



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**CONSEJERO DE ESTADO: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Bogotá, D. C., dos (2) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

**Referencia:** Pérdida de investidura  
**Radicación:** 11001 03 15 000 2022 05841 01  
**Solicitante:** Orlando Rafael Mercado Valeta  
**Congresista:** Karina Espinosa Oliver

---

Con mi acostumbrado respeto, me permito exponer las razones por las cuales salvo mi voto frente a la sentencia del 1.º de agosto de 2023, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

De conformidad con el artículo 4 de la Carta Política, en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una ley, prevalecerá la primera. En ese escenario, la excepción de inconstitucionalidad surge como un instrumento para inaplicar las leyes y disposiciones jurídicas de inferior jerarquía normativa, en los casos concretos donde su aplicación contravenga preceptos constitucionales.

Asimismo, según el artículo 29 superior, ninguna persona puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho, y siempre se deben proteger los derechos de defensa y contradicción en las actuaciones judiciales y administrativas, como garantías del debido proceso.

Ahora bien, el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 establece que, si una misma conducta ha dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura, de manera simultánea, el primer fallo hace tránsito a cosa juzgada respecto del otro proceso, en todos los aspectos juzgados, salvo frente a la culpabilidad del congresista, cuyo análisis es exclusivo de la pérdida de investidura.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> «**PARÁGRAFO.** Se garantizará el non bis in idem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura.



Al respecto, la figura de la cosa juzgada emana de la soberanía del Estado para dotar de inmutabilidad, certeza y fuerza vinculante a las decisiones judiciales, así como proteger la seguridad jurídica de los asociados y de las entidades que intervinieron en un litigio anterior.<sup>2</sup> Esta institución procesal evita que se presenten en el futuro demandas o procesos que versen sobre un asunto igual y ya decidido en sede judicial, lo que garantiza que no vuelva a reabrirse dicho debate ante la jurisdicción, salvo las excepciones legales.<sup>3</sup>

En esa línea, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable en los términos del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018,<sup>4</sup> establece que la cosa juzgada se configura cuando, de forma concurrente, existe identidad de objeto, de causa *petendi* y de partes,<sup>5</sup> así:

- i) **Partes:** quienes concurren al nuevo proceso deben ser idénticas personas, naturales o jurídicas, que figuraban como sujetos procesales en el anterior.
- ii) **Objeto:** las pretensiones elevadas en el nuevo proceso son iguales a las reclamadas en el primero ya decidido.
- iii) **Causa *petendi*:** el motivo o razón que fundamentó la primera demanda se corresponde con el invocado en la segunda.

Sobre esa base, resulta importante precisar que la pérdida de investidura es una acción constitucional de naturaleza sancionatoria, cuyo objeto es juzgar, con un enfoque ético y disciplinario, el comportamiento de los congresistas, a fin de lograr «la moralización y legitimación de la institución pública de representación popular»,<sup>6</sup> teniendo en cuenta las causales señaladas en el artículo 183 de la Constitución

---

En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal».

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, providencia del 5 de octubre de 2017, expediente 25000 23 42 000 2013 06646 02 (3073-16), M.P., Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>3</sup> Como ocurre con las causales de procedencia del recurso extraordinario de revisión.

<sup>4</sup> «ARTÍCULO 21. Para la impugnación de autos y en los demás aspectos no contemplados en esta ley se seguirá el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de forma subsidiaria el Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo».

<sup>5</sup> Al respecto, se puede consultar la sentencia del 26 de octubre de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, expediente 76001 23 33 000 2013 00041 01 (0692-16), M.P., Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de marzo de 1996, expediente AC-3302, M.P., Amado Gutiérrez Velásquez.



Política, principalmente, mientras que la acción de nulidad electoral tiene como propósito dilucidar la legalidad de los actos de elección y proteger el derecho al sufragio, tratándose de elecciones por voto popular.<sup>7</sup> De ahí que las consecuencias que se desprenden de un fallo condenatorio son diferentes en los dos escenarios: la primera, despoja al congresista de su investidura,<sup>8</sup> lo cual le impide postularse a cualquier otro cargo de elección popular, y, la segunda, se limita a anular el acto de elección por razones de legalidad, lo que le permite a la persona participar en otras contiendas.

