN PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR NULIDAD ELECTORAL

Se dejó consignado en el texto del fallo que al adelantar y fallar este proceso de pérdida de investidura no hay cosa juzgada ni, por lo mismo, violación del *non bis in ídem* en referencia a la decisión que con anterioridad profirió la Sección Quinta del Consejo de Estado al fallar la acción de nulidad electoral que pretendió la nulidad de la elección del mismo representante Rivera Peña basada en la misma inhabilidad, y se sostiene que ello es así porque en la nulidad electoral se realiza un análisis sólo del aspecto objetivo mientras que la pérdida de investidura implica un adicional análisis del aspecto subjetivo. No comparto esta razón de la decisión, porque considero que la concurrencia de medios de control para analizar los mismos hechos no vulnera el principio de *non bis in ídem*, ni el fallo de la Sección

Quinta constituye cosa juzgada respecto del proceso de pérdida de investidura de competencia de la sala plena contenciosa. La razón fundamental, que estaba expuesta en el proyecto puesto a consideración de la sala y que al final fue excluida al margen de lo votado, consiste en la definida autonomía de tales medios de control que tiene como fundamento que la finalidad del control en cada uno de ellos es estructuralmente distinta.

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Inaplicabilidad del concepto de culpabilidad

Esta supuesta identificación no fue aprobada por la sala y tenía que haberse retirado del texto del fallo. (...) Tratar de introducir el concepto de culpabilidad penal dentro de este ámbito específico de la actividad pública resulta impertinente por contradicción directa con los fundamentos de la institución de la pérdida de investidura. (...) Todo ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*) debe involucrar un análisis subjetivo, pero no necesariamente en el marco del concepto de 'culpabilidad'.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI)

Actor: RICARDO ANTONIO MARTINEZ HERNANDEZ

Demandado: JUAN CARLOS RIVERA PEÑA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – ROCÍO ARAÚJO OÑATE

1. Antecedentes

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011³³ y con el respeto acostumbrado por la decisión adoptada por la Sala, procedo a

³³ Artículo 129. *firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto. Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.*

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.

Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.

manifestar las razones que motivan el salvamento de voto frente al fallo proferido en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

La mayoría de la Sala decidió acoger la ponencia que propuso negar la solicitud de pérdida de investidura cursada contra Juan Carlos Rivera Peña quien, antes de que terminara el período correspondiente, renunció a la dignidad que ocupaba como diputado de la asamblea departamental del Tolima para aspirar a ocupar una curul como representante a la cámara, circunstancia que, según se alegó en la demanda, comporta causal de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades³⁴.

2. Razones del disenso

Por razones metodológicas, se expondrán los planteamientos fundamentales que –según el texto final que circuló para firmas- soportaron la decisión, y frente a cada uno de los argumentos se presentarán las razones por las cuales me aparto de ellos, así:

2.1 Inexistencia de cosa juzgada, *non bis in ídem* respecto de la sentencia de nulidad electoral.

Se dejó consignado en el texto del fallo que al adelantar y fallar este proceso de pérdida de investidura no hay cosa juzgada ni, por lo mismo, violación del *non bis in ídem* en referencia a la decisión que con anterioridad profirió la Sección Quinta del Consejo de Estado al fallar la acción de nulidad electoral que pretendió la nulidad de la elección del mismo representante Rivera Peña basada en la misma inhabilidad, y se sostiene que ello es así porque en la nulidad electoral se realiza un análisis sólo del aspecto objetivo mientras que la pérdida de investidura implica un adicional análisis del aspecto subjetivo.

No comparto esta razón de la decisión, porque considero que la concurrencia de medios de control para analizar los mismos hechos no vulnera el principio de *non bis in ídem*, ni el fallo de la Sección Quinta constituye cosa juzgada respecto del proceso de pérdida de investidura de competencia de la sala plena contenciosa. La razón fundamental, que estaba expuesta en el proyecto puesto a consideración de la sala³⁵ y que al final fue excluida al margen de lo votado, consiste en la definida autonomía de tales medios de control que tiene como fundamento que la finalidad del control en cada uno de ellos es estructuralmente distinta.

En efecto, una cosa es el control de legalidad de los actos administrativos y otra sustancialmente distinta es el control de la conducta de quien ejerce el cargo de congresista respecto de un modelo estricto de conducta delineado por el constituyente. Está claro que el primero tiene el objetivo determinante dentro del

³⁴ Art. 183-1, Constitución Política

³⁵ “la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de tiempo atrás, ha indicado que la acción de pérdida de investidura y el medio de control de nulidad electoral tienen una **naturaleza y consecuencias disímiles**, razón por la que uno y otro juez pueden pronunciarse sobre la existencia o no de la inhabilidad, de forma autónoma, sin que lo que se decida en un medio de control pueda influir en la resolución del otro”. Fl. 11.

Estado de derecho de verificar y asegurar la coherencia interna del ordenamiento jurídico, y el segundo tiene la finalidad explícita y estructuralmente distinta de dignificar el congreso a través del establecimiento de un alto estándar para hacer de rasero exigente de la conducta de quienes están llamados a definir las reglas del juego de la sociedad por vía de representación.

Tanto la Corte Constitucional³⁶ como el Consejo de Estado³⁷ -y el mismo proyecto debatido lo traía- han reconocido de tiempo atrás y en forma pacífica la marcada autonomía de los distintos medios de control.

Esta situación en manera alguna es extraña dentro del sistema jurídico colombiano. V.gr. una misma conducta en estricto sentido puede ser objeto de revisión en sede penal, disciplinaria y fiscal. Sin embargo, está claro que esa circunstancia admitida por el derecho no vulnera la prohibición de *non bis in ídem* porque se reconoce la diferencia sustancial en la naturaleza de las distintas acciones en función de su finalidad. Mucho menos establece alguna relación de dependencia entre esos diversos medios. Considero que nada tiene que ver si en los diferentes escenarios se hace sólo un análisis del aspecto objetivo o si también del subjetivo; eso depende de lo que señale el régimen jurídico especial aplicable en cada uno de esos diversos escenarios.

Siendo ámbitos de control diversos en lo sustancial, ninguno depende del otro y, por lo mismo, el análisis que hace cada juez u operador en cada uno de los aspectos de la determinación de responsabilidad que a cada quien le incumbe es igualmente independiente y en manera alguna mantiene un vínculo con lo analizado y decidido en otros espacios, sin que esa circunstancia que perfectamente puede comportar que en los distintos escenarios se llegue a conclusiones estructuralmente distintas y aun antagónicas frente a una misma conducta implique alguna contradicción o inconsistencia del sistema jurídico, puesto que –se reitera- cada medio de control tiene finalidades distintas en su esencia que perfectamente pueden conducir a análisis y conclusión distintos también.

Así lo ha señalado en múltiples ocasiones la Corte Constitucional para avalar, por ejemplo, la concurrencia e independencia de la acción penal y la acción disciplinaria aun frente a una misma conducta³⁸.

³⁶ Corte Constitucional, sentencias SU-399 y SU-400 de 2012, que acogieron la postura de la Sala Plena Contenciosa, posición reiterada en la sentencia SU-264 de 2015. La sentencia C-319 de 1994 expresamente excluyó (declaró inexecutable) normas de la Ley 5ª de 1992 que pretendían establecer una suerte de prejudicialidad para el proceso de pérdida de investidura, para hacerlo depender de una previa condena penal.

³⁷ Sentencia del 8 de septiembre de 1992, Exp. No. AC-175, reiterada en las sentencias de 5 de marzo de 2002 Exp. No. 1001031150002001019901 y 20 de mayo de 2002, Exp. No. 11001-03-15-000-2002-0042-01-039; sentencia de 20 de marzo de 2001, Exp. No. AC-12157. También se citó la sentencia de la Sección Primera de 28 de junio de 2007, Rad. No. 2005.2302-01. Igualmente se citó la sentencia de Sala Plena proferida el 21 de abril de 2009, Rad. No. 11001-03-15000-2007-00581-00 (PI) sobre los motivos por los cuales no se configura cosa juzgada. Respecto de la autonomía de los medios de control se citó la sentencia de Sala Plena Contenciosa del 19 de enero de 2010, Rad. No. 11001-03-15-000-2009-00708-00 (PI), posición que -sostenía el proyecto- se reiteró en sentencias de Sala Plena Contenciosa del 11 de abril del 2014: Exps. No. P.I. 11001-03-15-000-2010-01394-00 y No. 11001-03-15-000-2010-01203-00

³⁸ Véanse, entre otras muchas, las sentencias C-244 de 1996, C-181 de 2002, C-391 de 2002, C-107 de 2004 y T-161 de 2009.

Así lo aprobó la mayoría de la sala en el caso en estudio y, sin embargo, el texto final inexplicablemente no lo recogió.

2.2 Identifica el aspecto subjetivo con el concepto de culpabilidad penal

Esta supuesta identificación no fue aprobada por la sala y tenía que haberse retirado del texto del fallo.

El análisis 'subjetivo' se refiere específicamente a una conducta de un sujeto.

Sin embargo, es necesario comenzar por precisar que no todo análisis subjetivo se enmarca dentro del concepto de culpabilidad. Es decir, el análisis subjetivo, el análisis de la conducta, excede por mucho el concepto de culpabilidad y las categorías o modalidades del dolo y la culpa de estirpe penalista.

El concepto de culpabilidad en materia penal tuvo un origen ligado a una necesidad de protección de un grupo que se estimaba más débil y ha tenido una significativa evolución sobre la misma base de protección que no viene al caso detallar. Muy por el contrario, la construcción y consagración constitucional de la figura de la pérdida de investidura tuvo como objetivo fundamental establecer un muy exigente estándar de conducta a un grupo de personas que integran el órgano representativo de la democracia por excelencia como es el Congreso de la República, para proteger con especial cuidado y rigor esa específica y crucial función pública, bajo de premisa de dignificar ese espacio único de construcción de la voluntad colectiva que se concreta en la ley³⁹.

Desde esta perspectiva tratar de introducir el concepto de culpabilidad penal dentro de este ámbito específico de la actividad pública resulta impertinente por contradicción directa con los fundamentos de la institución de la pérdida de investidura.

Ahora bien, esto no implica que se trate necesariamente de un régimen de responsabilidad objetiva puesto que en el marco conceptual trazado la culpabilidad es sólo una especie dentro del género del análisis del aspecto subjetivo.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-247 de 1995: "Las normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético. Buscan preservar la dignidad del congresista y, aunque se refieran a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan. Al congresista no se lo priva de su investidura, inhabilitándolo para volver a ser elegido en tal condición, por el hecho de haber incurrido en un determinado hecho punible y menos como consecuencia de haber sido hallado penalmente responsable. Lo que el Consejo de Estado deduce en el curso del proceso correspondiente es la violación, por parte del implicado, de las normas especiales que lo obligan en cuanto miembro del Congreso. Se trata de un juicio y de una sanción que no están necesariamente ligados al proceso penal que, para los respectivos efectos, lleve a cabo la jurisdicción, pues la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solamente está comprometido a no delinquir sino a observar una conducta especialmente pulcra y delicada que, si presenta manchas, así no sean constitutivas de delito, no es la adecuada a la dignidad del cargo ni a la disciplina que su ejercicio demanda".

Por supuesto, independientemente del escenario donde tenga lugar, el análisis sobre la configuración de una inhabilidad es subjetivo por lo mismo: se trata de la determinación de una conducta de un sujeto. Mal puede afirmarse entonces que el régimen de inhabilidades es objetivo. Todo lo contrario. Tanto así que pacíficamente de tiempo atrás la Sección Quinta del Consejo de Estado clasifica elementalmente los procesos electorales de que conoce en ‘subjetivos’ (si se refieren a inhabilidades -conducta) y ‘objetivos’ (si se refieren a documentos electorales).

Ahora, el llamado “principio de culpabilidad” no se desprende del artículo 29 constitucional⁴⁰.

Si bien ese artículo 29 expresamente señala que “*Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*”, la utilización aquí al momento de describir la garantía de la presunción de inocencia del vocablo “culpable” no significa una alusión necesaria al concepto de culpabilidad y mucho menos que dicho concepto deba ser extendido a todo ámbito de ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado. Es decir, de allí no se desprende que el concepto de culpabilidad sea de la esencia de cualquier procedimiento sancionatorio.

Son muchas las decisiones de constitucionalidad atinentes a múltiples aspectos sustantivos y procedimentales⁴¹ que han desechado por completo la posibilidad de

⁴⁰ “**ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-248 de 2013: “**En materia penal, la Carta Política prescribe claramente unas garantías especiales, como:** i) la aplicación preferente de la ley más permisiva o favorable aun cuando sea posterior; ii) la presunción de inocencia mientras no se le haya declarado judicialmente culpable; iii) el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado para las etapas de investigación y juicio; iv) un debido proceso público sin dilaciones; v) a la presentación de pruebas y a la controversia de las que se alleguen en su contra; vi) a impugnar la sentencia condenatoria y vi) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

5.5.2. En términos generales, **la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso** “como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”.

Como **elementos integradores del debido proceso**, esta Corporación ha resaltado los siguientes: a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.

5.5.3. **Frente a la exigencia de los elementos integradores del debido proceso, esta Corporación ha precisado que es más rigurosa en determinados campos del derecho, como en materia penal, en el que la actuación puede llegar a comprometer derechos fundamentales como la libertad de la persona; mientras que en el ámbito del derecho administrativo su aplicación es más flexible, en la medida en que la naturaleza del proceso no implica necesariamente la restricción de derechos fundamentales.**

En este orden de ideas, **el cumplimiento de las garantías mínimas del debido proceso contempladas en la Constitución, tendrán diversos matices según el derecho de que se trate, dado que no todo derecho es de orden penal**, sino que es posible encontrar “reglas y procedimientos” de otros órdenes como el civil, el

hacer interpretación exegética del artículo 29 constitucional⁴². Ello permite por ejemplo descartar que los derechos de contradicción y defensa son exclusivos del proceso penal por el hecho de que la norma constitucional se refiere solo al “sindicado”, término que no corresponde al resto de las manifestaciones de la potestad sancionatoria del Estado. Sin discusión los derechos de contradicción y defensa se aplican en todo ámbito sancionatorio, sin excepción. Así lo ha

administrativo, el policivo, el correccional, el disciplinario o el económico, entre otros, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan decisiones y sanciones de diversa categoría, matices que deberán ser contemplados en la regulación de sus propias reglas.

5.6. El debido proceso en materia administrativa.

5.6.1. De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 29 constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que: “no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas”.

5.6.2. La extensión del derecho constitucional fundamental al debido proceso, a las actuaciones administrativas, busca garantizar la correcta producción de los actos administrativos, razón por la cual comprende “todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cubija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”.

5.6.3. A este respecto, la Corte ha expresado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otras, las siguientes: i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) a ser notificado en debida forma; iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; ix) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y a xii) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso”. (Negrillas y subrayas fuera del texto)

⁴² Véanse, entre otras muchas, las sentencias C-019 de 1993, C-280 de 1996, C-040 de 2002, C-213 de 2007, C-980 de 2010 (normas de tránsito), C-248 de 2013, C-034 de 2014 (debido proceso administrativo), C-341 de 2014 (procedimiento administrativo). En éste último la Corte señaló con precisión: “La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.// El cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución, tiene diversos matices según el derecho de que se trate “dado que no todo derecho es de orden penal, sino que es posible encontrar “reglas y procedimientos” de otros órdenes como el civil, el administrativo, el policivo, el correccional, el disciplinario o el económico, entre otros, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan decisiones y sanciones de diversa categoría, matices que deberán ser contemplados en la regulación de sus propias reglas”.

señalado la Corte Constitucional –se repite- en un número muy significativo de sentencias y de circunstancias⁴³.

Pues bien, es claro también que cuando la norma constitucional alude a la palabra “culpable”, en manera alguna se circunscribe al concepto de culpabilidad propio del derecho penal que es el lenguaje en el que está redactada la norma, como ocurre con el término ‘sindicado’, como se verá enseguida.

Por supuesto, hoy es claro que la garantía a la que el aparte analizado de la norma se refiere (la presunción de inocencia) se aplica no sólo en el ámbito penal sino en general a cualquier manifestación de la potestad sancionatoria del Estado⁴⁴.

Lo propio ocurre dentro de la misma norma con la utilización de expresiones tales como “acto que se le imputa”, “investigación y juzgamiento”, “juez o tribunal competente”, “sentencia condenatoria”, todas propias del lenguaje penalista, pero perfectamente exóticas en otros escenarios de determinación de responsabilidad de carácter sancionatorios. Si se hiciera una lectura exegética de las mismas, prácticamente ninguna de estas garantías que al tenor del artículo 29 conforman el debido proceso podría ser aplicada por fuera del ámbito penal, porque –se reitera- esos términos son estructuralmente ajenos a muchas de las demás manifestaciones de ese llamado *ius puniendi*.

Entonces, resulta que el lenguaje penal que se utilizó para la redacción del artículo 29 constitucional (que es una redacción que viene de mucho antes⁴⁵ y eso explica la utilización de ese específico lenguaje⁴⁶), no implica la existencia general dentro del debido proceso como garantía constitucional fundamental de algo que pueda denominarse “principio de culpabilidad”. El mismo existe actualmente dentro del régimen penal colombiano, pero por expresa consagración de la norma especial dentro de dicho régimen sustantivo previsto en el artículo 12 de la Ley 599 de 2000). Con todo, cabe señalar que en la actualidad no existe unanimidad en la academia sobre que la estructuración de la responsabilidad penal deba hacerse con fundamento en el concepto de culpabilidad. De hecho aun en Colombia los tres códigos de procedimiento penal que se han expedido luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 (Decreto Ley 2700 de 1991, art. 2, Ley 600 de 2000, art. 7, y Ley 906 de 2004, art. 7⁴⁷) al consagrar la garantía judicial fundamental de la presunción de inocencia han dejado de acudir al vocablo ‘culpable’, para hacer alusión mejor al concepto de ‘responsabilidad penal’. Sin

⁴³ Cfr. Sentencias C-980 de 2010, C-371 de 2011, T-706 de 2012, C-248 de 2013, C-034 de 2014, C-341 de 2014, T-544 de 2015, T-051 de 2016, entre otras muchas.

