



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Magistrado ponente: Nicolás Yepes Corrales

Radicación: 11001-03-15-000-2022-05556-02
Demandante: Víctor Velásquez Reyes
Demandado: Polivio Leandro Rosales Cadena
Referencia: Pérdida de Investidura

Aclaración de voto de Alberto Montaña Plata

Presento las razones por las cuales aclaro mi voto en la Sentencia de 28 de noviembre de 2023. La decisión y los fundamentos aprobados por la mayoría de la Sala ponen de presente un asunto preocupante: la inconstitucionalidad, para el caso, del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018. Por lo tanto, considero que la Sala debió declarar la excepción de inconstitucionalidad de esa disposición.

No es mi objetivo ahondar en las diferencias y coincidencias de los procesos de Nulidad Electoral y Pérdida de Investidura. Sin embargo, para presentar mis diferencias con la Sentencia, me resulta necesario resaltar que los procesos de Nulidad Electoral no tienen naturaleza sancionatoria, ni doble instancia; mientras que los procesos de Pérdida de Investidura sí tienen tal naturaleza y en ellos se garantiza la doble instancia.

El parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 indica que se garantizará el non bis in idem, y prescribe “[c]uando 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. (...) 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”. En la Sentencia, con base en la norma citada, se declaró la cosa juzgada del elemento objetivo de la causal de Pérdida de Investidura, pues en un proceso de Nulidad Electoral se decidió que se había configurado la inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la Constitución Política. Así las cosas, se sostuvo que “sí se materializan todos los supuestos para decretar el

acaecimiento de la cosa juzgada, en lo que al elemento objetivo de la causal de desinvestidura se refiere" y, en consecuencia, se "centrará su examen en lo relacionado con el elemento subjetivo de la misma".

A mi juicio, la disposición trascrita, en el caso, resultaba contraria a la Constitución y la Sala debió usar la excepción de inconstitucionalidad e inaplicar la norma por las razones que paso a exponer. Sostengo que el párrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 resultaba, en el caso, contrario a la Constitución y debió ser inaplicado, pues causó un juzgamiento precario del elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura. Precario desde el punto de vista de las garantías constitucionales del procesado, particularmente de cara a su derecho al debido proceso. El juzgamiento pleno y respetuoso de las garantías constitucionales solamente se dio para el elemento subjetivo.

El elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura se discutió, decidió, e hizo tránsito a cosa juzgada en un proceso de Nulidad Electoral; esto es, en un proceso que no tenía naturaleza sancionatoria y fue de única instancia. Es decir, en todo lo relativo al elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura, el demandado perdió toda oportunidad de defenderse en un proceso sancionatorio y con las garantías propias del mismo. Con ello se cercenaron, materialmente, las garantías constitucionales del demandado y se eliminó, indirectamente, la protección legal y constitucional que otorga el proceso de pérdida de investidura previsto en la Ley 1881 de 2018.

La cosa juzgada, según la Sala y la Ley, se decreta para garantizar el *non bis in ídem*. Sin embargo, a mi juicio, no es jurídicamente viable que, so pretexto de garantizar el *non bis in ídem*, se cercenen otras garantías fundamentales del debido proceso, como son: el juez natural, la doble instancia, y la observancia de las formas propias de cada juicio. En el caso el elemento objetivo de la Pérdida de Investidura no fue decidido por el juez natural de tales procesos, sino por el juez de la Nulidad Electoral. De igual manera, no se garantizó la doble instancia plenamente, pues lo relativo al elemento objetivo quedó decidido en un proceso de única instancia. Además, no se respetaron las formas propias del juicio de Pérdida de Investidura, ya que "la mitad" de la decisión se adoptó por una cuerda procesal distinta. Lo anterior es especialmente grave en el caso de un proceso de Pérdida de Investidura que tiene como consecuencia la pérdida de derechos políticos. Esta última situación genera, además de la inconstitucionalidad que destaco, serias dudas del ajuste de la norma con la Convención Americana de Derechos Humanos.

En resumen, si bien entiendo que la intención del legislador fue evitar decisiones contradictorias y el doble juzgamiento, no puedo compartir que se entienda que se está juzgando dos veces al mismo Congresista cuando en el proceso de Nulidad Electoral se juzga un acto, y no un sujeto y sus conductas, y tal proceso

no cuenta con las mismas garantías de un proceso sancionatorio. Por lo mismo, no puedo compartir que exista cosa juzgada del elemento objetivo por la decisión adoptada en un proceso de Nulidad Electoral, cuando se vaya a decidir un proceso de Pérdida de Investidura. Tampoco puedo apoyar una decisión según la cual el proceso, las garantías, y el juez natural de la Pérdida de Investidura solamente deben concentrarse en el elemento subjetivo.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado