

# El juicio de pérdida de investidura de los congresistas: hacia la implementación de un sistema acusatorio

ANDREY FLÓREZ OROZCO<sup>1</sup>

## RESUMEN

El sistema de justicia dispositivo es implementado actualmente en Colombia para el juicio de pérdida de investidura de los congresistas. Ahora bien, al ser un proceso sancionatorio, surge la pregunta de si es más adecuado adelantar su trámite bajo las lógicas del sistema acusatorio, propio de esta clase de procesos, y más alineado con los principios y presupuestos del ejercicio del *ius puniendi*. Las reflexiones consagradas en la presente investigación buscan responder a este interrogante, así como explicar las bases para una posible reforma. Virar hacia un sistema procesal de corte acusatorio permitiría un mejor cumplimiento de las exigencias derivadas del conjunto de principios que hacen parte del debido proceso.

**Palabras clave:** pérdida de investidura, *ius puniendi*, cargas procesales, presunción de inocencia, sistemas procesales de justicia, sanción.

1 Magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Especialista en Derecho Contractual y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Asesor de despacho en la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado, Bogotá, Colombia. Correo-e: andrey.florez@est.uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-3506-8059>. Fecha de recepción: 26 de septiembre de 2024. Fecha de modificación: 2 de octubre de 2024. Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2024. Para citar el artículo: Flórez Orozco, Andrey, "El juicio de pérdida de investidura: hacia la implementación de un sistema acusatorio", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 33, Universidad Externado de Colombia, 2025, pp. 287-316. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n33.10>.

# Judicial Process for Loss of Congressional Investiture: Towards the Implementation of an Accusatory System

## ABSTRACT

A dispositive judicial system is currently implemented in Colombia for procedures concerning the loss of congressional investiture. Given that this is a sanctioning process, should these proceedings follow the accusatory system, which appears better suited to such cases and more aligned with the foundational principles of *ius puniendi*? This research aims to address this question and explore the basis for potential reform. Adopting an accusatory procedural system could strengthen adherence to the principles inherent to due process.

**Keywords:** Loss of Congressional Investiture, *Ius Puniendi*, Procedural Burdens, Presumption of Innocence, Procedural Justice Systems, Sanction.

## INTRODUCCIÓN

La pérdida de investidura representa una de las figuras sancionatorias más importantes para el control del ejercicio de las personas elegidas popularmente. En la actualidad, el procedimiento para su trámite, cuando se trata de congresistas, se encuentra regulado por la Ley 1881 de 2018, régimen que se enmarca dentro del sistema de justicia dispositivo, bajo el cual las cargas procesales le corresponden al ciudadano demandante. No obstante, la tendencia de los procesos mediante los cuales se ejerce el *ius puniendi* estatal se encamina a que la pérdida de investidura de congresistas se adelante por el sistema de justicia acusatorio, como ocurre con los procesos penales y disciplinarios<sup>2</sup>.

El propósito de la presente investigación consiste en determinar si los procedimientos bajo un sistema dispositivo deben continuar guiando el trámite procesal de la pérdida de investidura o si, por el contrario, dada su naturaleza sancionatoria, esta se debería adelantar bajo las lógicas del sistema acusatorio. Responder a este interrogante requiere identificar los fines de la institución objeto de estudio y cómo esta se encuadra dentro del ejercicio del *ius puniendi* estatal (1). A partir de allí, se buscará determinar si las cargas procesales, en especial la probatoria que sirve a desvirtuar la presunción de

2 Referencia de reenvío.

inocencia, debe radicarse en cabeza del Estado (2). Las anteriores reflexiones permitirán ahondar en el examen de la conveniencia del sistema penal acusatorio, como garantía al debido proceso en la pérdida de investidura.

## 1. LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS COMO ACCIÓN PÚBLICA Y COMO JUICIO SANCIONATORIO

Para adentrarnos en la comprensión de esta figura es necesario comenzar por entender su génesis en nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, conviene señalar que, entre las finalidades del fallido Acto Legislativo n.º 01 de 1979, estuvo modificar la Constitución de 1886 para implementar la pérdida de investidura como un juicio sancionatorio. No obstante, dicha norma fue declarada inexecutable<sup>3</sup> sin que la jurisdicción hubiera conocido ninguna demanda de esa naturaleza<sup>4</sup>. Aunque la Constitución de 1886 consagró algunas inhabilidades e incompatibilidades para quienes aspiraban a ser elegidos como congresistas (que ahora corresponden a causales de pérdida de investidura), en ese momento estas solo daban lugar a una *vacante en la respectiva cámara*. Por lo que, de ninguna manera, correspondía a una sanción propiamente dicha<sup>5</sup>.