⁴⁴ Cfr. Sentencias C-599 de 1992, C-595 de 2010, C-742 de 2010, C-089 de 2011, C-289 de 2012, C-034 de 2014, C-083 de 2015, T-051 de 2016, entre muchas otras.

⁴⁵ De hecho puede decirse que el origen mediato del lenguaje y la mayoría de los elementos y conceptos que conforman hoy el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia es la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la asamblea constituyente francesa en 1789, en particular los artículos 7º, 8º y 9º.

⁴⁶ Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada al ordenamiento interno colombiano a través de la Ley 16 de 1972.

⁴⁷ **Artículo 7º. Presunción de inocencia e in dubio pro reo.** Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

embargo, como se acaba de ver, en materia penal sigue operando el concepto de culpabilidad, como también está consagrado expresamente en el régimen disciplinario de los servidores públicos y, por lo mismo, circunscrita su aplicación en cada caso a ese ámbito penal y disciplinario, respectivamente.

Lo anterior se sintetiza en que todo ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*) debe involucrar un análisis subjetivo, pero no necesariamente en el marco del concepto de ‘culpabilidad’⁴⁸.

Como se señaló atrás a título de ejemplo, en el actual régimen disciplinario de los servidores públicos el análisis del aspecto subjetivo se remite al concepto de culpabilidad, porque hay norma especial que así lo establece⁴⁹. Lo mismo ocurre con el régimen disciplinario de los abogados: hay norma especial que así lo impone⁵⁰. Lo propio acontece con el régimen de responsabilidad fiscal⁵¹. Por el contrario, otros regímenes sancionatorios que sin duda constituyen ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, como lo es el llamado ‘*derecho administrativo sancionatorio*’, no atan el análisis del aspecto subjetivo con el concepto de culpabilidad. Ninguna siquiera mención del concepto de culpabilidad ni a las categorías o modalidades de culpa y dolo se encuentra dentro del capítulo de ‘*procedimiento administrativo sancionatorio*’ incluido en la parte primera del CPACA⁵², y no hay duda de que ha de hacerse en cada caso un análisis del aspecto subjetivo, sin que en forma alguna esto implique que se tenga que acudir al concepto de culpabilidad. Lo propio ocurre con los códigos de ética médica⁵³ y odontológica⁵⁴, y aún con la Ley 1801 de 2016, nuevo Código de Policía. Entonces, en estos procedimientos administrativos sancionatorios en los que el legislador incluso ha establecido en algunos casos la posibilidad de aplicar una responsabilidad objetiva, como ocurre –por ejemplo- en temas ambientales, el análisis de la conducta (aspecto subjetivo) no se realiza a través del concepto de culpabilidad.

⁴⁸ “Quien adelante la actuación disciplinaria deberá conforme las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona (i) es una conducta establecida como disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional. Dicho principio es una garantía constitucional frente al poder punitivo. Sin embargo admite grados de rigor en su aplicación, pues si bien es cierto rige todo el ámbito sancionador, también lo es que dicho ámbito está compuesto por escenarios diferentes que implican grados diferenciales de aplicación del principio, en relación con tres criterios básicos: (i) el bien jurídico que pretende ampararse por medio del ámbito específico de sanción, (ii) el sujeto pasivo de dicho poder punitivo y ligado a esto, (iii) la sanción a que da lugar la responsabilidad. Esto es así, porque ningún principio es absoluto, de modo que su aplicación en un caso concreto admite la ponderación de los elementos que componen el ámbito de su aplicación. De esta forma, no supone el mismo grado de rigor en la aplicación del principio de presunción de inocencia, el ámbito penal que el disciplinario, aunque deba ser tenido en cuenta en los dos, pues los bienes tutelados por el primero, son de mayor relevancia social que los del segundo y por consiguiente la sanción y los derechos afectados por ella, son también de mayor importancia, imponiendo sobre el citado principio una mayor exigencia en su aplicación concreta. Esto es lo que significa que los principios del derecho penal aplican en el disciplinario *mutatus –sic–mutandi*” (C. Constitucional, sentencia T-969 del 18 de diciembre de 2009. Consideración jurídica 5.2, M.P. María Victoria Calle Correa)

⁴⁹ Art. 13. Ley 734 de 2002

⁵⁰ Art. 5. Ley 1123 de 2007

⁵¹ Ley 610 de 2000

⁵² arts. 47 y ss.

⁵³ Ley 23 de 1981

⁵⁴ Ley 35 de 1989

Lo mismo ocurre con el régimen de pérdida de investidura, puesto que la Ley 144 de 1994 que la regula tampoco incluye siquiera una mención al concepto de culpabilidad ni a las categorías de dolo y culpa, porque esa fue la concepción que le dio a la figura el propio constituyente.

Entonces, es claro que las denominadas garantías penales recogidas en el texto del artículo 29 constitucional no se extienden en forma directa y plena a las demás manifestaciones de la potestad sancionatoria del Estado⁵⁵, y, por el contrario, se ha remarcado la imposibilidad de transportar íntegramente las categorías penales a los demás ámbitos del derecho sancionatorio⁵⁶.

Así las cosas, el análisis del aspecto subjetivo existe y se habrá de concretar en la tarea real de determinar la existencia de una conducta específica como transgresora o infractora. Esta actividad no puede considerarse como una responsabilidad objetiva precisamente porque no omite y, por el contrario, se

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2010: *"El debido proceso. Matización de principios del derecho penal en la aplicación al derecho administrativo sancionador. El ejercicio de la potestad sancionadora administrativa está subordinado a las reglas propias del debido proceso. El Constituyente de 1991 hizo extensivo el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 superior), por lo que las garantías mínimas del debido proceso penal resultan aplicables a las actuaciones administrativas sancionatorias. // No obstante, no todo el derecho es de orden penal y, por lo tanto, no toda sanción soportada en el derecho tiene tal carácter, dado que es posible encontrar "reglas y procedimientos de naturaleza civil, del orden común, de carácter administrativo, sea policivo, correccional, disciplinario o económico, y aún de orden político, de rango constitucional o legal, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan sanciones de diversa categoría, las que, en veces(sic), coinciden sobre los mismos hechos, sin resultar incompatibles o sin ser excluyentes. Cada una de estas regulaciones puede corresponder a órdenes jurídicos parciales y especializados de origen y expresión constitucional; pero, además, bien pueden encontrarse en la ley, ya porque el Constituyente ha reservado a ella la potestad de regulación en la materia, la ha autorizado, o no la prohíbe". // Dichos órdenes jurídicos parciales y especializados cuentan con sus propias reglas, las cuales pueden diferenciarse de la normatividad sustantiva y procedimental del derecho penal, según se ha indicado. De ahí que esta Corte haya señalado que lo preceptuado por el artículo 29 de la Constitución: "no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas". // De esta manera, este Tribunal ha señalado que las garantías del debido proceso penal o los principios del derecho penal son aplicables con ciertos matices a las demás formas de actividad sancionadora del Estado, conforme a las diferencias establecidas". [Sentencias C-599 de 1992, T-145 de 1993, C-597 de 1996, C-506 de 2002, C-827 de 2001, C-616 de 2002, C-530 de 2003 y SU.1010 de 2008]. "En efecto, 'mientras en el derecho penal las garantías del debido proceso tienen su más estricta aplicación, ya que en éste no solamente se afecta el derecho fundamental a la libertad sino que, además, sus mandatos se dirigen a todas las personas, en otros ámbitos sancionatorios su aplicación es atenuada en razón de la naturaleza de la actuación, de los fines que se persiguen con ella y del hecho de que sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones para las que se han establecido determinados deberes especiales'. // En la sentencia C-530 de 2003 la Corte indicó que "la potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica. Por ello, la actuación administrativa requerida para la aplicación de sanciones, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria-, está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales (CP art. 29), con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción". En suma, en materia sancionatoria administrativa la aplicación de las garantías del debido proceso no tiene la misma rigurosidad que en el ámbito penal. Ya esta Corte ha resaltado que la tendencia de algunas democracias es garantizar el debido proceso en materia de sanciones administrativas, sin trasladar automáticamente la misma severidad de los principios que gobiernan el derecho penal, ni desatender las especificidades de dicho tipo de sanciones en cada uno de los contextos en que han sido establecidas por el legislador.*

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-107 de 2004.

centra en el análisis de la conducta del sujeto. El análisis del aspecto subjetivo es entonces una tarea jurídica probatoria específica que consiste en determinar si la conducta ocurrió, si está plenamente probada, si es atribuible a un sujeto individualizado, si la cometió el sujeto a quien se le atribuye y si se esperaba del sujeto (le era exigible) una conducta diferente según unos estándares específicos señalados por el constituyente o el legislador. Todo este análisis tiene como objeto específico la conducta, es decir, es en estricto sentido un análisis sobre el aspecto subjetivo. Análisis que se suma al aspecto objetivo de determinar si con tal conducta se trasgrede el ordenamiento jurídico y de definir si la trasgresión tiene carácter sustancial y no meramente formal.

Cabe resaltar que esta tarea de evaluar el aspecto subjetivo en los términos que se acaban de describir, se estructura a partir de la construcción por parte del constituyente y/o del legislador de un parámetro o estándar de conducta para determinadas actividades humanas frente al cual se evalúa por comparación una conducta humana, que es el modelo propio –no de la responsabilidad penal y su concepto de culpabilidad- sino de la culpa civil⁵⁷ (*‘el buen padre de familia’*) que,

⁵⁷ Con toda precisión y detalle lo explicó la consejera Stella Conto en el debate de este asunto en la sesión de la sala plena del 20 y 21 de septiembre de 2016, según se extrae del respectivo audio, así:

“[s]e trata de hacer una reflexión muy corta sobre la naturaleza de la culpa y con base en la naturaleza de la culpa la distinción entre el juicio de nulidad y el juicio de pérdida de investidura, en relación precisamente, del juicio subjetivo de la culpa, que entiendo es la propuesta que trae el doctor Yepes. En primer término y no lo voy a meter en la imputación objetiva porque esta se trata de una doctrina propia del derecho penal que se ha desarrollado en el derecho penal y que tiene distintas doctrinas, distintos opositores, defensores y algunas posiciones eclécticas, no ha sido acogida por el ordenamiento de tal manera que yo creo que me voy a limitar a la culpa en el sentido civil y el sentido penal que es lo que en realidad es lo que tenemos que tener presente. Lo primero que cabe examinar cuando se analiza la propuesta de distinción entre la pérdida de investidura y la nulidad electoral en función del elemento culpa es el sentido que este término tiene en el contexto. La palabra culpa en derecho no es unívoca; concretamente, es posible distinguir dos campos semánticos diferenciados muy claros: el campo civil, el campo penal y, además, el campo del derecho sancionatorio. La distinción está suficientemente admitida; de hecho, los recientes desarrollos sobre la exención de responsabilidad estatal por dolo o culpa grave del actor dependen de la aceptación de la distinción; si no se admite que el nuevo juicio en sede contenciosa es sobre una modalidad de culpa civil distinta de la modalidad penal, la legitimidad del juicio de pérdida de investidura decae en tanto no se ajusta al principio del non bis in ídem. Si algo distingue claramente el juicio de la pérdida de investidura en causales como la indebida destinación de dineros públicos, el tráfico de influencias, es precisamente que el proceso penal adelanta un juicio de culpa penal, mientras la pérdida de investidura adelanta un juicio de carácter civil. En el campo civil la culpa se equipara a la falta; en el derecho francés se usa la misma palabra “faute”; se refiere a la desviación de la conducta respecto de un parámetro objetivo de deber; el parámetro objetivo lo fija el legislador, en este caso, lo fija el constituyente; el legislador establece cuál es la conducta de un padre de familia; se establecen en las profesiones un régimen deontológico: quien no cumple esas reglas deontológicas establecidas en el ordenamiento incurre en culpa; en este sentido, verificada la desviación respecto de un estándar se predicó la culpa, no importa la intención, no importa la capacidad. Sobre la culpa civil resultan ilustrativas las consideraciones de Chavas, siguiendo las ideas de los hermanos Mazeaud. Nuestra jurisprudencia ha optado –estoy utilizando comillas- la jurisprudencia ha optado por las apreciaciones in abstracto; no cuentan las particularidades del individuo, no cuenta su espíritu, no importa su cultura, solamente se tienen en cuenta las circunstancias exteriores; la única pregunta que se plantea el juez es si en las mismas condiciones cómo hubiera actuado un individuo normal; ese individuo que se le establece como modelo de conducta. Una precisión, sin embargo: para apreciar la culpa profesional se compara el comportamiento del individuo con el que hubiera adoptado un individuo de la misma categoría profesional. Entonces, en este caso, cómo debe actuar el correcto parlamentario frente al comportamiento que se está analizando. La gradación de la culpa depende exclusivamente de la desviación de la conducta estándar. En sentido penal, las nuevas orientaciones del derecho penal permiten dividir el estudio de la culpa en dos momentos: una parte del juicio se traslada a la tipicidad; los delitos exigen que se realicen de una determinada manera, dolosa o culposamente; en el caso de los delitos culposos es necesario determinar si el sindicado, a pesar de no haber querido directamente el daño, faltó a los deberes objetivos de cuidado y diligencia; en este sentido la culpa o dolo contenidas en el análisis del tipo coinciden materialmente con la culpa civil, o sea penalmente también tenemos análisis objetivo de la conducta porque el análisis de los

como se ha reseñado, se aplica hoy en muy diversos escenarios de ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado⁵⁸.

Entonces, si bien en general en el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado es pertinente -en diversos grados y con los matices que cada ordenamiento determine- un análisis del aspecto subjetivo, y, por tanto, dicho análisis hace parte de la garantía del debido proceso, esto en manera alguna significa que dicho análisis involucre necesariamente el concepto de culpabilidad.

Señaló con precisión la Corte Constitucional cuando revisó la constitucionalidad de normas de la ley que rige el juicio de desinvestidura (Ley 144 de 1994) lo siguiente:

“La Corte Constitucional considera que las normas constitucionales en las cuales se consagra la pérdida de la investidura deben ser interpretadas de manera armónica con el artículo 29 de la Carta, con las necesarias adaptaciones que exige la naturaleza especial de aquéllas”⁵⁹.

2.3 Señala el texto del fallo que lo anterior constituye precedente y regla

Este tema fue ampliamente debatido en las distintas sesiones de la sala y, según las intervenciones, claramente rechazado por la mayoría que entendió que siendo que el análisis del caso se centraba y agotaba en el aspecto objetivo, cualquier mención del tema del análisis del aspecto subjetivo constituye claramente un mero *obiter*.

delitos culposos coincide con el análisis civil. La segunda parte del análisis de la culpa en sentido penal es eminentemente subjetiva: se pregunta por la capacidad del actor de haber actuado de otra manera; el estado de necesidad, por ejemplo, es exculpante en este tipo de delitos; se pregunta por la representación actual de la norma o de los hechos: el error de hecho, el error de derecho; se pregunta por la capacidad de comprensión de la norma y adecuación de la conducta, o sea la imputabilidad. Si la pérdida de investidura y la nulidad se distinguen en razón de la culpa ¿de qué culpa se trata? La culpa en sentido civil se identifica con el juicio de tipicidad; el único análisis que hace el juez [es] si se faltó a un estándar objetivo de conducta. La culpa en sentido penal obliga a examinar la tipicidad, el estado de necesidad, el error de hecho y de derecho y la imputabilidad; las causales de exculpación subjetiva en el juicio penal son válidas. [¿]Son válidas también en el de pérdida de investidura[?], ese es un interrogante; o sea, ¿el error de derecho, la ignorancia de la ley es un motivo de peso para conservar la dignidad?, ¿la incapacidad para comprender y para cumplir normas es motivo de peso para conservar la indignidad? El mismo constituyente prevé los supuestos en los que caben circunstancias subjetivas de exculpación, las restringe a la fuerza mayor; son relevantes para la pérdida de investidura únicamente las causales dos y tres del artículo 183; la enunciación expresa de los casos en los cuales cabe alegar este tipo de circunstancias excluye su relevancia en otros supuestos consagrados en el mismo artículo. De las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, del texto Constitucional y de la jurisprudencia de esta Corporación es dable concluir que la pérdida de investidura impone juicio objetivo de conducta del investido dirigido a rescatar y preservar la dignidad del Congreso; eximir de sanción al que infringe la norma por este solo hecho sustituye la Constitución. El juicio de la pérdida de investidura impide aceptar la exculpación por elementos subjetivos de la culpa, excepto en los supuestos expresamente previstos en los numerales dos y tres del artículo 183 de la Constitución Política”.

⁵⁸ Cada régimen especial establece el estándar específico según la función, actividad, profesión u oficio correspondiente, v.gr. del *buen comerciante* (Código de Comercio), del *buen médico* (Código de Ética Médica), del *buen odontólogo* (Código de Ética Odontológica), del *habitante cívico* (Código de Policía), etc. Por supuesto entonces, en este caso se puede con rigor hablar del “*buen congresista*”, como modelo construido por el constituyente a partir de la estructuración de una serie de causales que no constituyen otra cosa que los (altos) estándares específicos que delimitan ese modelo.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-247 del 1º de junio de 1995, MP. José Gregorio Hernández Galindo

En cuanto a lo impertinente de haber hablado en este fallo de un precedente, el doctor Serrato hizo una intervención precisa en sala para explicar que no había tal precedente y que, por lo mismo, no había cambio o modificación alguna de posición de la sala. El ponente se comprometió allí mismo a cambiar el correspondiente aparte del proyecto y no lo hizo.