Así las cosas, dado que son dos procesos con objeto, finalidad y consecuencias distintas, el fallo que se profiere en uno no puede hacer tránsito a cosa juzgada frente al otro, incluso en relación con el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura, pues este trámite abarca un análisis integral y conjunto de dos aspectos: objetivo y subjetivo, sin que sea posible separarlos o desmembrarlos. Es decir, la institución de la cosa juzgada no puede tener lugar cuando se estudia una nulidad electoral y una pérdida de investidura, aun cuando se trate de un mismo congresista, por hechos relacionados con la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, causal que comparten ambas acciones.

En este punto, vale la pena recordar que un agente estatal puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, fiscal, penal y patrimonial con una misma conducta, y en estos casos se ha descartado la violación del *non bis in idem* bajo el entendido de que el objeto y las consecuencias de los procesos son diferentes. A igual conclusión habría que llegar frente a la nulidad electoral y la pérdida de investidura, ya que, como se expuso previamente, son acciones sustancialmente distintas, lo cual hace que el juez aplique un enfoque diferente cuando analiza si se configuran o no los requisitos para anular un acto de elección o decretar la desinvestidura, según el caso particular.

En sentido similar lo comprendió la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 21 de julio de 2015, proferida dentro de un

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-050 del 24 de mayo de 2018, M.P., Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>8</sup> De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, investidura alude al «carácter que se adquiere con la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades».



Radicación: 11001 03 15 000 2022 05841 01  
Solicitante: Orlando Rafael Mercado Valeta

proceso de pérdida de investidura regido por la Ley 144 de 1994,<sup>9</sup> con apoyo en la Sentencia SU-399 de 2012,<sup>10</sup> así:

Sea lo primero advertir que en el presente caso en el que se alega la configuración de la inhabilidad consagrada en el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política, no se configura el fenómeno de la cosa juzgada –ni se viola el principio de *non bis in idem*– por el hecho de que, de forma previa, la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 21 de septiembre de 2011, fallara la acción de nulidad de la elección del congresista Rafael Romero Piñeros, deprecada con base en la misma causal de inhabilidad que ahora se estudia en sede de la acción de pérdida de investidura.

En efecto, la Sala considera que el fenómeno de la cosa juzgada no se configura en el caso concreto pues, como lo han puesto de presente tanto esta Corporación como la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, el objeto de la acción de pérdida de investidura es esencialmente distinto al que fue abordado en la aludida sentencia, de modo que así resulten coincidentes las causales que fundamentan ambos medios de control, lo cierto es que las referidas acciones –la de nulidad electoral y la de pérdida de investidura– son distintas en cuanto al objeto del que se ocupan y las finalidades que persiguen, circunstancia que impide la configuración de la cosa juzgada.

La Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de precisar las diferencias que existen entre la acción de nulidad electoral y la acción de pérdida de investidura en relación, precisamente, con su causa y objeto. Así, ha dicho que mientras en la primera el objeto es la revisión de la validez del correspondiente acto administrativo electoral, y la protección del ordenamiento jurídico su causa; en la segunda se busca, en contraste, establecer la viabilidad de un juicio sobre las inhabilidades, las incompatibilidades y los comportamientos de quienes ejercen la labor de congresistas –lo que constituye su objeto– con miras a salvaguardar la integridad de las corporaciones públicas –que es su causa–. Al respecto se dijo en la sentencia del 8 de febrero de 2011:

“A juicio del actor... la declaración de nulidad del acto de elección se equipara a la declaración de pérdida de investidura y, por lo mismo, se convierte en la causal de inhabilidad materia de examen, en la medida en que ambas tienen como efecto el que el congresista deje de ejercer su cargo. En otros términos, asimila el objeto, fines y efectos del juicio electoral con los del de pérdida de investidura, para concluir que el señor... estaba inhabilitado al momento de postularse como congresista, por habersele declarado la nulidad de su elección como Diputado a la Asamblea Departamental del Tolima.

Para la Sala tal argumentación jurídica no resulta acertada, pues desconoce claramente el objeto, los fines y los efectos de estos dos medios de control judicial, que determinan que la declaratoria de nulidad del acto electoral no implica per se que la persona afectada con esa decisión pierda la investidura del cargo materia de la elección anulada.

En tratándose de los congresistas -e incluso de otros servidores elegidos por voto popular- es cierto que algunas de las causales de pérdida de investidura de las mismas enumeradas en el artículo 183 de la Constitución Política -o en las leyes en relación con esos servidores-, son también causales de nulidad de los actos administrativos de carácter electoral (arts. 223 y 228 C.C.A.), pero no por ello puede decirse válidamente que el juicio electoral y el de pérdida de investidura persigan fines iguales.