Esta situación cambiaría a partir con la Constitución de 1991, texto en que la pérdida de investidura se introdujo como un mecanismo sancionatorio

3 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 3 de noviembre de 1981.

4 Jorge Octavio Ramírez Ramírez, *Pérdida de investidura de congresistas 1991-2017. Análisis cuantitativo, cualitativo y fichas de análisis jurisprudencial*, vol. I, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018, p. 25.

5 Para el efecto, sobre el entendimiento que debemos tener de sanción, creemos pertinente reproducir a continuación lo siguiente: "En cuanto al concepto de sanción, [...] es una consecuencia negativa que se desprende de la comisión de un ilícito, de este mismo modo, aunque toda sanción tiene una eminente finalidad punitiva, es una figura que existe tanto en el campo civil, como en el administrativo y el penal. En lo que respecta a su acepción en el mundo del derecho, encontramos que la sanción '1. Persigue la imposición de un castigo, es decir que se dé una respuesta jurídica negativa que se traduce en la aminoración de un derecho o de una garantía; 2. Siempre es una reacción frente a la comisión de un ilícito y 3. Aun cuando se manifiesta frente a la toma de una decisión desfavorable, se diferencia de otras medidas que aun compartiendo este efecto persiguen finalidades distintas: restablecimiento del ordenamiento jurídico, prevenir la generación de un daño, resarcir un perjuicio, etc.". Jorge Iván Rincón Córdoba, "Origen, justificación y presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración", en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (eds.), *El poder sancionador de la Administración pública: Discusión, expansión y construcción*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 75, citado en María Raquel Molina Otero, *La culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador: construyendo –o de-construyendo– un concepto* (tesis de maestría), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 15.

de responsabilidad para los congresistas<sup>6</sup>. Es importante destacar que, tal y como se evidencia al revisar la *Gaceta Constitucional*, la Asamblea Nacional Constituyente se interesó en establecer una sanción ejemplar consistente en la pérdida de investidura para los legisladores que actuaran contra el interés general<sup>7</sup>, habida cuenta de que antes no existían mecanismos para castigar el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, pues la dignidad que se les confería por la representación política ejercida en nombre del pueblo los blindaba<sup>8</sup>.

Esto llevó a implementar un tipo de sanción, al que coloquialmente se le conoce como la *muerte política*, en la medida en que le impide al sancionado volver a ser elegido al Congreso en cualquier tiempo, pues el castigo es intemporal y permanente, lo que afecta directamente su derecho fundamental a ser elegido<sup>9</sup>. Es necesario advertir que la sanción de destitución impuesta disciplinariamente es distinta, en tanto es aplicada por una autoridad diferente y bajo otro tipo de causales y, en especial, porque dicha inhabilidad es temporal. Al respecto, la Asamblea Nacional Constituyente consideró que "determinadas faltas de los representantes populares exigían sanciones y procedimientos más severos y pronto que las acciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría o la sanción política que puede imponer el votante, a través del retiro de su apoyo electoral a aquellos mandatarios o partidos que no han estado a la altura de su compromiso con los electores"<sup>10</sup>.

En línea con lo anterior, la figura de la pérdida de investidura fue consagrada en el artículo 183 de la Constitución Política de 1991 con el fin de sancionar: (1) violaciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas; (2) la inasistencia en un mismo período a seis sesiones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura; (3) no tomar posesión del cargo; (4) la indebida destinación de dineros públicos; y (5) el tráfico de influencias<sup>11</sup>. Así mismo, los artículos

6 Carlos Eduardo Gechem Sarmiento, *El Congreso colombiano a partir de 1991*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 18.

7 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n.º 51, p. 27.

8 Fernando Brito Ruiz, *La pérdida de investidura de los congresistas. Una sanción de naturaleza política*, Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2004, p. 32.