2.4 Alusiones a motivación de sentencia anterior.

El fallo aprobado hace alusión a la sentencia anterior de la Sección Quinta relativa a la gobernadora de la Guajira y da a entender i) que hubo un cambio de posición, ii) que la sala plena acoge la jurisprudencia dictada por la Sección y iii) que la misma no es aplicable al caso porque los hechos son anteriores y por garantía de confianza legítima a favor del procesado.

En el debate del proyecto la mayoría aprobó que se retirara cualquier alusión a dicha sentencia anterior de la Sección Quinta⁶⁰, porque no venía al caso. No era pertinente hacer alusión a cambios de posición y a supuestas confianzas razonables y legítimas sustentadas en posiciones anteriores del Consejo de Estado, porque la posición de la corporación en casos como el que era aquí materia de estudio en manera alguna ha variado. Así lo debatió y acogió la sala, y se estableció un compromiso de retirar del texto toda alusión al tema, que no fue cumplido.

La posición establecida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en aquella decisión⁶¹ (a título de jurisprudencia anunciada o prospectiva) consiste en que el alcalde que es elegido para un cargo de elección popular debe honrar a sus electores y completar el respectivo período; por tanto, las inhabilidades se aplican teniendo en cuenta el período para el cual haya sido elegido independientemente de que haya renunciado antes.

Sin embargo, el legislador estableció en forma expresa una regla distinta para el caso específico de quien aspire a ser congresista⁶². Esa regla que les permite específicamente a éstos renunciar sin incurrir en inhabilidad superó la revisión de constitucionalidad correspondiente⁶³, por lo tanto, hay sobre el tema cosa juzgada constitucional. En consecuencia, la regla especial para el caso de los congresistas se ha de aplicar sin más. Esa es la *ratio decidendi* real del caso en estudio: la aplicación de una regla de derecho prevista en una norma orgánica de carácter especial.

Se entiende claramente que aquella jurisprudencia sentada por la Sección Quinta del Consejo de Estado que acoge una regla distinta se emplea en otros escenarios donde aplican regímenes jurídicos distintos referidos a otros cargos de elección popular, en particular el del alcalde que renuncia para participar en la elección de

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 7 de junio de 2016, CP. Rocío Araújo Oñate, Rad. No. 11001-03-28-000-2015-00051-00

⁶¹ Ídem

⁶² Art. 280-8, Ley 5ª de 1992

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-093 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo

gobernador de departamento. Por lo tanto, resultaba perfectamente impertinente su mención en este caso, como fue aprobado por la mayoría de los integrantes de la Sala, y sin embargo el texto del fallo inexplicablemente lo mantuvo.

En los anteriores términos, dejo expuesto mi salvamento de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

Fecha ut supra

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Inaplicabilidad del concepto de culpabilidad

Si bien, la pérdida de investidura puede hacer parte del ius puniendi del Estado, a ésta no puede aplicársele la totalidad de los principios y estructura –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- de otras áreas jurídicas sancionatorias como puede serlo el derecho disciplinario o el penal, a los cuales implícitamente hace referencia la sentencia de la Sala Plena cuando involucra en el juicio de pérdida de investidura el análisis de la culpabilidad. Lo anterior dado que el ius puniendi no tiene la dinámica que pretende otorgarle la Sala Plena, en la medida en que sus principios tienen una fuerza jurídica vinculante que es directamente proporcional al grado de importancia y el nivel de afectación de derechos de las distintas disciplinas jurídicas que lo componen. (...) Tampoco puede hacerse un traslado absoluto y en bloque de la fuerza de los principios del derecho disciplinario o del derecho penal a la responsabilidad por pérdida de investidura,

pues la causa, el objeto, la finalidad y las consecuencias restrictivas de derechos de ésta, son diferentes e incluso menos amplias que las de otras disciplinas del ius puniendi. (...) Ahora bien, considero que también existe una razón de orden técnico para no aceptar la tesis de aplicar a la responsabilidad por pérdida de investidura la estructura culpabilística de otras disciplinas del ius puniendi como la penal y la disciplinaria, esto es que no hay un sustento normativo que la implemente. Lo anterior resulta más claro si se tiene en cuenta que una de las finalidades del esquema de culpabilidad radica en permitir la ponderación de la sanción para que sea proporcional al grado de culpabilidad, lo cual es posible por ejemplo en la responsabilidad disciplinaria dado que allí existen diversas sanciones que pueden extenderse o disminuirse de acuerdo con unas reglas específicas pero esto no es viable en la pérdida de investidura ya que solo existe una sanción, que además no es graduable.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI)

Actor: RICARDO ANTONIO MARTINEZ HERNANDEZ

Demandado: JUAN CARLOS RIVERA PEÑA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

En atención a lo resuelto en la sentencia de 28 de septiembre de 2016 proferida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en el expediente de la referencia, con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, me permito salvar el voto, con base en lo siguiente:

En la sentencia antes mencionada se señala que en la pérdida de investidura se debe realizar un juicio subjetivo de culpabilidad sobre la conducta del congresista y esa tesis será “**el precedente y la regla**” para todos los futuros procesos. Así se señaló en la mencionada providencia:

“El análisis subjetivo del juicio que debe efectuar el juez de la pérdida de la investidura en razón de su carácter sancionatorio, a la luz del artículo 29 constitucional, impone, por demás, un análisis de responsabilidad basado en la culpabilidad y que la doctrina constitucional ha interpretado como la proscripción de la responsabilidad objetiva en el ejercicio del ius puniendi del Estado.

(...)

Ha de entenderse, entonces, que la razón para que las sentencias del juez electoral que declaran la existencia de una causal de inhabilidad no pueden

tener valor probatorio en el proceso de pérdida de la investidura o que su existencia permita alegar la configuración de la cosa juzgada, es que el proceso de nulidad es de carácter objetivo, mientras que el de la pérdida de la investidura es de naturaleza sancionatoria de régimen subjetivo y, por ende, regulado bajo un régimen de responsabilidad basado en el culpa.

(...)

El análisis expuesto por la Sala en este acápite, constituye la *ratio decidendi* de esta decisión y, por tanto, será **el precedente y la regla que habrá de aplicarse a partir de la ejecutoria de esta providencia, en todos los procesos de pérdida de la investidura. Por tanto, en cada caso, deberá comprobarse la existencia del elemento de culpabilidad, por tratarse de un régimen sancionatorio de tipo subjetivo.**

(...)." (Subrayado fuera de texto).

Respetosamente considero que si bien, la pérdida de investidura puede hacer parte del ius puniendi del Estado, a ésta no puede aplicársele la totalidad de los principios y estructura –*tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*– de otras áreas jurídicas sancionatorias como puede serlo el derecho disciplinario o el penal, a los cuales implícitamente hace referencia la sentencia de la Sala Plena cuando involucra en el juicio de pérdida de investidura el análisis de la culpabilidad.

Lo anterior dado que el ius puniendi no tiene la dinámica que pretende otorgarle la Sala Plena, en la medida en que sus principios tienen una fuerza jurídica vinculante que es directamente proporcional al grado de importancia y el nivel de afectación de derechos de las distintas disciplinas jurídicas que lo componen.

Un ejemplo de lo anterior es el siguiente, el derecho penal y el disciplinario indiscutiblemente hacen parte del ius puniendi del Estado, pero los principios del debido proceso –*verbi gracia la garantía de defensa técnica*– no tienen la misma rigurosidad en uno y otro, ya que a saber, la defensa técnica ejercida por un profesional del derecho es indispensable en todas las etapas del proceso penal al punto que el operador de justicia debe velar porque ésta se provea so pena de nulidad del proceso⁶⁴, mientras que esta garantía –*la defensa técnica*– no es indispensable en el proceso disciplinario y su omisión en ciertas etapas no afecta el debido proceso⁶⁵.

Esta decisión del legislador de diferenciar entre el grado de rigidez en la aplicación de principios del debido proceso, en especial entre el ámbito penal y el disciplinario –*disciplinas del ius puniendi*–, tiene su explicación en el sujeto pasivo y la afectación de los derechos que cada una de ellas genera, pues mientras que la

⁶⁴ Ley 906 de 2004, artículos 8, 118 a 125.

⁶⁵ Ley 734 de 2002, ver artículos 17 y 92. También ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de 7 de noviembre de 2013. Radicación 25000-23-25-000-2008-00078-01(2263-10). Actor: Jorge Augusto Zárate Adaime. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA. "Al respecto la Corte Constitucional ha mencionado que el derecho disciplinario prevé dos modalidades de defensa, la defensa material, que es la que lleva a cabo personalmente el investigado y la defensa técnica que es la ejercida por un abogado, modalidades que no son excluyentes y que por el contrario se complementan. En relación con el derecho a la defensa técnica, como derecho fundamental, ha establecido que este derecho está circunscrito por el constituyente al derecho penal, lo cual es comprensible en el entendido de que la responsabilidad penal involucra la afcción directa de derechos fundamentales."

primera *-la responsabilidad penal-* puede llegar a afectar el derecho a la libertad de cualquier persona⁶⁶, la otra afecta un derecho importante pero menos restrictivo de la esencia de la dignidad humana, esto es el derecho al desempeño de funciones públicas de un grupo definido de personas⁶⁷.

En ese orden, tampoco puede hacerse un traslado absoluto y en bloque de la fuerza de los principios del derecho disciplinario o del derecho penal a la responsabilidad por pérdida de investidura, pues la causa, el objeto, la finalidad y las consecuencias restrictivas de derechos de ésta, son diferentes e incluso menos amplias que las de otras disciplinas del *ius puniendi*.

La anterior dinámica, puede también verse a través de una comparación de las consecuencias de la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad por pérdida de investidura, pues la restricción de derechos en la **responsabilidad disciplinaria** es más amplia que en la **pérdida de investidura**⁶⁸.

Así, en la responsabilidad por pérdida de investidura la sanción implica la pérdida del cargo y **una inhabilidad permanente especial** para desempeñar nuevamente cargos de elección popular⁶⁹, mientras que en materia disciplinaria la sanción puede ser la pérdida del cargo y la **inhabilidad general** *-imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función-*⁷⁰ **temporal** *-de 10 a 20 años- o permanente*⁷¹ *-si con la falta se afectó el patrimonio del estado-*.

Al no tener la misma amplitud de derechos la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad por pérdida de investidura, no puede darse el traslado en bloque y con la misma fuerza vinculante de los principios de la una a la otra y menos aún de la estructura *-tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-*, cuando además ni el constituyente (en la Constitución Política de 1991) ni el legislador (en la Ley 144 de 1994⁷²) han previsto tal traslado.

Ahora bien, considero que también existe una razón de orden técnico para no aceptar la tesis de aplicar a la responsabilidad por pérdida de investidura la

⁶⁶ Persona y ciudadano que sea o no servidor público.

⁶⁷ Servidores públicos y particulares que presten funciones públicas.

⁶⁸ En relación con este tema puede verse: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia 6 de octubre de 2016. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00681-00 (2362-2012). Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

⁶⁹ Corte Constitucional sentencia C-254A-12. "implica la separación inmediata de las funciones que el condenado venía ejerciendo como integrante de la Rama Legislativa y, por expresa disposición de la propia Carta, la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro."

⁷⁰ Ley 734 de 2002, artículo 45. Definición de las sanciones.

1. La destitución e inhabilidad general implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o

c) La terminación del contrato de trabajo, y

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

⁷¹ Ley 734 de 2002, artículo 46. Límite de las sanciones. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

⁷² Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

estructura culpabilística de otras disciplinas del ius puniendi como la penal y la disciplinaria, esto es que no hay un sustento normativo que la implemente.

Lo anterior resulta más claro si se tiene en cuenta que una de las finalidades del esquema de culpabilidad radica en permitir la ponderación de la sanción para que sea proporcional al grado de culpabilidad, lo cual es posible por ejemplo en la responsabilidad disciplinaria dado que allí existen diversas sanciones⁷³ que pueden extenderse o disminuirse de acuerdo con unas reglas específicas⁷⁴ pero esto no es viable en la pérdida de investidura ya que solo existe una sanción, que además no es graduable.

El sistema de culpabilidad y el juicio de pérdida de investidura actualmente son incompatibles, dado que llevaría a aplicar la misma sanción *–pérdida de investidura la cual implica una inhabilidad permanente–* tanto a quien actuó con un grado de culpabilidad menor *–culpa–* como a quien actuó con un grado de culpabilidad mayor *–dolo–*.⁷⁵

Además, en atención a que en el juicio de pérdida de investidura no hay posibilidad de graduación de la sanción, la aplicación de un sistema de culpabilidad desnaturalizaría la finalidad pretendida por el Constituyente para los miembros del Congreso de la República, pues aun cuando se haya incurrido en la conducta constitucionalmente reprochada, sino se prueba que obró con culpabilidad, el infractor tendría derecho a conservar su investidura y en consecuencia a seguir en el cargo pese a estar incurrido en una situación constitucionalmente indigna.

Considero que el Constituyente creó un modelo de congresista al cual todos los aspirantes a esa alta dignidad deben ajustarse, de manera que el proceso de pérdida de investidura constituye, de acuerdo con la respectiva causal invocada, una revisión objetiva del cumplimiento del modelo de dignidad que la Constitución Política diseñó, por lo que no es posible en este proceso implementar un esquema de culpabilidad similar al de otras disciplinas jurídicas del ius puniendi.

Finalmente debo señalar que, en la sesión de Sala Plena Contenciosa Administrativa de 27 de septiembre de 2016, en la cual se aprobó la sentencia objeto del presente salvamento, en relación con el análisis de la culpabilidad dentro del juicio de pérdida de investidura se aprobó que *“en este caso y en aquellos que sea pertinente, se estudiará el régimen de culpabilidad”* e incluso se indicó que la materialización de la anterior frase en la ponencia final no podía tener una redacción imperativa lo cual fue aceptado por el ponente⁷⁶.

⁷³ Ley 734 de 2002, artículo 44.

⁷⁴ Ley 734 de 2002, artículo 47.

⁷⁵ En relación con este tema puede consultarse: Aclaración de voto de 28 de julio de 2016 suscrita por la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, a la sentencia de 21 de junio de 2016 proferida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en el expediente N° 11001-03-15-000-2014-00843-00, Actor: Carlos Alfaro Fonseca. “Aclaración de voto – El sistema de culpabilidad de la responsabilidad disciplinaria no es compatible con el diseño constitucional de la pérdida de investidura.”.

⁷⁶ Acta No. 31. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 27 de septiembre de 2016. “REPÚBLICA DE COLOMBIA CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 27 DE SEPTIEMBRE DE 2016 Sesión N° 33

Sin embargo, en la sentencia en el último de los párrafos transcritos al inicio del presente escrito se plasmó todo lo contrario, por cuanto se afirmó que *“en cada caso, deberá comprobarse la existencia del elemento de culpabilidad, por tratarse de un régimen sancionatorio de tipo subjetivo”* y que la tesis del análisis de la culpabilidad en el proceso de pérdida de investidura sería ***“el precedente y la regla que habrá de aplicarse a partir de la ejecutoria de esta providencia, en todos los procesos de pérdida de la investidura”***, lo cual en mi criterio dista de lo que fue aprobado en la sesión de la Sala antes mencionada, por lo tanto considero que el referido párrafo no constituye la ratio decidendi de la decisión sino una obiter dicta.

Atendiendo a lo previamente expuesto, dejo así consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera

MRLE

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA Y ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL –
Autonomía / PÉRDIDA DE INVESTIDURA Y NULIDAD ELECTORAL –
Naturaleza**

Lo que aparece en las consideraciones del aludido documento a la manera de “precedente y regla” a seguir en los juicios de pérdida de investidura no fue aprobado por la Sala. Es más, se consideró que la parte resolutive no estaba atada a la subjetividad y así se votó. Es de anotar, adicionalmente, el consenso sobre mantener la autonomía de las acciones. Empero, en “las razones expuestas” en el documento se insiste en hacer valer en los juicios de desinvestidura lo resuelto en la acción de nulidad, esto es, en dejar planteada la dependencia de los dos juicios abiertamente rechazada en las deliberaciones. (...) Como ya se precisó, lo que aprobó la Sala en la sesión del 27 de septiembre de 2016 fue que i) la acción de pérdida de investidura es autónoma y ii) no se encuentra sometida a prejudicialidad ni a condicionamiento. Además y a manera

(...). El Sr. Presidente propone que se vote el elemento subjetivo.

La Dra. Conto Díaz del Castillo sugiere que quede claro que el elemento subjetivo distingue la inhabilidad de la culpabilidad.

El Sr. Ponente propone que se vote la siguiente afirmación: en este caso y en aquellos que sea pertinente, se estudiará el régimen de culpabilidad.

La Dra. Conto Díaz del Castillo dice que entonces la redacción no puede ser imperativa

El Sr. Ponente dice que no lo será.

La Dra. Conto Díaz del Castillo sugiere entonces que se vote el párrafo que divide la inhabilidad de la culpabilidad.

(...)

Sometido a votación, que en este caso y en aquellos que sea pertinente, se estudiará el régimen de culpabilidad, se obtuvo el siguiente resultado:

(...)