De ahí que esta Corporación ha manifestado que por los mismos hechos, situaciones o circunstancias constitutivas de las inhabilidades indicadas en el artículo 179 de la Carta

<sup>9</sup> Derogada por la Ley 1881 de 2018.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-399 del 31 de mayo de 2012, M.P., Humberto Antonio Sierra Porto.



Radicación: 11001 03 15 000 2022 05841 01  
Solicitante: Orlando Rafael Mercado Valeta

Política "... es posible adelantar procesos de nulidad de la elección y de pérdida de investidura, pues los dos, dadas sus diferencias, finalidades, los procedimientos consagrados para el uno y el otro, los jueces competentes para adelantarlos, no se excluyen entre sí..."<sup>11</sup>.

En efecto, en el proceso de nulidad electoral se enjuicia la validez del acto de elección para preservar la legalidad y la pureza del sufragio y, por ende, busca su desaparición en caso de que no se encuentre conforme a la Constitución y a la ley. En otros términos, se cuestiona la legalidad del acto que permitió el acceso a la dignidad de parlamentario, acto que mientras no haya decisión judicial en contrario, está revestido de la presunción de validez.

A su turno, en el proceso de pérdida de investidura, por ejemplo, de los congresistas, se juzga su conducta de acuerdo con determinadas causales establecidas en la Carta Política para exigir su responsabilidad y lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes vayan a ingresar o se encuentren desempeñando el cargo. Es decir, consiste en verificar si el congresista se encuentra o no incurso en una de aquellas conductas reprobadas por el constituyente para ejercer el cargo y en consecuencia, determinar si se le despoja de esa calidad con efectos intemporales y permanentes, de manera que el objeto, su *petitum* y los efectos del pronunciamiento son diferentes a los del proceso de nulidad del acto electoral.

Así, en jurisprudencia reiterada, la Corporación ha señalado que la pérdida de investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del congresista que lo priva de esa condición, mientras 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 legítimas.

En términos coincidentes se ha pronunciado la Corte Constitucional, quien ha precisado que, aunque la acción de pérdida de investidura puede fundamentarse en las mismas causales que eventualmente se aleguen como sustento de la acción de nulidad electoral, ello no implica que se trate de medios de control que versen sobre un mismo objeto y causa, pues lo cierto es que persiguen finalidades diversas, lo que impide la configuración del fenómeno de cosa juzgada entre ellas.

[...]

Así las cosas, en razón de las diferencias existentes entre las causas y objetos de ambas acciones, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada –ni se viola el principio de *non bis in idem*– cuando, en sede de la acción de pérdida de investidura, se analiza el caso relacionado con un congresista cuya elección ya fue demandada y juzgada por la Sección Quinta en sede de la acción de nulidad electoral, sin que para el efecto sea relevante el hecho de que en ambos casos –en la nulidad y en la pérdida de investidura– el análisis de juridicidad se haga con base en las mismas causales de inhabilidad.<sup>12</sup>

De igual manera, en Sentencia SU-424 de 2016, la Corte Constitucional insistió en el hecho de que las diferencias entre la nulidad electoral y la pérdida de investidura va más allá de las consecuencias de las acciones, pues también comprende el objeto de estas, en el siguiente sentido:

42. Por otra parte, la Corte Constitucional ha sostenido una posición similar a la del Consejo de Estado. En las **sentencias SU-399 y SU-400 de 2012** este Tribunal

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 20 de marzo de 2001, Exp. AC-12157.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de julio de 2015, expediente 11001 03 15000 2012 00059 00 (P1), M.P., María Claudia Rojas Lasso.



estudió las acciones de tutela presentadas los ex congresistas Martha Lucía Ramírez y Luis Alejandro Pera Albarracín, contra las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado que declararon la nulidad electoral, con fundamento en la configuración de una causal de inhabilidad que posteriormente, en procesos de pérdida de investidura, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, no encontró probadas.

En las sentencias antes citadas se acogió la posición adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, según la cual las diferencias entre una y otra acción, dadas por el objeto, la finalidad, el trámite que sigue el proceso, el juez natural encargado de definir las y las consecuencias y efectos especiales, demuestran la independencia y autonomía de la acción electoral en relación con la acción de pérdida de investidura de congresistas.