9 Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Sesión de la Comisión Tercera, referente a la discusión de los artículos 183 y 184.

10 *Ibid.*

11 "Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. 2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura. 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse. 4. Por indebida destinación de dineros públicos. 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

109 y 110 constitucionales incluyeron como causales la violación de topes máximos de financiación de campañas políticas<sup>12</sup> y la realización de contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos, o la inducción a que otros lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley<sup>13</sup>.

Es preciso indicar que todas estas causales son taxativas y su interpretación es restrictiva<sup>14</sup>, puesto que, frente a lo primero, "el legislador no dispone de competencia para ampliar o restringir las causales establecidas en la Carta Política"<sup>15</sup>. De igual modo, estas "no se puede[n] extender a otras conductas, aun cuando con ellas se incumplan los deberes como Congresista, se incurran en prohibiciones o en la comisión de delitos, salvo que dichas conductas puedan ser tipificadas dentro de las causales [de pérdida de investidura] consagradas en la Constitución"<sup>16</sup>. Con relación a lo segundo, "las causales establecidas en dicha materia 'son de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva', razón por la que no cabe su aplicación por 'analogía ni por extensión', ya que tienen por consecuencia una sanción 'que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad'"<sup>17</sup>. Lo anterior también encuentra fundamento en que, "por tratarse de una restricción al derecho a elegir y ser elegido, tanto las inhabilidades como las incompatibilidades y las causales de pérdida de investidura deben ser taxativas y no admiten interpretaciones extensivas o analógicas por plausibles que estas sean"<sup>18</sup>.

*Parágrafo* [Inciso 1.º, Acto Legislativo 01 de 2011 inexecutable, Sentencia C-1056-12]. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor".

- 12 "Artículo 109. [Artículo modificado por el artículo 3.º del Acto Legislativo 01 de 2009]. [...] Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto".
- 13 "Artículo 110. Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura".
- 14 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de agosto de 2014, radicado 11001-03-15-000-2010-01110-00 (PI).
- 15 Corte Constitucional, sentencia T- 544 del 28 de mayo de 2004, expediente T-839262.
- 16 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de julio de 2012, radicado 11001-03-15-000-2011-00438-00(PI); 11001-03-15-000- 2011-00357-00(PI).
- 17 Corte Constitucional, sentencia SU-501 del 6 de agosto de 2015, expediente T-3.756.821.
- 18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 15 de diciembre de 2016, radicado 05001-23-33-000-2016-00738-01(PI).

Además, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el Consejo de Estado 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 constitucional. Esta corporación consideró que, en dicho evento, pese a que el texto constitucional tiene fuerza normativa y vinculante sin necesidad de la intermediación del legislador, se requería de "la regulación legal para su efectividad"<sup>19</sup><sup>20</sup>. El desarrollo legislativo en punto de su trámite fue establecido inicialmente con la Ley 144 de 1994, según la cual esta acción dirigida contra los congresistas nunca caducaba, era de única instancia y simplemente bastaba con demostrar su elemento objetivo<sup>21</sup>. Esto cambió de manera significativa 22 años después, ya que, con la sentencia SU-424 de 2016, la Corte Constitucional indicó que para la estructuración de la pérdida de investidura se debía acreditar también el elemento subjetivo de la conducta del congresista, "pues en un Estado de derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva".

A raíz de este pronunciamiento judicial se expidió la Ley 1881 de 2018, para definir que "[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 gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución". Bajo esta norma, al igual que en la anterior, se permite que cualquier ciudadano promueva la acción, lo que nos demuestra su carácter de acción pública. Adicionalmente, se estableció la doble instancia y un término de caducidad de cinco años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho generador de la causal.

Luego de haber visto cómo surgió esta figura en nuestro ordenamiento, resulta indispensable entender cuál es su finalidad y sus contornos característicos, lo cual pasaremos a estudiar a continuación.

19 Pie de página de la cita: "Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 11 de diciembre de 1991, exp. AC-006. En igual sentido, auto del 21 de abril de 1992, exp. AC-108.

20 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 1, sentencia del 19 de febrero de 2019, radicado 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI), (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados).