Es aprobado.”.

de obiter, que la procedencia de la pretensión requiere analizar la conducta del congresista.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Para evitar convertir en letra muerta la acción de pérdida de investidura, el constituyente estableció que la mera configuración de las causales expresa, objetiva y taxativamente consignadas en el ordenamiento jurídico, da lugar a la pérdida de investidura relevando al juez de probar la culpa o el dolo. Entonces, si los hechos debidamente acreditados y la conducta, objetivamente, demuestran que se incurre en la causal, esa situación por sí sola desvirtúa la presunción de inocencia, al margen de la intención o de la actuación culposa. Observadas las cosas bajo la óptica planteada en el documento presentado a firmas, no queda más que concluir que lo allí establecido no refleja lo debatido y resuelto en Sala Plena el 27 de septiembre de 2016. El documento se extendió en disquisiciones que no fueron aprobadas por la Sala y, no obstante, pretende convertirlas en una *ratio* que contradice el numeral primero del resuelve propuesto. Esto es así, porque lo consignado en el acápite 2.5., que ordena tener como “*precedente y regla*” lo allí desarrollado, termina, a la postre, por introducir una prejudicialidad rebatida, como ya se indicó, por la Sala Plena y que, como se señalará con mayor detalle adelante, desconoce la autonomía del juicio de pérdida de investidura defendida por la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa. (...) Exigir que dentro del juicio de desinvestidura, además de comprobarse que se presentaron los supuestos que, efectivamente, dan lugar a la configuración objetiva de la causal –como lo dejó estatuido el constituyente y ha sido hasta el momento del caso–, deba analizarse asimismo la culpa o la intención del Congresista demandado –pues, de no haber incurrido éste en conducta culposa o dolosa, la acción no estaría llamada a prosperar–, le resta eficacia a la acción hasta el punto en que amenaza convertir en letra muerta este importante instrumento de control democrático sobre el ejercicio del poder público. Si se pretende modificar el carácter irreversible de la sanción o hacer más garantista el juicio, ello debe someterse a la decisión directa del Pueblo. Dejar esta decisión en manos de los jueces, significa sustituir uno de los pilares fundamentales sobre los cuales construyó su identidad la Constitución de 1991.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI)

Actor: RICARDO ANTONIO MARTINEZ HERNANDEZ

Demandado: JUAN CARLOS RIVERA PEÑA

Referencia: ACLARACIÓN SOBRE LOS MOTIVOS PARA NO SUSCRIBIR EL DOCUMENTO PRESENTADO A FIRMAS – STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

La versión que me fue presentada para firmas no responde a lo considerado y deliberado en las sesiones del 13 y 20 de septiembre, ni a lo deliberado y votado en la sesión de Sala Plena celebrada el 27 de septiembre de 2016.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia –artículos 54, 55 y 56–, “el documento que se presente para firmas *deberá corresponder a la deliberación y voto de la mayoría*” –se destaca–. Al tiempo, el artículo 129 de la Ley 1437 impone a quienes participaron en la toma de decisión, la obligación de suscribir la providencia.

Por su parte, al tenor del artículo 128 del mismo estatuto, las decisiones requerirán de “la *deliberación y voto favorable de la mayoría de sus miembros*” –se destaca–. Dispone, igualmente, el numeral 6º del artículo 33 del Reglamento de la Corporación, que “*solo será aprobado el proyecto que expone en todas sus partes el parecer y la decisión de por lo menos la mayoría absoluta de los miembros que componen la Sala, Sección o Subsección*”.

Se concluye, por tanto, que si bien participé en el debate y decisión, no me siento obligada a suscribir el documento, toda vez que el mismo no corresponde a lo efectivamente puesto a consideración, deliberado y decidido.

A continuación, mostraré los motivos que me asisten para sostener lo expuesto.

1. Breve recuento de las deliberaciones que tuvieron lugar durante las sesiones de Sala Plena Contenciosa los días 13, 20 y 21 de septiembre de 2016

El acta de Sala Plena No. 20 de 13 de septiembre de 2016, registra varias de las intervenciones sobre la necesidad de mantener la autonomía del juicio de desinvestidura y no someterlo a ningún condicionamiento, ni prejudicialidad. Una situación semejante se presentó en la sesión de Sala Plena celebrada el día 21 de septiembre de 2016 según acta No. 30, hasta el punto de que, hacia el final de la sesión celebrada el 21 de septiembre, el ponente, luego de agradecer las intervenciones de los integrantes de la Sala, indicó que “*estaría dispuesto a eliminarle [al proyecto de fallo] las incidencias que podría tener las decisiones de la Sección Quinta*”, –se destaca–. Por último, insistió en que acogería “*todas las observaciones y solo [mantendría] la decisión y la afirmación de que el régimen de responsabilidad está basado en la culpa*” –se destaca–. Circunstancia que se repitió en la sesión del 27 de septiembre, como más adelante podrá apreciarse.

Postura propia que, según se advierte en el documento presentado para firma, mantuvo sin perjuicio de que ese alcance no fue votado, como más adelante se explica.

2. Consideraciones del proyecto votado por la Sala Plena el 27 de septiembre de 2016

Si bien las deliberaciones efectuadas en las sesiones de Sala Plena Contenciosa celebradas el 13, 20 y 21 de septiembre de 2016 coincidieron en que la pérdida de investidura no podría aminorarse, al margen de lo decidido en el juicio de legalidad previo sobre igual inhabilidad, el 27 de septiembre de la misma anualidad se votó el proyecto sin conocer los cambios, pero con la confianza de que el ponente los incluiría; esto es, aunque se deliberó sobre el proyecto que planeaba modificar la jurisprudencia en el sentido de que la acción de pérdida de investidura, fundada en inhabilidades –al igual que la nulidad electoral– se sujeta a la previa decisión adoptada en el juicio de legalidad, aspecto este rechazado por consenso, ello ocurrió porque el ponente se comprometió a respetar lo decidido.

El proyecto, luego de referirse a la competencia, planteaba el problema jurídico y el orden metodológico a seguir para resolverlo así:

Corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidir si el Representante a la Cámara del Departamento de Risaralda, Juan Carlos Rivera Peña, debe perder la investidura por haber desempeñado el cargo de diputado de la Asamblea Departamental de Risaralda, electo para el periodo 2012-2015 y renunciar a dicho cargo, para inscribirse como candidato a la Cámara de Representantes por la misma circunscripción territorial, para el periodo 2014-2018.

Es decir, si el mencionado Congresista incurrió en la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 179, numeral 8 de la Constitución Política, según el cual 'Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para un corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente'.

Para resolver este problema jurídico, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo analizará: i) las generalidades de la acción de pérdida de investidura; ii) los efectos de las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado en el marco del medio de control de nulidad electoral en los procesos de pérdida de investidura y iii) análisis del caso concreto”.

Después de las generalidades –fls. 7-11–, en el numeral 2.5 se abordaba “[e]l criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo sobre los efectos de las decisiones del medio de control de nulidad electoral en las que se analiza la causal de inhabilidad que se alega como fundamento de la pérdida de investidura” –fls. 11-31–, lo que constituía el eje central de la propuesta que sugería el cambio de jurisprudencia ya señalado, a saber, introducir al juicio de pérdida de investidura la prejudicialidad de las decisiones adoptadas por la Sección Quinta ante causales coincidentes. Lo anterior, sustentado en contradicciones internas evidentes. Veamos:

De un lado, se advertía que la solicitud elevada por la parte demandada, dirigida a la revocatoria del auto admisorio de la demanda con fundamento en lo decidido en la nulidad electoral, fue negada con el argumento de que “la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de tiempo atrás, ha indicado que la acción de pérdida de investidura y el medio de control de nulidad electoral tienen una **naturaleza y consecuencias disímiles**, razón por la que uno y otro juez pueden pronunciarse sobre la existencia o no de la inhabilidad, de forma autónoma, sin que lo que se decida en un medio de control pueda influir en la resolución del otro” –fl. 11–.

A continuación, se traía a colación sentencias contentivas del precedente sentado por la Sala Plena y la Corte Constitucional sobre la autonomía de las acciones que da lugar a negar la cosa juzgada –fls. 12-14–⁷⁷, para asimismo concluir sobre la autonomía de una y otra acción, en particular, la de la pérdida de investidura –fl. 16–, al punto que más adelante el proyecto reconoció que “*existen claras razones para entender que, a la fecha, una demanda de pérdida de investidura no se puede rechazar porque existe una decisión del juez de nulidad electoral que hubiese declarado que la causal de inhabilidad alegada no se configuró, como lo solicitó el apoderado del demandado en el caso sometido a estudio en esta oportunidad*” –fl. 17–.

Con todo, establecido el precedente, el proyecto planteaba el cambio así:

“... la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera necesario analizar de nuevo ese precedente, para establecer si mantiene su racionio, o si a partir de esta providencia, se puede fijar una regla distinta para

⁷⁷ El proyecto puesto a consideración de la Sala el 27 de septiembre de 2016 se refirió a las siguientes sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: sentencia de 8 de septiembre de 1992, Exp. No.AC-175, reiterada en las sentencias de 5 de marzo de 2002 Exp. No. 1001031150002001019901 y 20 de mayo de 2002, Exp. No. 11001-03-15-000-2002-0042-01-039; sentencia de 20 de marzo de 2001, Exp. No. AC-12157. También se citó una sentencia de la Sección Primera de 28 de junio de 2007, Rad. No. 2005.2302-01. En una sentencia de Sala Plena proferida el 21 de abril de 2009, Rad. No. 11001-03-15000-2007-00581-00 (PI) precisó el proyecto los motivos por los cuales no se configura cosa juzgada. Además, destacó que el carácter autónomo de las acciones fue reiterado en la sentencia de Sala Plena Contenciosa del 19 de enero de 2010, Rad. No. 11001-03-15-000-2009-00708-00 (PI) y sostuvo que esta jurisprudencia se reiteró en sentencias proferidas por la Sala Plena Contenciosa el 11 de abril del 2014: Exp. No. P.I. 11001-03-15-000-2010-01394-00 y Exp. No. 11001-03-15-000-2010-01203-00. De igual modo, el proyecto citó las siguientes sentencias emitidas por la Corte Constitucional: SU-399 y SU-400 de 2012 que acogieron la postura de la Sala Plena Contenciosa, lineamientos reiterados en la sentencia SU-264 de 2015.

casos como el que originó la pérdida de la investidura de la referencia, es decir, determinar cuál es la incidencia de las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado frente a las causales de inhabilidad en los procesos de pérdida de investidura, en los que se alegue como causal la misma inhabilidad analizada por el juez de la nulidad electoral. // Es decir, si se continúa aceptando que frente a una misma causal de inhabilidad, las decisiones del juez de la pérdida de la investidura y del juez del medio de control de nulidad pueden ser diversas, o si se pueden aplicar criterios que impidan contradicciones o incoherencias en el ordenamiento jurídico”.

Aunque en el párrafo inmediatamente siguiente de antemano se descartaba la cosa juzgada:

Para avanzar en el examen propuesto, se advierte, de una vez, que en razón de la naturaleza, finalidad y características diversas entre el medio de control de nulidad electoral y el de pérdida de investidura, no se puede admitir la configuración de la cosa juzgada a la que hace referencia el artículo 15 de la Ley 144 de 1994”.

En igual sentido, se sostenía:

“... que el juez de la nulidad electoral se pronuncie sobre la configuración de la causal de inhabilidad no genera frente al proceso de la pérdida de investidura la cosa juzgada, pues pese a que los dos medios de control se fundamentan en los mismos hechos y causal, el análisis que debe hacer uno y otro juez es diverso, como pasa a mostrarse”.

Se insistía, en todo caso, en la prejudicialidad, argumentando que alguna incidencia debería tener un juicio respecto del otro, para lo cual se recurría al carácter objetivo de la nulidad electoral, restringiendo el papel del juez de la pérdida de investidura al análisis sobre la lesión de la dignidad del cargo y del principio de representación así –folio 19; negrillas en el texto citado; subrayas añadidas–:

*“Bajo este entendido, es decir, que las inhabilidades tienen un carácter **objetivo** la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo entiende que cuando en un proceso de nulidad electoral se ha analizado una determinada causal de inhabilidad y el juez de la pérdida de investidura debe resolver un proceso bajo los mismos supuestos fácticos y jurídicos que fueron analizados por aquel, esa decisión ha de tener alguna incidencia en este*

en tanto si aquel no encontró configurada la causal alegada no existiría razón para que el juez de la pérdida sí lo hiciera y viceversa. // Ha de entenderse, entonces, que la única razón para que las sentencias del juez electoral que declaran la existencia de una causal de inhabilidad no pueden tener valor probatorio en el proceso de pérdida de investidura pese a estar plenamente acreditada la causal de inhabilidad, es que el proceso de nulidad es de carácter objetivo, mientras que el de pérdida de investidura es sancionatorio y, por ende, regulado bajo un régimen de responsabilidad basado en la culpa. // Por tanto corresponderá al juez de la pérdida de investidura hacer el análisis del actuar del demandado para determinar si, pese a que se recorrió la descripción de la conducta descrita por el Constituyente, existe una razón para indicar que no se lesionó la dignidad del cargo y el principio de representación con que aquella se busca proteger”.

Por último y, pese al interés del proyecto en menguar la autonomía de las acciones de pérdida de investidura y de nulidad electoral, se insistía en denegar la excepción de la cosa juzgada –fl. 20–:

“Las razones expuestas son suficientes para denegar la excepción de cosa juzgada alegada por el demandado y por el Agente del Ministerio Público”.

Lo cierto es que, al margen de lo proyectado, las deliberaciones y posturas fueron claras en cuanto a la necesidad de preservar la jurisprudencia sobre la autonomía de las acciones. Las deliberaciones iniciales, tuvieron eco también en la sesión realizada el 27 de septiembre del mismo año como puede observarse enseguida.

En la sesión del 13 de septiembre de 2017 se sostuvo sobre el punto⁷⁸: *“no [estoy] de acuerdo con que se establezca una tarifa legal probatoria, en la medida en que se obliga al juez de la pérdida de investidura a tener en cuenta la decisión de otra Sección y [se] viola el principio de la libre convicción del juez en materia probatoria”.* Se consideró, asimismo, que los dos juicios *“deben conservar la independencia”.*

Igualmente, se señaló que lo que se desprendía del proyecto era *“una prejudicialidad que no encuentra soporte normativo”.* Posteriormente, se indicó que *“si la pérdida de investidura y el proceso electoral tienen una naturaleza diferente, no puede establecerse entonces ningún tipo de prejudicialidad”.* Se sugirió que *“más que una prueba la decisión de la Sección Quinta constituye un antecedente que debe analizarse y si es del caso contra argumentarse”.* Se

⁷⁸ Acta No. 29, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 13 de septiembre de 2016.

recordó, igualmente, que *“en el caso de Pedro Jesús Orjuela Gómez se dijo que la sentencia de la Sección Quinta no era vinculante”*.

También se manifestó acuerdo con el proyecto, salvo en relación con *“la incidencia que puedan tener las decisiones de la Sección Quinta”*; en igual sentido se manifestó desacuerdo con *“la afirmación del proyecto según la cual, la sentencia de la Sección Quinta constituye una prueba, por cuanto en este caso entra en juego el artículo 230 de la Constitución Política que habla de la autonomía e independencia del funcionario judicial”*. Por último se indicó cómo al *“admitir que se tenga en cuenta como prueba la sentencia de la Sección Quinta... preocupa que se vacíe de competencia a la Sala Plena, y, si, dado que no se demandó en nulidad electoral, haga falta probar el elemento objetivo”*.

De la misma manera, en la sesiones del 20 y 21 de septiembre de 2017 se deliberó sobre el punto así⁷⁹: se destacó que *“se está creando un requisito de procedibilidad y que la remisión a las decisiones de la Sección Quinta generan una suerte de tarifa legal que no contempla la ley”*. Además, se encontró *“problemática la hipótesis en la que la Sección Quinta señale que no hay nulidad electoral, pues con ello se perdería la posibilidad de hacer el análisis propio de la pérdida de investidura”*. También se ofreció acompañar la decisión pero aclarar voto *“en relación con la decisión de la Sección Quinta como prueba de la pérdida de investidura”*. Más adelante se advirtió que *“[e]l proceso de pérdida de investidura y el de nulidad electoral tiene diferencias sustanciales, por lo que... interrelacionar estos procesos trae confusiones”*. Así mismo, se reiteró desacuerdo con el *“precedente que se pretende implementar en relación con las decisiones que tome la Sección Quinta en punto de la nulidad electoral”*.

Posteriormente, se insistió en que *los bienes jurídicos protegidos en el proceso de pérdida de investidura y de nulidad electoral son distintos”*. Luego de varias intervenciones, todas rechazando la interdependencia de las acciones, se reiteró *“que, por el principio de autonomía e independencia no puede señalarse que las decisiones de la Sección Quinta sean precedente para la Sala Plena”*. En consecuencia y, dado el consenso sobre la autonomía del juicio de desinvestidura, el ponente, luego de agradecer las intervenciones de los integrantes de la Sala, indicó *“que estaría dispuesto a eliminarle [al proyecto de fallo] las incidencias que podría tener las decisiones de la Sección Quinta”*.

En este orden, en la sesión del 27 de septiembre de 2016⁸⁰ se reclamó al ponente así: *“lo que se planteó la semana pasada fue que por parte del ponente iba a haber un cambio... que en la primera ponencia se indicaba que si la Sección Quinta había aludido el tema de tipicidad entonces a la Sala Plena no le quedaba otra cosa que plegarse a esa tesis, en aquella oportunidad y creo que esa fue la posición de la mayor parte de las personas que intervinieron pues se señaló que esa lectura no era la adecuada en tanto que habría autonomía e independencia en el juzgamiento y la Sala Plena podría decir lo contrario, sin embargo algunos acápite de la ponencia me parece que están reiterando la tesis; quiero*

⁷⁹ Acta No. 30, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 20 y 21 de septiembre de 2016.

⁸⁰ Acta de

remontarme a la página 21, en la parte final, dice lo siguiente bajo ese razonamiento corresponde al juez de la pérdida bajo el mismo razonamiento que empleo el juez de la nulidad electoral sentenciar que la mencionada causal no se configuró y por ende negar la pretensión de la pérdida de investidura, por lo tanto me parece que volvemos otra vez al tema del amarre, bien. Pero está en otros acápite de la ponencia entonces me parece que deberían excluirse por completo, pienso que la Sala mantuvo una posición uniforme en torno a que no se puede generar un elemento de amarre en cuanto a la decisión y análisis del aspecto objetivo".