43. En efecto, para esta Sala es evidente que la única interpretación constitucionalmente válida de la admisibilidad de la coexistencia de los procesos electorales y de pérdida de investidura que se generan con ocasión de la interpretación de la misma inhabilidad, los mismos hechos inhabilitantes y la misma persona elegida, es la de admitir la autonomía de los reproches y la independencia sustancial de los procesos judiciales que la generan. Lo contrario, esto es, admitir que los dos procesos juzgan la misma adecuación de la causal, el mismo grado de reproche social por la conducta y el mismo grado de culpa en el resultado, implicaría el desconocimiento del derecho al debido proceso y los principios de *non bis in ídem* y cosa juzgada.

Más grave resulta incluso que los ciudadanos demandantes tengan la posibilidad de escoger el procedimiento que quieren aplicar para efectos de producir el mismo reproche y el mismo resultado: el retiro del congresista del ejercicio del cargo de elección popular, pues de acuerdo con el principio de legalidad que rige todas las actuaciones públicas en el Estado Social de Derecho, las actuaciones administrativas y judiciales están ceñidas por el procedimiento debido configurado por el Legislador para cada situación general y particular, con las consecuencias jurídicas y fácticas que permitan diferenciar los distintos procedimientos adelantados.

[...]

En el juicio sancionatorio el juez confronta la conducta del demandado con el ordenamiento para determinar si se debe imponer la consecuencia jurídica contenida en la Constitución, en otras palabras, realiza un análisis subjetivo, pues conlleva una sanción para quien resultó electo. En contraste, en el juicio de validez electoral, en el que se somete a control jurisdiccional el acto electoral, se confronta este último con las normas jurídicas invocadas y el concepto de violación, es decir, se hace un control objetivo de legalidad. En consecuencia, ambos procesos tienen garantías distintas. Por ejemplo, el juicio sancionatorio de pérdida de investidura exige realizar un análisis de culpabilidad y en el de validez puede aplicarse responsabilidad objetiva. De otra parte, desde la perspectiva de los fines constitucionales que protegen es clara la autonomía sustancial entre ambos: el primero conlleva la ponderación de la ética pública y los derechos del elegido, pues su núcleo de protección es la dignidad que implica el mandato otorgado en ejercicio de la democracia; y el segundo pondera la regularidad del proceso democrático y los derechos de los elegidos y los electores, es decir, busca preservar la validez del voto popular. Luego, no es posible aceptar que la diferencia entre los procesos sea únicamente la consecuencia jurídica que se impone. Por el contrario, la naturaleza del proceso debe ser congruente con su reproche y con sus efectos.

[...]



(ii) Los procesos electoral y de pérdida de investidura son autónomos, pues ostentan particularidades formales y sustanciales que demuestran que se trata de juicios disímiles, y por lo tanto, **aunque en principio deberían generar interpretaciones similares de una misma causal de inhabilidad, ésta puede ser distinta. Ahora bien, aunque una causal de inhabilidad puede ser interpretada de forma diferente por el juez de cada proceso, éste tiene la carga de justificar por qué se aparta del precedente horizontal o vertical en el que se haya efectuado un análisis desigual sobre la configuración de la causal.**

(iii) El sentido útil de la diferencia sustancial en el reproche originado por los procesos electoral y de pérdida de investidura, radica en la necesidad de evaluar la culpabilidad en el proceso constitucional. De esta forma, al juez contencioso electoral le corresponde evaluar la validez del acto de elección y no la conducta del demandado, es decir, realiza un juicio objetivo de legalidad; mientras que al juez constitucional de pérdida de investidura no solo le corresponde averiguar la adecuación de la causal, sino también si la conducta del demandado concurrió a la ocurrencia de la inhabilidad, en ese sentido, efectúa un juicio subjetivo.<sup>13</sup>

[Negritas por fuera del original]

Es decir, el máximo tribunal constitucional consideró que, aunque es factible que los procesos de nulidad electoral y pérdida de investidura concurren en el análisis sobre la configuración objetiva de la causal invocada, los jueces de uno y otro proceso podrían tener interpretaciones diferentes al respecto, prevalidos de una argumentación autónoma y suficiente que justifique la comprensión distinta de la premisa consagrada en la norma jurídica, y en estos casos no podría afirmarse que una persona ha sido juzgada dos veces por el mismo hecho, dada la autonomía de cada juicio.