21 Resulta pertinente mencionar que las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, en sus artículos 55 y 48, respectivamente, determinaron que la acción de pérdida de investidura también procedía contra diputados, concejales municipales y distritales y contra los miembros de las juntas administradoras locales.

### 1.1. LA TELEOLOGÍA DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA. ¿CONTIENDA DE UN CIUDADANO CONTRA UN CONGRESISTA O EJERCICIO DEL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO?

Como ya se mencionó, las normas que consagran la figura más allá de establecer que se trata de un juicio sancionatorio, solo se limitan a establecer las causales, el procedimiento y la sanción, pero en ellas no se encuentra una explicación de su finalidad. Sin embargo, en los antecedentes legislativos podemos apreciar la fundamentación para incluirla en nuestro ordenamiento jurídico como la necesidad de implementar una grave sanción frente a ciertas conductas, a partir de lo cual, la jurisprudencia se ha encargado de seguir dotando de contenido finalístico su entendimiento<sup>22</sup>. De esta manera, se ha afirmado que tiene un propósito ético en la medida en que busca preservar la dignidad de los legisladores, ya que a estos se les exige más que a las demás personas. El congresista está no solo comprometido con no delinquir, sino también a observar una conducta especialmente pulcra y delicada. Por ende, si hay tachas, así no sean constitutivas de delito, estas no son adecuadas a la dignidad del cargo, ni a la disciplina que su ejercicio demanda<sup>23</sup>.

Entre otros aspectos relevantes de la figura, el juez constitucional ha establecido que la investidura de las personas elegidas popularmente –congresistas, diputados, concejales o ediles– es expresión del mandato democrático de la ciudadanía, otorgado mediante el derecho fundamental al sufragio universal<sup>24</sup>, y manifestación del principio de separación de poderes y de colaboración armónica entre las ramas del poder público, esencialmente, del sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*), que caracteriza a los sistemas constitucionales contemporáneos<sup>25</sup>.

A su vez, el Consejo de Estado advierte que su carácter sancionatorio deviene del *ius puniendi* del Estado y considera que en su análisis no solo debe salvaguardarse el debido proceso propio de cualquier proceso judicial, sino que también deben atenderse principios como los de "*pro personae*,

22 Así, la Corte Constitucional, se trata de "un verdadero juicio de responsabilidad política que se define con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la violación al código de conducta que deben observar los congresistas en razón al valor social y político de la investidura detenida". Corte Constitucional, sentencia SU 399 del 31 de mayo de 2012, expediente T-2.773.240.

23 Corte Constitucional, sentencia SU 712 del 17 de octubre de 2013, expediente T-3005221.

24 Corte Constitucional, sentencia SU 632 del 12 de octubre de 2017, expediente T-5.982.843.

25 *Ibid.*

favorabilidad, *pro libertate, in dubio pro sancionado*, legalidad, culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad<sup>26-27</sup>.

A pesar de que la jurisprudencia considera que se trata de un proceso con contornos de tipo disciplinario especial en la medida que sanciona la violación al código de conducta de los congresistas, para algunos autores<sup>28</sup> este entendimiento no corresponde con la finalidad de los procesos disciplinarios propiamente dichos. Así, Brito Ruíz señala que con ellos se busca lograr los objetivos propios del servicio público, lo que le permite a la propia entidad imponer reglas, órdenes e instrucciones dirigidas a sus subordinados, en virtud de sus atribuciones correctoras, todo desde un ámbito propio de las relaciones de especial sujeción que esta mantiene con el servidor público<sup>29</sup>. No obstante, estas situaciones no se aprecian en las causales de pérdida de investidura. Por un lado, los congresistas no se someten a relaciones de especial sujeción, ya que su vinculación con el Estado no deviene de una relación legal y reglamentaria, sino del mandato popular y, por el otro, la sanción de desinvestidura no corresponde a una corrección disciplinaria.

Otros autores consideran que la pérdida de investidura tiene un carácter sancionatorio autónomo, pues la Constitución previó ese mecanismo como algo distinto del régimen general disciplinario de los servidores públicos, por las repercusiones de las funciones que detenta y representan estos

26 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de mayo de 2019, radicado 11001-03-15-000-2018-03883-01 (PI).