En el mismo sentido, una siguiente intervención indicó que "en el proyecto se hace referencia a la incidencia de las decisiones de la Sección Quinta en el proceso de pérdida de investidura, y [se] cree que ese no fue el sentido de las observaciones [hechas en las sesiones pasadas]. Frente a estas manifestaciones el ponente se excusó argumentando que "esos párrafos se fueron del proyecto anterior; y al tiempo se refiere a "la parte resolutive" para destacar que niega "la excepción de la cosa juzgada, en tanto acata las observaciones de la Sala".

Además, se planteó el interés de que la Sala Plena Contenciosa adopte una postura reciente de la Sección Quinta que dio lugar a decretar la nulidad de la designación de una gobernadora en forma de "jurisprudencia anunciada". No obstante, sobre el particular la reacción no se hizo esperar. Se puso de presente la preocupación acerca de que "se traiga parte de la ratio decidendi del fallo de la Gobernadora de La Guajira, pues [se] consider[ó] que [así se] desconoc[ía], entre otras, el numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5ª del 92, según el cual no podrán ser elegidos congresistas quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente, salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente".

El ponente agregó que acogería "la sugerencia sobre el análisis de la convicción errada e invencible con la que actuó el congresista con el fin de abordar el análisis de subjetividad, pero eliminaría lo relacionada con la jurisprudencia anunciada de la Sección Quinta". Por último, precisó el Presidente "que el proyecto no hablará sobre la validez probatoria de la sentencia de la Sección Quinta, ni la jurisprudencia anunciada, o la tipicidad".

En pocas palabras, el ponente se comprometió a excluir toda incidencia en la pérdida de investidura, de las decisiones de la Sección Quinta en el marco de la acción de nulidad electoral.

Ahora bien, una vez aclarado que la autonomía del juicio de desinvestidura no sería afectada, las deliberaciones se centraron en el aspecto objetivo o subjetivo de una y otra valoración. Al respecto, se sostuvo por parte de uno de los magistrados afines al proyecto, que le correspondía a la Sala Plena del Consejo de Estado corregir lo reglado por los constituyentes, en consideración a que en los juicios sancionatorios no tiene cabida la responsabilidad objetiva, sino la imputación objetiva. No obstante, según el ponente **i)** no habría nada que corregir,

dado que no se cuenta con elementos para aseverar que los constituyentes establecieron ese tipo de responsabilidad⁸¹ y al tiempo ii) la configuración normativa del constituyente merecía las críticas.

Vale decir, el ponente sostuvo que no se desconocía el querer del constituyente al incluir juicio de “culpabilidad”; al tiempo precisó que no se trataba de una culpabilidad penal y advertía la necesidad de construir el juicio propuesto, causal por causal. Sostuvo –se destaca–.

“... entonces no creo que estemos contrariando o cambiando la Constitución al pretender que se tenga en cuenta ese juicio de culpabilidad, ese juicio de reproche, una culpabilidad normativa o una culpabilidad que se construya teniendo en cuenta las particularidades de la acción de pérdida de investidura, no necesariamente tiene que coincidir con la culpabilidad como se ha entendido desde el punto de vista penal o como se ha entendido desde el punto de vista disciplinario sino que a medida que se vaya analizando causal tras causal pues tendremos que ir viendo y construyendo esa dogmática que se reclama para una acción sui generis como lo es la de pérdida de investidura”.

En cuanto al disenso con lo previsto por el constituyente se afirmó –se destaca–:

“[t]ampoco encuentro que la Asamblea Nacional Constituyente haya dejado proscrita la posibilidad de que el análisis se haga desde el punto de vista subjetivo, toda vez que por el contrario dentro de las discusiones que allí se dieron se habló todo el tiempo de conducta y de acción. Los constituyentes al tratar la pérdida de investidura se refirieron siempre a estos dos términos y se puede revisar pues todas las actas y en ningún momento están hablando ni de un acto administrativo, ni de un acto desprovisto pues de voluntad, no, todo el tiempo se habló, de acto, de actuación, de conducta referida a la conducta de un ser humano y la atribución al Consejo de Estado, claro se le trajo al Consejo de Estado, se consideró que era el Consejo de Estado quien debía conocer de la pérdida de investidura pero no porque fuera objetiva sino porque el análisis que hicieron es que el Consejo de Estado tenía la Sección electoral

⁸¹ Acta de Sesión del 27 de septiembre de 2016, fiel transcripción del audio.

recientemente creada para el 91, tenía la Sección electoral que venía conociendo de la nulidad electoral y que coincidiendo algunas causales como las de inhabilidad y algunas prohibiciones debía ser conocido, en principio se señaló por la Sección Quinta, la sala electoral señalaban los constituyentes

(...)

no es cierto, digamos, que la Constituyente haya dicho que el proceso electoral sea subjetivo, que el proceso de pérdida de investidura sea objetivo pues no, y por lo tanto allí no se creó ninguna dogmática, al contrario lo que hemos venido haciendo aquí es criticando la configuración normativa que hizo el Constituyente".

Cabe precisar que, no obstante la convicción del ponente en el sentido de que el juicio que el mismo proponía debía construirse sobre los casos concretos y de acuerdo a la causal, en el documento presentado para firmas, no obstante que la causal no prosperó de modo que el estudio no procedía, se avanzó en el tema, como más adelante se acentúa.

Destaca lo expuesto si se consideran las posturas que advirtieron cómo, establecido por consenso la no configuración de la causal en el caso en estudio, el análisis sobre la culpa constituía un *obiter dictum*⁸². Así, en la sesión del 13 de septiembre de 2016 se llamó la atención acerca de la impertinencia de la propuesta, dado que no se trataba del "caso adecuado para cambiar la tesis de la Sala"⁸³ y, aun cuando durante la sesión del 21 de septiembre se debatió el punto en el marco del mismo asunto, tampoco se trataba de adoptar decisión alguna, pues sobresalió el talante académico de las intervenciones. Como respuesta al debate académico se sostuvo la necesidad de adelantar⁸⁴.

⁸² Intervenciones que quedaron registradas en el acta de las sesiones celebradas, respectivamente, el 13, 20, 21 y 27 de septiembre de 2016.

⁸³ Acta No. 29 de la Sala Plena Contenciosa del 13 de septiembre de 2016.

⁸⁴ A continuación la intervención completa, fiel transcripción del audio de la sesión correspondiente al 20 y 21 de septiembre de 2016, Acta No. 30: "[b]uena se trata de hacer una reflexión muy corta sobre la naturaleza de la culpa y con base en la naturaleza de la culpa la distinción entre el juicio de nulidad y el juicio de pérdida de investidura, en relación precisamente, del juicio subjetivo de la culpa, que entiendo es la propuesta que trae el doctor Yepes. En primer término y no lo voy a meter en la imputación objetiva porque esta se trata de una doctrina propia del derecho penal que se ha desarrollado en el derecho penal y que tiene distintas doctrinas, distintos opositores, defensores y algunas posiciones eclécticas, no ha sido acogida por el ordenamiento de tal manera que yo creo que me voy a limitar a la culpa en el sentido civil y el sentido penal que es lo que en realidad es lo que tenemos que tener presente, lo primero que cabe examinar cuando se analiza la propuesta de distinción entre la pérdida de investidura y la nulidad electoral en función del elemento culpa es el sentido que este término tiene en el contexto, la palabra culpa en derecho no es unívoca concretamente es posible distinguir dos campos semánticos diferenciados muy claros, el campo civil, el campo penal y además el campo del derecho sancionatorio. La distinción está suficientemente admitida, de hecho, los recientes desarrollos sobre la exención de responsabilidad estatal por dolo o culpa grave del actor dependen de la aceptación de la distinción, sino se admite que el nuevo juicio en sede contenciosa es sobre una modalidad de culpa civil distinta de la modalidad penal, la legitimidad del juicio de pérdida de investidura decae en tanto no se ajusta al principio del non bis in ídem si algo distingue claramente el juicio de la pérdida de investidura en

“una distinción en razón de la naturaleza de la culpa, y a partir de ello, la diferencia entre el juicio de nulidad y la pérdida de investidura en relación con el juicio subjetivo de la culpa. [Se dice que en el proceso de pérdida de investidura se adelanta un juicio de carácter civil y en el proceso penal se adelanta uno de carácter penal y que si no se admite la distinción la modalidad del juicio de pérdida de investidura decae, en tanto no se ajusta al principio del non bis in ídem. Se pone de presente “que en el proceso de pérdida de investidura, verificada la causal se predica la culpa, sin importar la intención o la capacidad, pues lo que debe verificar el juez es el

causales como la indebida destinación de dineros públicos, el tráfico de influencias; es precisamente que el proceso penal adelanta un juicio de culpa penal, mientras la pérdida de investidura adelanta un juicio de carácter civil, en el campo civil la culpa se equipara a la falta, en el derecho francés se usa la misma palabra “faute” se refiere a la desviación de la conducta respecto de un parámetro objetivo de deber, el parámetro objetivo lo fija el legislador, en este caso, lo fija el constituyente, el legislador establece cuál es la conducta de un padre de familia, se establecen en las profesiones un régimen deontológico quien no cumple esas reglas deontológicas establecidas en el ordenamiento incurre en culpa; en este sentido verificada la desviación respecto de un estándar se predicó la culpa, no importa la intención, no importa la capacidad. Sobre la culpa civil resultan ilustrativas las consideraciones de Chavas, siguiendo las ideas de los hermanos Mazeaud, nuestra jurisprudencia ha optado –estoy utilizando comillas- la jurisprudencia ha optado por las apreciaciones in abstracto, no cuentan las particularidades del individuo, no cuenta su espíritu, no importa su cultura, solamente se tienen en cuenta las circunstancias exteriores, la única pregunta que se plantea el juez es si en las mismas condiciones cómo hubiera actuado un individuo normal, ese individuo que se le establece como modelo de conducta, una precisión, sin embargo, para apreciar la culpa profesional se compara el comportamiento del individuo con el que hubiera adoptado un individuo de la misma categoría profesional, entonces en este caso cómo debe actuar el correcto parlamentario frente al comportamiento que se está analizando. La gradación de la culpa depende exclusivamente de la desviación de la conducta estándar. En sentido penal, las nuevas orientaciones del derecho penal permiten dividir el estudio de la culpa en dos momentos, una parte del juicio se traslada a la tipicidad, los delitos exigen que se realicen de una determinada manera, dolosa o culposamente, en el caso de los delitos culposos es necesario determinar si el sindicado a pesar de no haber querido directamente el daño, faltó a los deberes objetivos de cuidado y diligencia, en este sentido la culpa o dolo contenidas en el análisis del tipo coinciden materialmente con la culpa civil, o sea penalmente también tenemos análisis objetivo de la conducta porque el análisis de los delitos culposos coincide con el análisis civil. La segunda parte del análisis de la culpa en sentido penal es eminentemente subjetiva, se pregunta por la capacidad del actor de haber actuado de otra manera, el estado de necesidad por ejemplo, es exculpante en este tipo de delitos, se pregunta por la representación actual de la norma o de los hechos, el error de hecho el error de derecho, se pregunta por la capacidad de comprensión de la norma y adecuación de la conducta, o sea la imputabilidad, si la pérdida de investidura y la nulidad se distinguen en razón de la culpa ¿de qué culpa se trata? la culpa en sentido civil se identifica con el juicio de tipicidad, el único análisis que hace el juez si se faltó a un estándar objetivo de conducta, la culpa en sentido penal obliga a examinar la tipicidad, el estado de necesidad, el error de hecho y de derecho y la imputabilidad, las causales de exculpación subjetiva en el juicio penal son válidas, son válidas también en el de pérdida de investidura, ese es un interrogante, ¿o sea el error de derecho, la ignorancia de la ley es un motivo de peso para conservar la dignidad, la incapacidad para comprender y para cumplir normas es motivo de peso para conservar la indignidad? el mismo constituyente prevé los supuestos en los que caben circunstancias subjetivas de exculpación, las restringe a la fuerza mayor, son relevantes para la pérdida de investidura únicamente las causales dos y tres del artículo 183, la enunciación expresa de los casos en los cuales cabe alegar este tipo de circunstancias excluye su relevancia en otros supuestos consagrados en el mismo artículo. De las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, del texto Constitucional y de la jurisprudencia de esta Corporación es dable concluir que la pérdida de investidura impone juicio objetivo de conducta del investido dirigido a rescatar y preservar la dignidad del Congreso, eximir de sanción al que infringe la norma por este solo hecho sustituye la Constitución. El juicio de la pérdida de investidura impide aceptar la exculpación por elementos subjetivos de la culpa, excepto en los supuestos expresamente previstos en los numerales dos y tres del artículo 183 de la Constitución Política”.

comportamiento del Congresista frente al modelo establecido en la Constitución”.

Previamente, se sostuvo:

“bueno... yo creo que aquí hicimos un ejercicio interesante sobre la naturaleza de la pérdida de investidura, interesante y muy útil pero yo creo que tenía básicamente unos alcances académicos, yo ahora encuentro que lo que nos corresponde es ya concretar si efectivamente ese análisis, el primer punto sería si ese análisis cabe dentro de este proyecto, o sea si va a constituir simplemente las afirmaciones un obiter o si efectivamente en este caso amerita el cambio de jurisprudencia que su señoría plantea, que no solamente es cambio de jurisprudencia sino como yo lo planteo en mi intervención pasada implica una sustitución de la Constitución. Sostiene su señoría que ese fue el planteamiento general de la Sala y que usted no está haciendo sino acogiendo la voluntad de la mayoría, eso tendríamos que confirmarlo con una votación separada de los distintos aspectos que trae su proyecto que a mi juicio tienen que quedar absolutamente claros y de cara al país, o sea el país tiene que saber que está sucediendo y qué va a suceder a partir de este proyecto con la pérdida de investidura”.

Es de advertir que el siguiente párrafo del proyecto, sometido a votación, obtuvo mayoría. Se trataba del aparte en el que se planteaba la necesidad de distinguir entre el elemento objetivo de la causal y el subjetivo que daría lugar a la sanción:

“no basta con que se demuestre que la inhabilidad se estructuró ~~—elemento objetivo—~~, dado que es necesario que el juez de la pérdida de investidura evalúe la conducta del demandado —elemento subjetivo— para determinar si procede o no la sanción que se deriva de este juicio”.

Párrafo que, no obstante haber sido aprobado, no figura en el escrito que se presentó para firmas. En su lugar, se traduce el elemento subjetivo por elemento de culpabilidad al que, además, se lo erige como precedente o regla:

*El análisis expuesto por la Sala en este acápite, constituye la ratio decidendi de esta decisión y, por tanto, será el **precedente y la regla** que habrá de aplicarse a partir de la ejecutoria de esta providencia, en todos los procesos de pérdida de investidura. Por tanto, en cada caso, deberá comprobarse la existencia del elemento de*

culpabilidad, por tratarse de un régimen sancionatorio de tipo subjetivo”.

Así las cosas, resulta incorrecto aseverar –como en el documento presentado para firmas– que la Sala resolvió sobre la culpa a manera de *ratio*. Se insiste: la mayoría de intervenciones destacaron que los apartes del proyecto sobre el tema no venían al caso. En tal sentido, se advierten las intervenciones en la sesión del 20 y 21 de septiembre de 2016 –se destaca–: “*se comparte la afirmación según la cual, en este caso, el análisis de culpabilidad constituiría un obiter*”⁸⁵. Y se añadió: “*hay consenso en el sentido de que no es éste el proyecto en el que debe hacerse el análisis de culpabilidad*”⁸⁶.

Posición corroborada en la sesión del 27 de septiembre de 2016, como se sigue de las intervenciones que tuvieron lugar en aquella ocasión⁸⁷ –se destaca–: “[e]l segundo aspecto que yo quiero resaltar es el tema de la culpabilidad, me parece que está muy bien abordado pero insisto en que esta no es la ocasión para analizar este tema, y no es la ocasión porque entre otras cosas aludiendo a lo que señalaba la doctora... y me parece que si nosotros vamos a tomar un análisis de pérdida de investidura donde miremos la culpabilidad tiene que ser un caso en donde amerite el estudio de la culpabilidad y creo que esta no sería la ocasión”. Luego se insistió: “en que la culpabilidad no tiene que ir porque está resulta, el evento es distinto y solamente dejaría el tema de que la causal no se configuró porque no se configura el supuesto del 179.8 y sugeriría respetuosamente que así se votara el proyecto, gracias”.

Más adelante se sostuvo: “otra cosa distinta sería que se declarara la nulidad electoral y tuviéramos que entrar a analizar el elemento subjetivo, pero ese no es el caso que estamos estudiando, si eso es así a pesar de que yo comparto los razonamientos que hace el proyecto en relación con la existencia de un elemento subjetivo en materia de pérdidas de investidura, pues me parece que aquí no sería el supuesto fáctico requerido para entrar a analizar ese punto e incluso nos tendríamos que preguntar si en realidad ese aspecto o esa argumentación sería parte de la ratio decidendi o simplemente sería un dictum como en principio creo lo sería”.

En el mismo sentido se indicó: “...pero viene el problema que no ha acogido en un debate enriquecedor y es el tratar de traer aquí el tema de si es subjetiva o no la naturaleza de esta acción, es decir de lo que hay que analizar en la conducta del que incurre en alguna causal de inhabilidad, igual que quienes han intervenido hoy para hacer sugerencias al proyecto en ese sentido, la suscrita comparte que no es el momento en que hagamos precisiones en el proyecto que si bien se modifica la parte resolutive cuando ya no se habla de modificar la precedente o de confirmarlo, niega la pretensión, o sea la resolutive es acorde a lo que la Sala pidió, sugirió al ponente pero si nosotros analizamos la parte considerativo y su ratio decidendi se mete todo el tiempo con la cuestión subjetiva, si nosotros

⁸⁵ Acta No. 30 de la Sala Plena Contenciosa del 20 y 21 de septiembre de 2016.

⁸⁶ Acta No. 30 de la Sala Plena Contenciosa del 20 y 21 de septiembre de 2016.

⁸⁷ Acta No. 31 de la Sala Plena Contenciosa del 27 de septiembre de 2016.

analizamos en la página 23 que todos ya han hecho referencia a ella, el segundo párrafo para concluir la acción dice no obstante vale la pena indicar como es una forma de ilustrar el criterio expuesto en otro acápite de esta providencia en relación con el deber del juez de la pérdida de investidura de analizar el aspecto subjetivo bajo el régimen de responsabilidad en la culpa, ese es un punto medular que está en discusión que no compete al caso en este momento y que se trae para anunciar el análisis del caso y concluirlo frente a la confianza legítima...

Ahora, propuesto y acogido que se distinguiera el tema de la subjetividad de la prosperidad de la causal, por unanimidad se resolvió negar la pretensión e, igualmente, la excepción de cosa juzgada, en consideración a que la Sala expresó su consenso respecto de la autonomía del juicio de desinvestidura que debía mantenerse ajeno a cualquier condicionamiento o prejudicialidad. Se consideró indispensable aplicar, además, la jurisprudencia constitucional.

En ese orden, el Presidente sometió el asunto a votación así:

*“votemos la parte resolutive que va atada especialmente no con el tema de la subjetividad que lo votaríamos entonces [por] separado ¿les parece? Sino con los otros argumentos particularmente el de la renuncia ¿de acuerdo, lo votamos así ese en primer lugar? Y en segundo lugar votamos para las aclaraciones o precisiones o salvamento **que haya el tema de la subjetividad que está involucrado en el fallo, ¿de acuerdo? Entonces... vamos así, entonces quienes estén de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia y el componente relativo a la renuncia, en este caso concreto, favor ponerse de pie”.***

Por unanimidad se resolvió negar la excepción de cosa juzgada y la pérdida de investidura; esto último, dado que la renuncia previa del parlamentario, atendiendo la jurisprudencia constitucional y contenciosa, enerva la inhabilidad y lo primero, en razón de la autonomía del juicio de desinvestidura.

Finalmente y, con el propósito de avanzar en el debate sobre el análisis subjetivo de la conducta, sometido a votación, se aprobó el párrafo del proyecto ya señalado, el que, como es dable constatar, indica que en todos los casos de desinvestidura debe evaluarse *“la conducta del demandado –elemento subjetivo– para determinar si procede o no la sanción...”*

Es de advertir, que, como en el debate se trajo repetidamente a colación una sentencia de tutela de la Corte Constitucional que trata sobre el debido proceso en los juicios sancionatorios –para entonces sin notificar y respecto de la cual solo se conocía el comunicado de prensa–, se convino que no se trataría. Se encontró *“razonable [esperar] a la decisión de la Corte Constitucional”* y se recordó el

consenso sobre que no se trataba de la oportunidad “en la que [debía] hacerse el análisis de culpabilidad”⁸⁸.

Finalmente, debe insistirse en que fue claro el rechazo a la propuesta relativa a que la Sala acogiera la reciente decisión de la Sección Quinta. En tal sentido, se sostuvo⁸⁹:

“gracias señor Presidente, yo quisiera aportar unos elementos de juicio adicionales en relación con la inconveniencia de traer en este proyecto algunos apartes de la sentencia proferida por la Sección Quinta el 7 de junio de 2016, en donde en buena hora en mi sentir se introduce en la jurisprudencia del Consejo de Estado, el concepto de jurisprudencia anunciada y quiero pues básicamente señalar lo siguiente en relación con estos temas, en este fallo la misma sentencia está diciendo que las consideraciones que allí quedan consignadas tienen aplicación para situaciones fácticas que se presenten con posterioridad a la sentencia, entonces comoquiera que esta situación que está siendo objeto de análisis en el caso particular que nos ocupa, estar referida a hechos que ocurrieron con anterioridad a la sentencia del 7 de junio pues resulta inaplicable pues traer estos conceptos a este caso particular” –se destaca–.

Al punto que el ponente se comprometió a que el tema no se consideraría:

“solucionado con el tema sancionatorio, con las diferencias, etc., etc. vamos ahora como tercer lugar al tema de la subjetividad, un magistrado propone y yo estaría de acuerdo pero veo que no hay mayorías, no hay consenso en la Sala frente al punto de la tipicidad por eso estoy de acuerdo, doctor..., en quitarlo si se fueron unos párrafos pido disculpas a la Sala pero se quitan esos párrafos para no entrar todavía en eso de si la Sección Quinta dice que sí, doctora..., entonces entra a estudiar aquí ya con un acápite o si dice que no, pues ya vacea o vacía, ¿cómo se dice doctor?, de competencia a la Sala Plena, entonces deja sin competencia a la Sala Plena, bueno, ese es el regaño a que se refiere el doctor...”

En conclusión, se echa de menos en el documento presentado para firmas el compromiso de **i)** eliminar toda incidencia de las decisiones de la Sección Quinta en el juicio de pérdida de investidura; **ii)** no hacer mención a la decisión de la

⁸⁸ Acta No. 30. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo 20 y 21 de septiembre de 2016.

⁸⁹ Se propuso: “la tesis de la sección Quinta hoy en día, es que la coincidencia de periodos, pese a que medie una renuncia, genera inhabilidad”. Acta No. 30. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo 20 y 21 de septiembre de 2016.

misma Sección sobre la nulidad decretada en la elección de una gobernadora y **iii)** no darle alcance a la sentencia de tutela traída por el ponente a colación. Igualmente, sorprende el alcance de “*ratio*” al análisis subjetivo, el que, además, se tradujo –sin contar con la aprobación de la Sala– en “*elemento de culpabilidad*”.

2. El documento presentado a firmas no responde a lo deliberado y votado

Si bien la parte resolutive del escrito presentado a firmas coincide con lo aprobado en Sala Plena el 27 de septiembre de 2016⁹⁰, se echa de menos la *ratio* del primer numeral del resuelve, pues lo que aparece en las consideraciones del aludido documento a la manera de “*precedente y regla*” a seguir en los juicios de pérdida de investidura –fl. 24– no fue aprobado por la Sala. Es más, se consideró que la parte resolutive no estaba atada a la subjetividad y así se votó. Es de anotar, adicionalmente, el consenso sobre mantener la autonomía de las acciones. Empero, en “*las razones expuestas*” en el documento se insiste en hacer valer en los juicios de desinvestidura lo resuelto en la acción de nulidad, esto es, en dejar planteada la dependencia de los dos juicios abiertamente rechazada en las deliberaciones.

Dicho brevemente, aunque en el documento se indica que se negó la excepción de cosa juzgada y, la pretendida dependencia de la pérdida de investidura respecto de la nulidad electoral no prosperó, la motivación indica lo contrario, pues, repetidamente se sostiene que, analizada la inhabilidad desde una perspectiva objetiva –nulidad electoral–, corresponde al juez de la desinvestidura el análisis del elemento de culpabilidad.

Al respecto cabe preguntarse, en aras de la autonomía de nulidad y desinvestidura, si se considera que en varias oportunidades la negativa de la nulidad no ha sido óbice para que se decrete la primera, al punto que no se convino en el cambio de jurisprudencia propuesto, por qué en el documento presentado para firmas se recalca sobre la dependencia:

*“Así, a diferencia del medio de control de nulidad electoral en el que basta demostrar que se cumplen los elementos que configuran la respectiva inhabilidad, **sin juicios adicionales por parte del juzgador**, en el proceso de pérdida de investidura el juez, además de comprobar que la inhabilidad se configuró –como corresponde al juez electoral, requiere adicionalmente determinar el llamado elementos subjetivo, para lo cual, necesariamente, quien conoce del proceso sancionatorio debe acometer un estudio diferente al que efectúa el juez del medio de control electoral. // Esta distinción justifica, por sí sola, que*

⁹⁰ “PRIMERO: NEGAR la excepción de cosa juzgada propuesta por la defensa del demandado y el Ministerio Público, por las razones expuestas en la presente providencia” –negritas en el texto citado, subrayas añadidas–

el juez de la pérdida de investidura deba admitir y fallar las solicitudes que se presenten, pese a que el juez electoral hubiese decretado la nulidad de la elección por encontrar configurada la causal de inhabilidad. Pues, como ya se anticipó, no basta con que se demuestre que la inhabilidad se estructuró –elemento objetivo–, dado que es necesario que el juez de la pérdida de la investidura evalúe la conducta del demandado –elemento subjetivo– para determinar si procede o no la sanción que se deriva de ese juicio. // En otras palabras, la distinción que se ha venido planteando de tiempo atrás tanto por esta Corporación como por la Corte Constitucional, en el sentido que cada juez debe adelantar su propio juicio en razón de la autonomía de estos medios de control, no explica suficientemente la razón por la que el juez de la pérdida de la investidura debe, pese a la existencia de un pronunciamiento previo del juez de lo electoral, **examinar la procedencia o no de la sanción.** // Pues bien, una y otra acción se diferencia, entonces, en **el raciocinio** que debe emplear un juez y otro para su resolución, pues mientras **el juicio de pérdida de investidura es sancionatorio, el medio de control de nulidad electoral es un objetivo de legalidad.** // Y es precisamente esa naturaleza sancionatoria, la que permite explicar por qué no basta con el pronunciamiento del juez electoral para decretar la pérdida de investidura, hecho que, en sí mismo, impide la configuración de la cosa juzgada. // En efecto, por tratarse de un proceso de **carácter sancionatorio**, se considera que el juez de la pérdida de investidura está llamado a efectuar un examen diverso al que realiza el electoral, en tanto aquél examina la conducta –aspecto subjetivo– del demandado y éste el acto con el ordenamiento –aspecto objetivo–. // En otras palabras, el ordenamiento constitucional entendido en forma sistemática, artículos 29 y 183, impone considerar a la pérdida de investidura dentro del régimen de responsabilidad **subjetivo**, en el que la imposición de la sanción no puede tener como único fundamento la verificación de los presupuestos o elementos que estructuran la causal, que es precisamente el juicio que hace el juez de la nulidad electoral. // Al juez de lo electoral le basta comprobar que los presupuestos en los que se fundamenta la respectiva inhabilidad están demostrados para declarar la nulidad del acto de elección o designación sin otros análisis, su juicio se centra en determinar la **legalidad del acto** de elección y no examina **la conducta** del demandado. Su análisis es objetivo acto-norma. Así, razón por la que a este le son

*indiferentes las razones de orden subjetivo para la configuración de la inhabilidad v.gr. el no ejercicio efectivo de la autoridad; enemistad con alguno de los consanguíneos enumerados en la norma, el desconocimiento de los supuestos de inhabilidad, entre otros. // El juez de la pérdida de la investidura, a diferencia de la valoración que hace el juez electoral, no puede quedarse en la simple confrontación de la causal en tanto requiere analizar **la conducta del demandado** para determinar la procedencia o no de la sanción. Es decir, no es suficiente que se configure o demuestre la violación del régimen de inhabilidades, se requiere adicionalmente el análisis de la conducta del demandado”.*

Se advierte, entonces, que no obstante la argumentación encaminada a establecer que, en últimas, el juez de la pérdida de investidura debe restringirse a efectuar un “análisis de conducta o subjetivo” y, por consiguiente, debe plegarse al “análisis objetivo” que tiene lugar en sede de acción pública de nulidad electoral, lo cierto es que la Sala fue enfática en mantener la independencia de las acciones, no solo porque así fueron concebidas por el constituyente, sino porque la pretendida prejudicialidad fue rechazada y lo contrario habría requerido una decisión clara de la Sala, adoptada con los requisitos que exige todo cambio de precedente, lo que no ocurrió.

Como ya se precisó, lo que aprobó la Sala en la sesión del 27 de septiembre de 2016 fue que **i)** la acción de pérdida de investidura es autónoma y **ii)** no se encuentra sometida a prejudicialidad ni a condicionamiento. Además y a manera de *obiter*, que la procedencia de la pretensión requiere analizar la conducta del congresista.

Ahora, en cuanto al último punto es de resaltar que el juez de la desinvestidura siempre ha considerado la conducta y asimismo negado o accedido a las pretensiones, vale decir, este punto no constituye mayor novedad, aunque con el proyecto se pretendía imponer un juicio de culpabilidad, aspecto que si bien se expuso y dio lugar a deliberaciones, se consideró extraño.

Con todo, dado que la Sala no avanzó en profundidad sobre la perspectiva objetiva y subjetiva de la valoración, las consideraciones siguientes no tendrían que haber figurado en el documento que me fue presentado para firmas⁹¹ –negrillas dentro de texto citado, subrayas añadidas–:

⁹¹ “En otros términos, mientras el juez de la nulidad hace un **análisis objetivo –acto norma**, el juez de la pérdida de la investidura debe realizar un **análisis conducta-norma**, es decir subjetivo, en tanto **debe valorar el comportamiento del demandado a partir de las causales** previamente establecidas en la norma fundamental, por lo menos en cuanto a lo que a la violación del régimen de inhabilidades se refiere. Diferencia esta que resulta sustancial entre una y otra acción. // Ese análisis subjetivo que le corresponde al juez de la pérdida de la investidura tiene, por demás, como fundamento, el carácter sancionatorio de este proceso, que debe determinar si el demandado incurrió en el **comportamiento** proscrito por el Constituyente. Es decir, en aquella conducta objeto de reproche que atente contra el principio de representación y que busca preservar la **dignidad** que implica el ejercicio de las funciones del mandato otorgado a través del voto popular, en aras de

“La Sala debe indicar que, desde esta perspectiva, las causales de inhabilidad son **objetivas y por ende el juicio que frente a ellas debe realizar el juez de la nulidad electoral es de la legalidad objetiva**, en cuanto basta que se demuestren los ingredientes que las componen –el temporal y el material– para que se configuren. // En efecto, es importante indicar que el régimen de inhabilidades es objetivo en tanto su configuración depende del Constituyente o del legislador, en donde una vez definidos por estos sus elementos: **el material y el temporal**, quien está llamado a verificar si la respectiva causal se presentó o no, le basta simplemente determinar si, en el caso concreto, se cumplen los presupuestos establecidos en la normativa. // Se entiende, por tanto, que para su configuración, basta la verificación objetiva de esos extremos –**material y temporal**– para concluir que el individuo está incurso en la respectiva causal. // Es decir, el régimen de inhabilidades es aquel que, por su naturaleza restrictiva, solo puede ser objeto de configuración por el Constituyente o el legislador por expresa delegación de aquel. En este sentido, la actividad del juez solo puede limitarse a la existencia y comprobación de los elementos para su configuración, sin que pueda hacer análisis diversos. Es por ello que se afirma que, tratándose del régimen de inhabilidades, este es objetivo”. // De esta manera, ha de entenderse que, independientemente de la naturaleza del proceso en el que se deba acometer el estudio del régimen de inhabilidades, al funcionario le bastará su demostración

salvaguardar la democracia en que se funda el Estado. // Dignidad del cargo que, en términos kantianos y su imperativo categórico, se traduce en el ejercicio del mandato representativo en beneficio del interés general y no en el provecho personal de quien ostenta la representación. Imperativo que se proyecta en las taxativas causales de pérdida de la investidura que configuró el Constituyente, en defensa del principio democrático. // El análisis subjetivo del juicio que debe hacer el juez de la pérdida de investidura en razón de su carácter sancionatorio a la luz del artículo 29 constitucional impone, por demás, un análisis de responsabilidad basado en la culpabilidad y que la doctrina constitucional ha interpretado como proscripción de la responsabilidad objetiva en el ejercicio del jus puniendi del Estado. // Es importante resaltar que esta Corporación, en una decisión del año en tránsito, se pronunció no solo frente al carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, sino a la necesidad por parte del juez que conoce de este proceso de hacer un análisis que no puede quedarse en la simple comprobación de los elementos de la causal, en razón a que la sanción que aquella implica exige ir más allá de esa demostración. // En aquella oportunidad se señaló: // ‘El carácter sancionatorio que se predica de la pérdida de investidura implica que el análisis que se efectúe de la controversia no debe limitarse a la verificación de la violación del ordenamiento jurídico, como si se tratase de una nulidad por infracción de norma superior en los términos del artículo 137 del CPACA, sino que va mucho más allá puesto que la sanción no solo conlleva la de la separación de la curul, sino que además implica la consecuencia de no volver a poder ser elegido popularmente’. // Este régimen de responsabilidad de carácter subjetivo, se acompasa con lo dispuesto por instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en sus artículos 14.2 y 15.1, consagran los principios de culpabilidad e irretroactividad de las penas y sanciones, respectivamente. En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 8.2, consagra igualmente dichos principios. //

para tomar la decisión que corresponda, como sucede con el juez del medio de control de nulidad electoral, o avanzar en el análisis de otros elementos, como el subjetivo, en el caso de la pérdida de investidura. // Bajo este entendido, es decir, que las inhabilidades tienen un carácter **objetivo**, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que cuando en un proceso de nulidad electoral se ha analizado una determinada causal de inhabilidad y el juez de la pérdida de investidura debe resolver un proceso bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos que fueron analizados por aquel, esa decisión no es suficiente para enervar la procedencia de la acción de pérdida de investidura, en tanto a este juez le corresponde efectuar un análisis diferente frente a la configuración de la causal de pérdida, dado que debe examinar el elemento subjetivo, asunto que surge de la naturaleza sancionatoria del juicio de pérdida, que no se contrapone a la naturaleza objetiva del régimen de inhabilidades. // Ha de entenderse, entonces, que la razón para que las sentencias del juez electoral que declaran la existencia de una causal de inhabilidad no puedan constituir plena prueba para sancionar en el proceso de pérdida de la investidura o que su existencia permita alegar la configuración de la cosa juzgada, es que el proceso de nulidad es de carácter objetivo, mientras el de pérdida de la investidura es de naturaleza sancionatoria de régimen subjetivo y, por ende, regulado bajo un régimen de responsabilidad basado en la culpa".