De manera más reciente, ya en vigencia de la Ley 1881 de 2018, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>14</sup> y la Corte Constitucional han reiterado que la pérdida de investidura y la nulidad electoral tienen objeto y propósito diferentes, «a pesar de que las causales de nulidad electoral pueden ser las mismas que las causales de pérdida de investidura».<sup>15</sup> Particularmente, el máximo tribunal constitucional, a través de las Sentencias SU-474 de 2016 y SU-326 de 2022, ratificó la tesis desarrollada en la Sentencia SU-424 de 2016, según la cual los jueces de la nulidad electoral y de la pérdida de investidura podrían tener interpretaciones distintas sobre una misma causal, así:

**249.** A modo de conclusión, es menester reiterar, una vez más, la clara autonomía formal entre los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura de los congresistas, no obstante que se refieran a una misma persona y tengan como

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-424 del 11 de agosto de 2016, M.P., Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2019, expediente 11001 03 15 000 2018 02417 01 (PI), M.P., Alberto Montaña Plata.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-474 del 6 de noviembre de 2020, M.P., José Fernando Reyes Cuartas



Radicación: 11001 03 15 000 2022 05841 01  
Solicitante: Orlando Rafael Mercado Valeta

fundamento la misma causal de inhabilidad. Dado que se trata de procesos diferentes y, por lo mismo, *“la decisión que se tome en uno no determina bajo ninguna circunstancia la conclusión a la que se pueda llegar en el otro”*, es posible que los jueces de conocimiento lleguen a interpretaciones distintas sin que ello implique, *per se*, la vulneración de las garantías propias del debido proceso, en particular, de la prohibición de *non bis in idem*.<sup>16</sup>

[Negritas y cursivas propias del original]

Así las cosas, dado que la teleología, el objeto y las consecuencias de los procesos de nulidad electoral y pérdida de investidura son disímiles, el fallo que se profiera en uno no podría hacer tránsito a cosa juzgada frente al otro, incluso, respecto de la configuración objetiva de la causal invocada, dado que la interpretación de ambos jueces sobre el alcance de esta última podría ser distinto.

Por otro lado, conviene resaltar que la forma como se incluyó el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 en el trámite legislativo resulta, cuando menos, curioso. Al respecto, es importante señalar que el artículo 1 del proyecto de ley presentado ante la Cámara de Representantes, por iniciativa del Ministerio de Justicia y del Derecho y cuatro congresistas, no incluía ningún párrafo, sino que se limitaba a precisar el deber de observar el principio del debido proceso en el trámite de la pérdida de investidura, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política.<sup>17</sup> Sin embargo, en el informe de ponencia para el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el ponente propuso las siguientes modificaciones:

Por estas consideraciones y como Ponente me permito proponer un pliego de modificaciones sobre dos aspectos: la culpabilidad en el juicio de pérdida de investidura y el *non bis in ídem*, en relación con los procesos de nulidad electoral donde se juzgan los mismos hechos del proceso de pérdida de investidura.

[...]

El segundo cambio que se propone está relacionado con el establecimiento de la cosa juzgada entre los procesos de pérdida de investidura y el de nulidad electoral cuando la causal en ambos procesos sea la misma, esto es, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Lo anterior con la finalidad de no violar el *non bis in ídem* y evitar que se tomen decisiones opuestas en dos procesos en los que se juzgan los mismos hechos, con las mismas pruebas y bajo el tamiz de la misma norma jurídica.

[...]

El artículo primero del Proyecto de ley número 263 de 2017 quedará así:

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-326 del 14 de septiembre de 2022, M.P., Jorge Enrique Ibáñez Najar.

<sup>17</sup> Gaceta del Congreso n.º 300 del 4 de mayo de 2017.





**Artículo primero.** El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.

Se observará el principio del debido proceso, conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

Parágrafo. Se garantizará el *non bis in ídem*. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal.

[...]

#### IV. JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO

[...]

Así las cosas, mientras la acción electoral persigue la preservación de la pureza del voto y la legalidad de los actos de elección de los congresistas, mediante la imposición de unos requisitos que debe cumplir quien pretenda ser elegido en el órgano legislativo, que actúan como causales de ineligibilidad, la acción de pérdida de investidura, busca sancionar al elegido por la incursión en conductas contrarias a la dignidad que representa el cargo, como lo son la trasgresión del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.

Ahora bien, a pesar de que es clara la diferencia que existe entre las dos acciones, se puede observar que estas confluyen en una de sus causales, esto es, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Así, mientras el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política determina que los congresistas perderán su investidura por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses, el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, señala que el acto de elección será nulo cuando se elijan candidatos o personas que se hallen incursas en causales de inhabilidad.