Nótese, de una parte, que se le impone al juez de la nulidad un estudio de legalidad objetiva, material y temporal, al tiempo que se excluye que el mismo realice análisis diversos; sin decir cuáles. De igual forma, es de advertir las dificultades que traería la aplicación de lo pretendido adoptado por fuera de un juicio de nulidad electoral. Simultáneamente y, en lo que tiene que ver con la desinvestidura, queda de relieve que el juicio del juez de nulidad "no es suficiente", pues se requiere adentrarse en el elemento subjetivo. En este aspecto echó de menos claridad sobre la independencia del "estudio objetivo de legalidad" respecto de la pérdida de investidura.

Téngase en cuenta, de otra parte, que, en lugar de reiterar la independencia, se sostiene en el documento que el juicio de legalidad "no constituye plena prueba". ¿Se sugiere, entonces, que sí constituye principio de prueba?

Además, aunque quedó plasmado el compromiso de no incluir el asunto resuelto por la Sección Quinta (caso de la gobernadora de la Guajira, Oneida Rayeth Pinto Pérez) y, en tal sentido, excluir toda referencia al punto, hacia el final del documento presentado para firmas se le da alcance así –se destaca–:

*En efecto, de conformidad con la interpretación judicial unánime que imperaba para la época en que el demandado dejó su cargo de diputado para aspirar al de Representante a la Cámara, **la renuncia** a uno de los cargos impedía la configuración de la causal de coincidencia de periodos³¹.*

Obsérvese que la nota a pie de página 31, da a entender un cambio de jurisprudencia inexistente, así –se destaca–:

“[s]obre el particular, la Sección Quinta del Consejero de Estado (sic.) en decisión de 7 de junio de 2016 modificó el criterio sobre el tema ...”

En fin, el documento insinúa que la Sala Plena hizo suya la decisión de la Sección Quinta, siendo que mediaba el compromiso de abstener sobre este extremo pronunciamiento alguno.

Por último, fuera de que el documento presentado para firmas incluye aspectos que no fueron aprobados por la Sala Plena el 27 de septiembre de 2016, contiene consideraciones además de confusas, reiterativas y contradictorias, de las que debo apartarme. Se trata de las consideraciones por las que afirmé que salvaría voto, en el entendido de haber estado obligada a suscribir el documento presentado para firmas. Aunque por los motivos atrás expuestos me abstuve de suscribir dicho documento, enseguida paso a ilustrar el contenido de lo que, en caso contrario, habría sido mi salvamento de voto.

En este punto debo reiterar cómo en varios apartes se recalca que el artículo 29 C.P. **i)** tiene aplicación integral en sede de la acción de pérdida de investidura; **ii)** proscribe constitucionalmente los juicios de responsabilidad objetiva⁹² y **iii)** se

⁹² Hoy en día es pacíficamente aceptada la procedencia de sanciones administrativas de naturaleza objetiva en campos como el derecho ambiental o el tributario. Además, aunque es discutible que se trate de un campo del derecho sancionador, la misma Constitución confiere al legislador la facultad de definir la “responsabilidad civil objetiva” en caso de afectación de derechos colectivos (art. 88) y el art. 90 establece, así mismo, una cierta responsabilidad objetiva, en la medida en que se centra en el daño. Más aún, la Corte Constitucionalidad ha señalado que las garantías señaladas en el art. 29 de la Constitución Política no se aplican con el mismo rigor en todos los ámbitos del derecho sancionatorio. Así, en sentencia C-595 de 2010, la Corte reconoció: **El debido proceso. Matización de principios del derecho penal en la aplicación al derecho administrativo sancionador.** *El ejercicio de la potestad sancionadora administrativa está subordinado a las reglas propias del debido proceso. El Constituyente de 1991 hizo extensivo el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 superior), por lo que las garantías mínimas del debido proceso penal resultan aplicables a las actuaciones administrativas sancionatorias. // No obstante, no todo el derecho es de orden penal y, por lo tanto, no toda sanción soportada en el derecho tiene tal carácter, dado que es posible encontrar “reglas y procedimientos de naturaleza civil, del orden común, de carácter administrativo, sea policivo, correccional, disciplinario o económico, y aún de orden político, de rango constitucional o legal, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan sanciones de diversa categoría, las que, en veces(sic), coinciden sobre los mismos hechos, sin resultar incompatibles o sin ser excluyentes. Cada una de estas regulaciones puede corresponder a órdenes jurídicos parciales y especializados de origen y expresión constitucional; pero, además, bien pueden encontrarse en la ley, ya porque el Constituyente ha reservado a ella la potestad de regulación en la materia, la ha autorizado, o no la prohíbe”. // Dichos órdenes jurídicos parciales y*

advierte que los juicios de responsabilidad objetiva desconocen la presunción de inocencia.

Sin perjuicio de que se trata de aspectos no debatidos ni votados, constituyen también deliberaciones jurídicamente equivocadas.

Sobre estos aspectos cito enseguida apartes de la intervención que realicé el 27 de septiembre de 2016, fiel copia del audio que forma parte integral del acta de la sesión de Sala Plena Contenciosa Administrativa y que rechaza de modo contundente estos asertos los cuales, insisto, pese a no haber sido votados ni incluidos en el proyecto inicial, aparecen en el documento sometido a firmas como definitivo:

La Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y básicamente cuando se le ha planteado que la pérdida de investidura porque no tiene segunda instancia viola el artículo 29, ha sido enfática en sostener que el elemento esencial del artículo 29 es el inciso segundo, es decir el principio de legalidad y el último inciso que se refiere a la presunción de inocencia y a la sentencia de culpabilidad es un elemento que solamente se aplica estrictamente en materia penal cuando el bien jurídico tutelado es la libertad; si no, tendríamos que hacer el siguiente análisis, tendríamos que exigir que en la pérdida de investidura haya siempre

especializados cuentan con sus propias reglas, las cuales pueden diferenciarse de la normatividad sustantiva y procedimental del derecho penal, según se ha indicado. De ahí que esta Corte haya señalado que lo preceptuado por el artículo 29 de la Constitución: "no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas". //De esta manera, este Tribunal ha señalado que las garantías del debido proceso penal o los principios del derecho penal son aplicables con ciertos matices a las demás formas de actividad sancionadora del Estado, conforme a las diferencias establecidas". [Sentencias C-599 de 1992, T-145 de 1993, C-597 de 1996, C-506 de 2002, C-827 de 2001, C-616 de 2002, C-530 de 2003 y SU.1010 de 2008]. "En efecto, 'mientras en el derecho penal las garantías del debido proceso tienen su más estricta aplicación, ya que en éste no solamente se afecta el derecho fundamental a la libertad sino que, además, sus mandatos se dirigen a todas las personas, en otros ámbitos sancionatorios su aplicación es atenuada en razón de la naturaleza de la actuación, de los fines que se persiguen con ella y del hecho de que sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones para las que se han establecido determinados deberes especiales'. // En la sentencia C-530 de 2003 la Corte indicó que "la potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica. Por ello, la actuación administrativa requerida para la aplicación de sanciones, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria-, está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales (CP art. 29), con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción". En suma, en materia sancionatoria administrativa la aplicación de las garantías del debido proceso no tiene la misma rigurosidad que en el ámbito penal. Ya esta Corte ha resaltado que la tendencia de algunas democracias es garantizar el debido proceso en materia de sanciones administrativas, sin trasladar automáticamente la misma severidad de los principios que gobiernan el derecho penal, ni desatender las especificidades de dicho tipo de sanciones en cada uno de los contextos en que han sido establecidas por el legislador.

defensor. Digamos, hace poco tuvimos una acción de pérdida de investidura de una senadora que no contestó, querría decir de acuerdo a su teoría y a su planteamiento que de acuerdo al artículo 29 como es una sanción ¿tendríamos que haberle nombrado defensa técnica? No. Hay una serie de elementos que se aplican única y exclusivamente, que son estrictos que por política legislativa se aplican únicamente cuando se trata de la defensa de la libertad. Y yo creo que aquí, hablando de política legislativa y en este caso de política constituyente vale la pena tener presente cómo el constituyente manejó a su antojo debidamente fundamentado y para obtener unos resultados como en el caso de la pérdida de investidura, manejó la responsabilidad objetiva y subjetiva y tal vez el punto más claro es el artículo 90 de la Constitución. Cuando el constituyente analiza la situación de las víctimas y las dificultades que las víctimas tienen para acceder a la reparación a raíz de que era necesario demostrar la falla en el servicio y excepcionalmente podían llegar a la indemnización a través de los regímenes objetivos, el constituyente planteó la necesidad de establecer una responsabilidad del Estado por daño antijurídico, es decir una responsabilidad del Estado por el resultado imputable, eso es una política constituyente. Simultáneamente tuvo que estudiar la situación del agente estatal y analizar que debido al establecimiento de una responsabilidad por daño y que se estaba facilitando a las víctimas para tener acceso a la reparación iba a ser muy complicada la situación de los agentes estatales, porque si manteníamos el régimen del Código Contencioso esto es, que podían ser llamados en garantía simultáneamente y tenían que responder como el Estado tenían también que responder por el daño antijurídico causado al particular, el constituyente resolvió que en ese caso la responsabilidad sería subjetiva, o sea por culpa y de ahí que usted en el artículo 90 ve en la primera parte que dice que el Estado es responsable por daño y en la segunda parte que dice que el agente es responsable por culpa y le puso la culpa grave, o sea que el constituyente fue consciente cuando estableció los distintos regímenes de responsabilidad. De acuerdo a su proyecto como siempre tiene que aplicarse el último inciso del artículo 29 que está previsto para defender la libertad en todos los casos tendríamos que llegar a la misma conclusión, por ejemplo, en el caso de las sanciones de tránsito ¿por qué la sanción de tránsito es objetiva? porque la motivación de la conducta humana que también se analiza en la contravención de tránsito es objetiva, pues porque

obedece a una política constituyente, una política legislativa, la mayoría de las sanciones de tipo administrativo y la pérdida de investidura no deja de serlo, es de carácter objetivo, eso, por ejemplo, le hace falta en su proyecto, en su proyecto usted analiza la Asamblea Constituyente pero no tiene en cuenta el interés del Constituyente que es claro de que el régimen sea objetivo y tampoco tiene en cuenta el análisis que se hace en la Asamblea Constituyente sea de esta Corporación precisamente porque el análisis se asimila sin distinción por lo menos sin una distinción clara en la Constituyente del análisis en la nulidad electoral.

En breve, el argumento de conformidad con el cual existe una antinomia constitucional, vale decir entre lo dispuesto por el artículo 184 C.P. y el 29 C.P. no es concluyente. El artículo 29 C.P. no es aplicable en su integridad al juicio de desinvestidura, porque, dada la finalidad que el constituyente pretendió obtener con la institución, los estándares propios del derecho penal se aplican de modo más flexible en el juicio de desinvestidura o, incluso, se exceptúa su aplicación, como es el caso de la defensa técnica.

De otro lado, la responsabilidad objetiva no fue excluida por el artículo 29 C.P. Resulta que la responsabilidad puede ser objetiva o subjetiva a juicio no del juez, sino del legislador, para el caso, del constituyente y, en tal sentido, lo que sucede es que la sentencia que comprueba la configuración de los supuestos que estructuran la responsabilidad desvirtúa la presunción de inocencia.

Desde el momento en que comenzó a regir la Constitución de 1991, hasta la fecha, el juicio de pérdida de investidura se ha adelantado en sede de lo contencioso administrativo como un juicio de responsabilidad objetiva, esto es, una vez se demuestran los hechos y la conducta que acreditan la configuración objetiva de la causal de desinvestidura, la misma se decreta, sin más, esto es, al margen de la culpa o el dolo.

Además, la misma Constitución prevé en el artículo 88 que el legislador podrá establecer la responsabilidad objetiva en materia ambiental ¿por qué? Porque el constituyente y el legislador dentro de su amplia competencia normativa pueden analizar, perfectamente, las dificultades probatorias que se presentan para entrar a demostrar el elemento volitivo y determinar que este no requiera ser probado o invertir la carga de la prueba.

Así las cosas, el artículo 29 C.P. no proscribe los juicios de responsabilidad objetiva, y, admitirlos, no desconoce la presunción de inocencia. En relación con lo anterior, cabe precisar que, tratándose de un juicio desarrollado sobre la base de que se acrediten supuestos objetivamente previstos por el ordenamiento jurídico, se presume al imputado inocente hasta tanto se compruebe que se configuraron los hechos y conductas en que objetivamente se hace consistir la causal. En pocas palabras, una vez acreditada la presencia de los elementos que

objetivamente estructuran la causal, se desvirtúa la presunción de inocencia, al margen de la motivación o intención dirigida a desconocer la norma e infringir un daño.

Vale recordar, en este lugar, que el constituyente diseñó un juicio drástico, severo y al tiempo objetivo para tutelar la dignidad congresual, al punto que las justificaciones excepcionales se regulan en la misma norma. Repetidamente en la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa se ha reiterado⁹³ –se destaca–:

[L]as normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético. Buscan preservar la dignidad del congresista y, aunque se refieran a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan. Al congresista no se lo priva de su investidura, inhabilitándolo para volver a ser elegido en tal condición, por el hecho de haber incurrido en un determinado hecho punible y menos como consecuencia de haber sido hallado penalmente responsable. Lo que el Consejo de Estado deduce en el curso del proceso correspondiente es la violación, por parte del implicado, de las normas especiales que lo obligan en cuanto miembro del Congreso. Se trata de un juicio y de una sanción que no están necesariamente ligados al proceso penal que, para los respectivos efectos, lleve a cabo la jurisdicción, pues la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solamente está comprometido a no delinquir sino a observar una conducta especialmente pulcra y delicada que, si presenta manchas, así no sean constitutivas de delito, no es la adecuada a la dignidad del cargo ni a la disciplina que su ejercicio demanda.

Para evitar convertir en letra muerta la acción de pérdida de investidura, el constituyente estableció que la mera configuración de las causales expresa, objetiva y taxativamente consignadas en el ordenamiento jurídico, da lugar a la pérdida de investidura relevando al juez de probar la culpa o el dolo. Entonces, si los hechos debidamente acreditados y la conducta, objetivamente, demuestran que se incurre en la causal, esa situación por sí sola desvirtúa la presunción de inocencia, al margen de la intención o de la actuación culposa.

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.

Observadas las cosas bajo la óptica planteada en el documento presentado a firmas, no queda más que concluir que lo allí establecido no refleja lo debatido y resuelto en Sala Plena el 27 de septiembre de 2016. El documento se extendió en disquisiciones que no fueron aprobadas por la Sala y, no obstante, pretende convertirlas en una *ratio* que contradice el numeral primero del resuelve propuesto. Esto es así, porque lo consignado en el acápite 2.5., que ordena tener como “*precedente y regla*” lo allí desarrollado, termina, a la postre, por introducir una prejudicialidad rebatida, como ya se indicó, por la Sala Plena y que, como se señalará con mayor detalle adelante, desconoce la autonomía del juicio de pérdida de investidura defendida por la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa.

3. Sin haberlo consultado con la Sala el documento que me fue presentado para firmas se abstiene de citar la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional presentada en el proyecto el 27 de septiembre de 2016

En el documento presentado a firmas por el despacho ponente no se cita ya más la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa que se traía en el proyecto puesto a consideración de la Sala Plena –folios 12-17– con base en la cual se concluía que “*la acción de pérdida de investidura es independiente y autónoma frente al medio de control de nulidad electoral*” y que “*a partir de esas características se ha entendido que lo que se decida en el medio de control de nulidad electoral no limita la competencia del juez de la pérdida de investidura para analizar nuevamente la causal que dio origen al pronunciamiento de aquel*” –negritas en el texto citado–.

El documento no solo omite citar la jurisprudencia reseñada sino que deja de lado referirse a este aspecto y se dedica a profundizar en las diferencias existentes entre el juicio de nulidad electoral que estima “objetivo” y el de pérdida de investidura que califica como “subjetivo”, de donde extrae –sin que estas consideraciones haya sido sometidas a aprobación de la Sala Plena– que el juez de la nulidad electoral efectúa un análisis acto-norma, mientras el juez de la pérdida de investidura “*debe valorar el comportamiento del demandado a partir de las causales previamente establecidas en la norma fundamental, por lo menos en cuanto a lo que a la violación del régimen de inhabilidades se refiere*” –negritas dentro del texto citado–. Diferencia esta que considera sustancial.

Por otra parte, debe precisarse que no todo análisis de la conducta es “subjetivo”; es más, si se atiende a lo que, hasta este momento, ha sido el proceso de desinvestidura, puede aseverarse que implica un juicio objetivo de conducta en el sentido de que, una vez probado que la realizada por el parlamentario imputado encaja en los supuestos previstos objetivamente por el ordenamiento constitucional, ello autoriza al juez para decretar la desinvestidura, sin más. Vale decir sin tener que acudir a un análisis sobre la intención o motivación en orden a la vulneración, propia de la culpabilidad penal.

En lo que sigue, me referiré a tres sentencias de la Corte Constitucional que son relevantes. La primera es la C-319 de 1994 mediante la cual se declararon inexecutable normas de la Ley 5ª de 1992 que trataron de establecer prejudicialidades y condicionamientos a la pérdida de investidura. En aquella ocasión la Corte Constitucional dejó en claro que se trata de un juicio independiente, autónomo que tiene como objetivo rescatar la dignidad del Congreso y que no se aceptan prejudicialidades ni condicionamientos, esa es una sentencia de constitucionalidad con poder vinculante que el Consejo de Estado no puede desacatar.

La segunda es la sentencia C-507 de 1994 que resolvió decretar la inexecutable de los artículos 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo. Aunque, por motivos que no es del caso desarrollar en este lugar, la Corte ha debido declarar executable las disposiciones demandadas, analizada la sentencia desde la óptica de los cargos formulados, esto es, que existiendo la pérdida de investidura la nulidad electoral por inhabilidad implica violación del principio del *non bis in ídem* y la cosa juzgada, la Corte precisó que se trataba de juicios distintos.

Pese a que, ciertamente, el juicio es el mismo, son los efectos de la nulidad electoral los que pueden afectar directamente el acto e indirectamente al elegido y al elector; en tanto la acción de pérdida de investidura, advertida la indignidad de elegido, rescata al elector y afecta indirectamente al acto. En ambos casos, en razón de la conducta del elegido; de donde en materia electoral las causales de inhabilidad también comportan un contenido subjetivo.

Ahora bien, en la oportunidad aludida la Corte distinguió los juicios por los efectos; porque el uno afectaba el acto y, el otro, la dignidad del Congreso. Es más, al referirse a la cosa juzgada lo hizo desde el punto de vista del Código Contencioso y no a la luz del proceso de desinvestidura.

La tercera sentencia es la C-1056 del 2012, mediante la cual se declaró inexecutable, por sustituir la Constitución, la modificación introducida por el constituyente derivado al artículo 183 C.P. En esa oportunidad, la Corte consideró que los cambios efectuados por el Congreso para que el conflicto de intereses en materia de reforma constitucional no siguiera siendo causal de pérdida de investidura, sustituye la Constitución. En esa sentencia se enfatiza acerca de que la pérdida de investidura representa un pilar fundamental de la Constitución que no se puede modificar por el constituyente derivado porque estaría sustituyendo la Constitución sin contar con la exigida legitimidad. El Acto legislativo se declaró inexecutable.

Otro aspecto a considerar, en este lugar, tiene que ver con la fallida Reforma a la Justicia. En el marco de las propuestas participó el Consejo de Estado y propuso modificaciones a la pérdida de investidura, principalmente, lo concerniente a la necesidad de establecer una segunda instancia e incluir en el artículo 184 C.P. que las casuales tenían que ser únicamente constitucionales. Los integrantes de la Sección Cuarta, según lo revelan los antecedentes, plantearon a la Sala Plena proponer la modificación de la acción en orden a fundarla en la culpa, propuesta

que fue derrotada. En otra Comisión en la que participó la Sección Quinta, se planteó abolir la inhabilidad como causal de pérdida de investidura y esa propuesta tampoco se acogió. En resumen, el Consejo de Estado finalmente no formuló ninguna de las dos propuestas, bajo el entendido de que para el efecto se requería una reforma constitucional por el constituyente primario.

No obstante el Congreso de la República buscó incluir el presupuesto de la culpa y el dolo comprobados, en el primer debate, en la Comisión Primera del Senado, se incluyó una norma a cuyo tenor “*se prohíbe, se proscribe la responsabilidad objetiva en la pérdida de investidura*” y así continuó la discusión hasta incluir finalmente que la pérdida de investidura se decretaría únicamente por dolo o por culpa y que el propio legislado establecería y reglamentaría el dolo y la culpa, además de una proporción en la sanción, incluyendo también una medida de suspensión.

Aunque el tema se suprimió en la Cámara de Representantes, se incluyó en la Comisión de Conciliación. Cabe recordar que a raíz de esta situación el Presidente de la República objeto el proyecto, el que fue archivado y fueron demandados mediante acción de pérdida de investidura los Congresistas que formaron parte de la Comisión de Conciliación.

Sin embargo, en las consideraciones efectuadas en el documento presentado para recoger mi firma se incluye el presupuesto de “*la culpabilidad*” para decretar la pérdida de investidura, aspecto éste que, como lo expuse ante la Sala Plena, desconoce la teleología que el constituyente del 91 le imprimió a la acción pública y constitucional de pérdida de investidura como instrumento para ser ejercido en un juicio breve, expedito, eficaz y apto para preservar la dignidad congresual, al tiempo que estructurado sobre la base de causales objetivas, al margen de la culpa o el dolo . Presupuesto que –debe insistirse– en todo caso no fue aprobado.

4. Las consideraciones efectuadas *obiter dicta* en el documento que se presentó para recoger mi firma desconocen la teleología que el constituyente del 91 le imprimió a la acción pública y constitucional de pérdida de investidura

Situada en el centro de los debates constitucionales la idea de desterrar de una vez y, para siempre, la corrupción que ponía en tela de juicio y, aun teje un manto de duda sobre la legitimidad de la institución parlamentaria, la Constitución de 1991 previó una sanción drástica, severa e irreversible, conocida de antemano por quien tenga la intención de lanzarse como representante del Pueblo al Congreso de la República: la desinvestidura.

Es esta una garantía institucional, uno de los pilares sobre la base de los cuales se construyó el ordenamiento constitucional en 1991 y que definen la identidad del mismo, motivo por el cual al constituyente derivado le está terminantemente prohibido reemplazarlo, pues, tratándose de un aspecto definitorio del ordenamiento constitucional, resulta necesario convocar al constituyente primario para modificarlo.

En breve, ni el Congreso de la República –menos aún los jueces–, pueden sustituir la Constitución en ese aspecto neurálgico definitorio del Estado colombiano, encaminado a garantizar que, quien como parlamentario obra en nombre del Pueblo y, tiene a su cargo la realización de los preceptos constitucionales, cumpla a cabalidad y, de modo riguroso, con los estándares éticos y jurídicos propios de la dignidad que le ha sido confiada.

Exigir que dentro del juicio de desinvestidura, además de comprobarse que se presentaron los supuestos que, efectivamente, dan lugar a la configuración objetiva de la causal –como lo dejó estatuido el constituyente y ha sido hasta el momento del caso–, deba analizarse asimismo la culpa o la intención del Congresista demandado –pues, de no haber incurrido éste en conducta culposa o dolosa, la acción no estaría llamada a prosperar–, le resta eficacia a la acción hasta el punto en que amenaza convertir en letra muerta este importante instrumento de control democrático sobre el ejercicio del poder público.

Si se pretende modificar el carácter irreversible de la sanción o hacer más garantista el juicio, ello debe someterse a la decisión directa del Pueblo. Dejar esta decisión en manos de los jueces, significa sustituir uno de los pilares fundamentales sobre los cuales construyó su identidad la Constitución de 1991.

Tan en alto puso el constituyente del 91 la acción de pérdida de investidura, que incluso se expresó la necesidad de impedir que el Congreso de la República legislara para desdibujarla o hacerla inane. Siendo ello así, tampoco pueden los jueces arrogarse la facultad de sepultarla. En consecuencia, si so pretexto de hacer más garantista el juicio de desinvestidura se pretende introducir reformas –dada la drasticidad de la sanción que la prosperidad de la acción acarrea–, ello debe ocurrir mediante acto legislativo, esto es, acudiendo directamente al constituyente primario –al Pueblo–, pues el Congreso y los Jueces de la República tienen vedado sustituir la Constitución.

La acción pública de pérdida de investidura consignada en la Constitución de 1991 cumple con un fin indudable, a saber: dar respuesta al desprestigio y deslegitimación que caracterizó durante mucho tiempo la institución congresual y devolverle el respeto y la dignidad que le son propios como escenario democrático por antonomasia en un Estado de derecho. Extendida en el tiempo cabe agregar el imperativo dirigido a que la dignidad se conserve y asimismo desterrar las prácticas indebidas, consideradas como tales por el constituyente. De igual modo, debe subrayarse que la institución fue regulada con cuidado en orden a restringir la iniciativa parlamentaria en su diseño e implementación.

Las y los constituyentes de 1991, fueron conscientes de la importancia para la democracia pluralista del Congreso de la República; reconocieron, asimismo, que a esta institución le subyace una triple legitimidad: **a)** por su modo de conformación –elección popular directa–; **b)** por la amplitud con que representa las fuerzas políticas –mayoría y minorías– tanto como **c)** por la manera cómo adopta

sus decisiones –mediante la deliberación y el debate crítico, de cara a la opinión pública–.

Con todo, para finales de los años ochenta y principios de los noventa del siglo pasado, resultaba evidente el divorcio entre lo que de *iure* debía ser el Congreso de la República y su desprestigio⁹⁴. Frente al predominio de los vicios que rodeaban el día a día de la institución parlamentaria, la fragilidad institucional y el debilitamiento de la democracia pluralista resultaban insoslayables. De ahí que uno de los propósitos fundamentales de la constituyente consistió en devolverle al Congreso de la República la dignidad de la que carecía⁹⁵.

Para lograr estos cometidos, se acudió a varios mecanismos, entre ellos, a la pérdida de investidura, en cuanto acción pública que puede ser instaurada por

⁹⁴ Cfr. Oscar ORTÍZ GONZÁLEZ, "El Capitolio incuba suicidio de su legitimidad", en Semanario Virtual Caja de Herramientas, disponible en la red en el sitio <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0306/articulo03.html> consultado el 5 de agosto de 2016: "[e]n 1989 en Colombia era evidente el divorcio entre Estado y sociedad. Al Capitolio lo caracterizaba una enclenque legitimidad producto de un portafolio de vicios y de debilidad institucional. // Al portafolio de vicios pertenecían el ausentismo parlamentario, el turismo parlamentario, los auxilios parlamentarios, las suplencias con puerta de vaivén, el carrusel de pensiones, la inmunidad o permiso previo por parte de la Corporación para que la Justicia pudiera dar inicio a la investigación contra uno de sus integrantes. Era una zona segura para la impunidad. Por ello, hasta Pablo Escobar acampó en una curul de la Cámara de Representantes. // A la debilidad institucional en eficiencia, eficacia y representatividad había dado lugar el que sesionaran sólo cinco meses al año y el que fuera un Legislador excepcional porque quien expedía las principales leyes era el Ejecutivo, en virtud del Estado de sitio y las repetidas facultades extraordinarias al Presidente, el que no revisara la legislación expedida y el que su control político fuera raquítico, entre otras razones, porque los congresistas hacían méritos para ser nombrados ministros, embajadores, en fin, pasar a la Casa de Nariño y dejarle la curul a su suplente; el "Frente Nacional" jurídico y cultural extendido que hizo de los partidos clubes excluyentes. // El Congreso no operó como vaso comunicante entre Estado y sociedad para adecuar las instituciones y ponerlas al servicio de los ciudadanos. El Congreso no cerró la brecha entre Estado y sociedad, por el contrario, la amplió. Se convirtió en una capa aislante que desprestigió no sólo al Legislativo, sino al Estado y a la política. Erosionó nuestra democracia. // Por esas razones llegamos a una crisis no de legalidad sino de legitimidad que ningún poder constituido, ni ningún sector organizado pudo solucionar. Ello hizo que el propio pueblo, liderado por un grupo de estudiantes universitarios, se auto convocara para dar la orden que se le preguntara al pueblo si quería o no convocar una Asamblea Nacional Constituyente como un cuerpo extraordinario en el que sí cupiera toda la realidad nacional que no estaba reflejada en el Capitolio, en ese momento. A esa estrategia la llamamos el plebiscito para el plebiscito. Y al primer plebiscito lo bautizamos con el nombre de 'La Séptima Papeleta'. // La Asamblea Constituyente se convocó mediante tres plebiscitos con el mandato de fundar la democracia participativa. Por ello no sólo hizo un nuevo reparto de poder dentro de las Ramas y órganos del poder público sino también entre Estado y ciudadanía que se tradujo en el reconocimiento de la soberanía popular. // En ese nuevo reparto y relacionamiento intra Estado, el Congreso fue fortalecido por la Constituyente mediante la extinción de los auxilios, el ausentismo, la inmunidad y las suplencias. Mediante el establecimiento de más tiempo de sesiones y funciones legislativas robustecidas, prevalentes, permanentes. Mediante un control político dotado hasta de moción de censura. Mediante una composición y un sistema de elección renovados. Y mediante la institución de Pérdida de Investidura como un mecanismo que le permitiera impedir que el comportamiento indecoroso de manera grave en lo político o en lo ético de un miembro del Congreso no manchara a toda la Corporación. Es un régimen más exigente que el de un servidor público corriente porque los representantes del pueblo no son servidores públicos corrientes. Son, ni más ni menos, que hilo conector entre el pueblo y el Estado, y no podemos permitir que ese hilo se vuelva a reventar. // La Pérdida de Investidura es un termostato ético que ha funcionado tan bien que no ha permitido prosperar iniciativas de cierre o anticipación de elecciones surgidas ante la narco política del proceso 8000, ante el "pomaricazo", ni ante la parapolítica o la farc política debido a que la ciudadanía ha percibido que dichas conductas generan una seria consecuencia de manera relativamente pronta. // La Pérdida de Investidura ha robustecido la legitimidad del Congreso de la República de Colombia".

⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.

cualquier ciudadano, cuando compruebe que un integrante del parlamento incurrió en alguno de los supuestos expresa, objetiva y taxativamente consignado en el ordenamiento jurídico. A lo que se agregó algo que reviste suma importancia, esto es, los supuestos constitucional y legalmente previstos despojados de subjetividad. Se trataba de dotar las causales de efectividad con el propósito de conseguir el cometido institucional. Mismo que el constituyente no ha modificado. En consecuencia, sostener que el objetivo fue cumplido o se encuentra pendiente es un balance que por su naturaleza y alcance resulta ajeno a la judicatura.

Quien se presenta como candidato o candidata al Congreso de la República sabe de antemano y, no puede ignorar, que el ejercicio de su función está rodeado de previsiones encaminadas a resguardar la dignidad de la institución. De incurrir en alguna de las causales expresa, objetiva y taxativamente consignadas se dará paso a la pérdida de investidura, vale decir a la muerte política⁹⁶.

La acción de pérdida de investidura busca garantizar a los ciudadanos que las personas a quienes ellos han distinguido a través de procesos democráticos como sus representantes, no abusen de su poder aprovechándolo para alcanzar fines personales, y para ello el ordenamiento ha establecido un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que sirve para trazar con nitidez la diferencia entre el beneficio de carácter público al cual debe servir el funcionario y su interés privado o persona, de manera que su vulneración da lugar a propiciar la imposición de tan grave sanción.

⁹⁶ El juicio de responsabilidad eminentemente objetivo que tiene lugar con ocasión del ejercicio de la acción pública de pérdida de investidura se pone en evidencia cuando se toma nota de los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, comenzando por la sentencia C-319 de 1994 en la que sostuvo –se destaca–: “[e]s frecuente observar cómo a diario se registran casos en que, para diferenciar la acción penal de la disciplinaria, un servidor puede ser procesado penalmente, sin perjuicio de la acción disciplinaria, frente a una supuesta falta o infracción, más aún cuando la Carta Política no exige en parte alguna que previamente a la declaratoria de pérdida de investidura de los Congresistas, de que tratan las causales 4a. y 5a. del artículo 183, se requiera ‘previa sentencia penal condenatoria’. // Además, por cuanto quien conoce de la acción disciplinaria, con plena competencia constitucional, no es el mismo organismo a quien se le ha adscrito la potestad de la sanción penal. // Ello es obvio, pues, lo contrario, conduciría indefectiblemente a que, por el hecho de ser sancionado penalmente por un organismo diferente, tenga otra Corporación judicial (Consejo de Estado) que limitarse a cumplir el proveído que consolida la existencia de un delito, para deducir, además, sin fórmula de juicio, una responsabilidad disciplinaria de pérdida de investidura que acarrearía una doble sanción frente a un mismo hecho, con violación del principio universal NON BIS IN IDEM. // Tal visión recortaría en forma grave la competencia del Consejo de Estado, órgano al cual la Constitución le confiere exclusivamente la competencia de decretar la pérdida de la investidura. Se observa además, que sin la plenitud de atribuciones inherentes al ejercicio de jurisdicción en materia sancionatoria, como son las competencias judiciales de instrucción, de acusación y de juzgamiento, no podría constitucionalmente habersele asignado al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo la competencia de imponer esta sanción, sometiéndola a la existencia de un requisito previo, no previsto en la Carta, como lo es el de la ‘previa sentencia penal condenatoria’ a que alude la norma acusada. // Agregase a lo anterior que la existencia de estos dos tipos de responsabilidad separables y autónomos es, por lo demás, lo congruente con las razones que inspiraron al Constituyente para consagrar, con los propósitos que ya se mencionaron, un sistema más severo que estuviese a disposición de los ciudadanos, para sancionar los comportamientos que atenten contra la dignidad de la investidura de Congresista, alejada de cualquier proceso previo de carácter penal”.

En efecto, esta drástica y ejemplar sanción debe estar precedida de un proceso que cumpla con todas las exigencias que le son propias a la garantía del debido proceso⁹⁷.

Ahora, las causales de pérdida de investidura fueron previstas en la Constitución y la ley sobre la base de supuestos objetivos que, de estructurarse, relevan al juez de la tarea de indagar más allá de la realización de la conducta. Esto es, la valoración subjetiva encaminada a establecer posibles finalidades, intenciones, maniobras fraudulentas es ajena al juicio de pérdida de investidura. Lo que el juez inquiriere en esa sede es si los supuestos fácticos encajan en o se corresponden objetivamente con los de la causal, sin más, prescindiendo de cualquier valoración de orden subjetivo.

Tal circunstancia es resultado de la manera exigente y severa como quedó prevista la acción de pérdida de investidura en el texto constitucional, misma que armoniza también con la regulación legislativa que se mantiene sin modificación alguna hasta el día de hoy. Ese nivel tan estricto de exigencia se relaciona con el propósito que el constituyente buscó obtener el cual, como ya se indicó líneas atrás, no fue otro distinto al de preservar la dignidad congresual. Finalidad que, so pretexto del garantismo, no puede ser soslayada; máxime cuando atribuirse la facultad de modificar la Constitución en ese aspecto, significaría desdibujar el orden institucional hasta el punto de sustituirlo por otro, sin contar con la exigida autorización y legitimidad.

Debe tenerse presente que acá lo que está en juego es la institución congresual y la preservación de su dignidad que objetivamente se ve puesta en tela de juicio cuando se presenta alguna de las causales expresa y taxativamente prevista en el ordenamiento jurídico.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.