Lo anterior devela con facilidad que la pérdida de investidura y la acción de nulidad electoral comparten una causal de procedibilidad: la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por esta razón, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y aun en la de la Corte Constitucional, se han presentado discusiones en relación con la operación de la cosa juzgada, cuando por la misma causal se demanda a un congresista, simultáneamente en el proceso de pérdida de investidura y en la nulidad electoral.

El entendimiento de la independencia de estas dos acciones ha llevado a la conclusión de que es posible que existan fallos no solo contradictorios, sino diametralmente opuestos, sobre los mismos hechos, la misma norma y la misma persona, cuando, por ejemplo, se declara la nulidad del acto electoral por violación al régimen de inhabilidades y posteriormente, en el proceso de pérdida de investidura, se concluye lo contrario.

Ahora bien, so pretexto de la autonomía de ambas acciones no se puede aceptar como una situación constitucional y legalmente válida, el hecho de que existan dos decisiones opuestas, en el interior de la misma corporación judicial, sobre una misma



(i) situación de hecho, juzgada a la luz de la misma (ii) norma jurídica y, muy seguramente, bajo la valoración de los mismos (iii) elementos probatorios sobre la conducta de la (iv) misma persona. Lo anterior, aunque pueda encontrar alguna justificación en el ordenamiento jurídico, dadas las diferentes fuentes normativas de cada acción, no tiene un fundamento lógico, pues desconocer el principio de identidad, primer principio de la lógica aristotélica, según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Luego entonces, a pesar de que se haya considerado jurídicamente posible que en un proceso de nulidad electoral se determine que el candidato no estaba inhabilitado y en un proceso de pérdida de investidura se concluya que sí lo estaba (a la luz de los mismos hechos y la misma norma), esta situación comporta una contradicción lógica y también un desconocimiento al principio de la cosa juzgada.

El interrogante que surge es: ¿Qué hacer con el análisis de responsabilidad subjetiva propio de la pérdida de investidura y ausente en la acción de nulidad electoral? Como se ha observado, el juicio de nulidad electoral, cuando la causal es la de hallarse inhabilitado el candidato, es meramente objetivo, pues solo verifica la transgresión del ordenamiento a partir de la configuración de un hecho, que de considerarse demostrado conlleva a la nulidad del acto de elección.

El proceso de pérdida de investidura se compone de un elemento objetivo, que es el mismo conocido por la nulidad electoral (verificación de la inhabilitación) y uno subjetivo, que tiene que ver con el análisis de culpabilidad de la conducta desplegada por el congresista. Entonces, ese elemento objetivo que comparten uno y otro proceso, debe ser uniforme en ambos, por razones de seguridad jurídica, igualdad, confianza jurídica y justicia material. Es necesario, pues, que frente al mismo hecho la decisión sea la misma.

A partir de este razonamiento, ante la presentación simultánea de las dos acciones por la causal de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se pueden presentar las siguientes situaciones:

a) Se decida primero el proceso de nulidad electoral y declare la nulidad de la elección, porque el candidato se encontraba inhabilitado. En este evento, el juez de la pérdida de investidura debe reconocer la cosa juzgada en relación con la configuración del hecho y su competencia se limita al análisis de responsabilidad subjetiva o culpabilidad del congresista, para determinar si actuó con dolo o culpa, o si en su conducta concurrió una causal que exima su responsabilidad.

b) Se decida primero el proceso de nulidad electoral y declare la validez de la elección, porque el candidato no se encontraba inhabilitado. En este escenario, el juez de la pérdida de investidura debe reconocer la cosa juzgada en relación con la configuración del hecho y declararla de oficio. En estas circunstancias, no se realiza un juicio subjetivo de conducta, porque ya está juzgado que la inhabilitación no existía.

c) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y sea declarada, porque el candidato se encontraba inhabilitado y su conducta fue dolosa o culposa. En este evento, el juez de la nulidad electoral debe reconocer la cosa juzgada en relación con la configuración del hecho y, por tanto, debe estarse a lo resuelto y proceder a la declaratoria de nulidad del acto electoral.

d) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y no sea declarada porque el candidato no se encontraba inhabilitado. En este caso, el juez de la nulidad electoral deberá declarar la cosa juzgada y estarse a lo resuelto en la sentencia de pérdida de investidura.



e) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y se declaré (*sic*) probado el hecho de la inhabilidad pero se absuelva al congresista por considerar que no actuó con culpa o dolo o estaba amparado por una circunstancia eximente como la buena fe exenta de culpa. En este caso, el juez de la nulidad electoral también está atado por la cosa juzgada y debe proceder a declarar la nulidad del acto de elección.

De esta forma, se busca la unidad y la coherencia en la aplicación del Derecho, máxime cuando las decisiones provienen de una misma corporación judicial, y de esta forma evitar que se presenten decisiones contradictorias en el estudio de los mismos hechos bajo el prisma de las mismas normas y pruebas.<sup>18</sup>

Posteriormente, en sesión del 14 de junio de 2017, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes aprobó el texto del proyecto de ley, con las modificaciones propuestas por el ponente,<sup>19</sup> actuación que replicó la Plenaria.<sup>20</sup>

Más adelante, en el informe de ponencia para primer debate en la Comisión Primera del Senado de la República, se propuso eliminar el párrafo del artículo 1, por las siguientes razones:

Se comparte la intención de los representantes de la Cámara de evitar que, frente a situaciones similares, la justicia contencioso administrativa pueda dictar fallos contradictorios, como sería el caso de los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura iniciados por una misma causa y razón: la inhabilidad del elegido (senador, representante, diputado, concejal).

Sin embargo, esta loable finalidad no puede ser la única razón para crear una disposición legal que establezca la cosa juzgada de un proceso (sentencia) con respecto al otro que se falla en el tiempo con posterioridad, muy a pesar de la aclaración que se hace en el párrafo de que en el proceso de pérdida de investidura, no obstante haberse demostrado la causal de inhabilidad en el proceso de nulidad electoral, el proceso debe continuar en lo que concierne a la culpabilidad del demandado.

Salvo opinión en contrario, las razones que se han esgrimido por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado apuntando la tesis de que esos procesos son distintos, no obstante compartir un origen común, la inhabilidad del elegido, no fueron cuestionadas ni rechazadas en la Cámara para incluir el párrafo (al artículo primero) que *garantiza el non bis in idem (sic)*.

Me atrevería a decir, no obstante el alto riesgo de equivocarme, que si los dos procesos, el de nulidad y el de pérdida de investidura fueran, compartiendo el origen común de la causal, similares o idénticos, se hubiera establecido en el ordenamiento jurídico una sola cuerda procesal para tramitar estas irregularidades cometidas en la elección de los representantes de las corporaciones públicas. Opera, también, a favor de esta disimilitud la tajante declaración del legislados en el artículo primero de este proyecto que esencializa al proceso de pérdida de investidura como “un juicio de responsabilidad subjetiva”.

<sup>18</sup> Gacetas del Congreso n.º 478 del 13 de junio de 2017 y n.º 513 del 21 de junio de 2017.

<sup>19</sup> Gaceta del Congreso n.º 568 del 17 de julio de 2017.

<sup>20</sup> Gaceta del Congreso n.º 849 del 26 de septiembre de 2017.



Y es que, si bien la causal de inhabilidad pueda dar lugar a esas dos acciones, las partes, los procedimientos, los intervinientes, las finalidades, los términos y las consecuencias de las respectivas sentencias, son distintas. Piénsese no más en que la acción de nulidad se dirige contra un acto de una autoridad electoral que trae como consecuencia la cancelación de la credencial del elegido estando inhabilitado y el llamamiento de quien le sigue en orden de elegibilidad para que lo reemplace; mientras que en el de pérdida de investidura la acción se dirige directamente contra el (supuestamente) inhabilitado y la consecuencia va más allá de este castigo, que puede implicar la pérdida del cargo si lo está ejerciendo, para constituirse en una inhabilidad permanente, conocida como la “muerte política”, según los designios del numeral 4 del artículo 179 de la Constitución Política.

Siendo las consecuencias diversas, más gravosas en el caso de la pérdida de investidura, dudoso favor se le haría al congresista que pierda su credencial en un proceso de nulidad electoral por haber estado inhabilitado, que en el proceso de pérdida de investidura no pudiera ya alegar nada en contra de la existencia de esta inhabilidad, reduciendo su defensa a demostrar que en su actuar no hubo dolo o culpa.

Es recomendable, igualmente, la eliminación del párrafo, por cuanto puede dar lugar a enfrentamientos entre salas del Consejo de Estado y entre una de estas y la Plenaria de lo Contencioso Administrativo. Así, si la acción de nulidad electoral (que se decide en única instancia tratando de actos de declaración de elección de congresistas) se sentencia primero que una pérdida de investidura que está en apelación, se tendría como resultado que lo decidido en una sección terminara con un proceso que le corresponde decidir a la plenaria del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Se descarta la eventual solución de crear -en este texto- la segunda instancia para los procesos de nulidad electoral, pues muy seguramente no pasaría el examen de consecutividad al incluirse en el tercer debate del procedimiento legislativo sin haberse ni siquiera mencionado en los debates anteriores en Cámara.<sup>21</sup>

Luego, en sesión del 20 de septiembre de 2017, la Comisión Primera del Senado de la República aprobó el texto del artículo 1 que se propuso en la ponencia, es decir, con exclusión del párrafo.<sup>22</sup> Sin embargo, en el segundo debate en la Plenaria del Senado, el congresista ponente sugirió incluir, nuevamente, el párrafo en mención, con sustento en razones similares a las que se tuvieron en cuenta durante el trámite a cargo de la Cámara de Representantes,<sup>23</sup> propuesta que fue aprobada por la Plenaria del Senado, en sesión del 15 de noviembre de 2017, sin que hubiera discusión al respecto.<sup>24</sup>

Finalmente, el proyecto de ley fue sometido a conciliación y se aprobó con la inclusión del párrafo del artículo 1.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Gaceta del Congreso n.º 803 del 19 de septiembre de 2017.

<sup>22</sup> Gaceta del Congreso n.º 902 del 6 de octubre de 2017.

<sup>23</sup> Gaceta del Congreso n.º 905 del 9 de octubre de 2017.

<sup>24</sup> Gaceta del Congreso n.º 322 del 25 de mayo de 2018.

<sup>25</sup> Gacetas del Congreso n.º 1106 del 28 de noviembre de 2017 y n.º 1127 del 30 de noviembre de 2017.



De acuerdo con lo anterior, resulta claro que en el Congreso de la República no hubo discusión suficiente sobre el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018. De hecho, resulta bastante curioso que el ponente para el primer debate en la Comisión Primera del Senado haya propuesto la exclusión de dicha disposición, pero en el primer debate en la Plenaria del Senado sugirió su inclusión, lo cual fue aprobado sin que mediara debate alguno.

Además, las razones que se expusieron en el Congreso de la República para incluir el texto del párrafo cuestionado han sido suficientemente reevaluadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, bajo el entendido de que los procesos de nulidad electoral y pérdida de investidura son sustancialmente disímiles, motivo por el cual las interpretaciones diferentes que se haga en uno y otro escenario, sobre una misma causal de inhabilidad o incompatibilidad, no comprometen el *non bis in idem*, tal como se explicó previamente.

Por otra parte, resulta bastante preocupante el desorden institucional que genera el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, pues su aplicación permitiría que los fallos de la Sección Quinta puedan atar o limitar las decisiones de pérdida de investidura que deba adoptar el juez especializado en estos asuntos, ya sean las salas especiales de decisión o la Sala de lo Contencioso Administrativo, en primera y segunda instancia, respectivamente. De igual manera, que el juez de pérdida de investidura interfiera en las decisiones que deba tomar la sección especializada en asuntos electorales, a pesar de que una y otra acción son diferentes.

Por las anteriores razones, estimo que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado debía hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 en el caso concreto, ya que esta disposición **i)** contraviene los postulados del debido proceso y del *non bis in idem* consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política; **ii)** resulta sorpresiva en su construcción legislativa, teniendo en consideración la poca discusión que tuvo en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, más allá de las referencias en los informes de ponencia, a pesar de la envergadura de sus efectos y la univocidad de criterios de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la cosa juzgada en tratándose de acciones públicas con objeto, teleología y consecuencias diferentes; y **iii)** desconoce el diseño institucional que



---

Radicación: 11001 03 15 000 2022 05841 01  
Solicitante: Orlando Rafael Mercado Valeta

se ha definido, con base en un criterio de especialidad, para resolver los asuntos de pérdida de investidura de congresistas y nulidad electoral.

En los anteriores términos dejo expuestos los motivos por los cuales no comparto la decisión aprobada por la mayoría de los integrantes de la Sala.

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Firmado electrónicamente

JMMC

**CONSTANCIA:** el presente salvamento de voto fue firmado electrónicamente en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.