27 Ahora bien, en cuanto a su finalidad se ha establecido que es para “a. Garantizar a los ciudadanos que aquellos a quienes se ha distinguido con esta investidura, no abusen de su poder aprovechándolo para alcanzar sus fines personales // b. Procurar por la transparencia absoluta de los miembros de las corporaciones públicas en relación con sus actuaciones y // c. Proteger la confianza que el electorado ha depositado en sus elegidos [...]. // Esta acción constituye una ampliación de los mecanismos de participación democrática, que busca la sujeción del congresista a los límites fijados en el ordenamiento constitucional, y desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público y recuperar el prestigio del órgano legislativo. Corte Constitucional, sentencia C-497 del 3 de noviembre de 1994, expediente D-600; citado en Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de noviembre de 2014, radicación 110010315000201200900-00 (2012-00899 y 2012-00960 acumulados)”. También en Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de noviembre de 2023, radicado 11001-03-15-000-2022-05556-02 (PI).

28 Fernando Brito Ruiz, *Pérdida de investidura de los congresistas*, *op. cit.*, p. 99.

29 Se menciona que respecto a los congresistas existe un control disciplinario ejercido por los presidentes de las respectivas cámaras y sus mesas directivas en el marco de las funciones de coordinación y dirección de las que están investidas, con el fin de mantener el orden y logra un adecuado funcionamiento del Congreso. Se advierte que la Procuraduría General de la Nación también puede asumir esa misma facultad a través del poder preferente. *Ibid.*, p. 99.

servidores<sup>30</sup>. En contraposición, Palacio Hincapié sostiene que en la pérdida de investidura existe una verdadera sanción de carácter disciplinario por una conducta del congresista, impuesta por el órgano judicial, independiente de la de tipo penal que pueda originar tal conducta. Para este autor, no cabe duda de que reviste carácter disciplinario, sobre todo para aquellos que no son congresistas<sup>31</sup>, refiriéndose a los diputados y concejales, en tanto tienen un régimen sustantivo y procesal distinto.

Frente a las anteriores posiciones, resulta claro que el medio de control de pérdida de investidura es un juicio sancionatorio propio *del ius puniendi* estatal, que por sus características comparte rasgos del proceso disciplinario sin que pueda llegar a enmarcarse completamente en este. No obstante, más allá de cualquier discusión para diferenciar los juicios disciplinarios de los de pérdida de investidura, lo cierto es que eso, a lo sumo, permitiría una demarcación o distinción de los procedimientos y faltas. En ese orden de ideas, es válido concluir que con esta acción se pretende castigar al congresista que incurra en alguna de las causales definidas en la Constitución Política, a través de un proceso judicial con contornos éticos, políticos y disciplinarios, enmarcados dentro del derecho punitivo del Estado<sup>32</sup>. A partir de lo anterior, también se evidencia que la finalidad de la figura no corresponde a la satisfacción de un interés subjetivo ni grupal ni colectivo, razón por la cual nos resulta extraño que pueda entenderse como un contienda entre un ciudadano y un congresista, pues si bien con este proceso se busca proteger al electorado y garantizar el correcto funcionamiento del poder legislativo en aras del bien común, lo cierto es que su finalidad se encamina únicamente materializar el *ius puniendi* estatal a través de una sanción consistente en la muerte política.

## 1.2. LAS CARGAS PROCESALES EN EL JUICIO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Con el fin de abordar este punto, resulta axial comenzar por comprender que el derecho de acción es la materialización del derecho de acceso a la administración de justicia y se constituye en un derecho subjetivo público

30 Paula Robledo Silva y Diego Felipe Contreras Pantoja, "Descifrando la naturaleza de la pérdida de investidura: Entre el juicio político, disciplinario y el *ius puniendi* con identidad propia", en *Régimen jurídico de los agentes estatales*, t. 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024, p. 566.

31 Juan Ángel Palacio Hincapié, *Derecho procesal administrativo*, 11.º ed., Medellín: Lijursánchez - Editorial jurídica Sánchez R S.A.S., 2021, p. 727.

32 Vladimir Fernández Andrade, *La pérdida de investidura: una visión desde el Ministerio Público*, Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2020, p. 8.

de orden constitucional<sup>33</sup>. Como ya se ha visto, el ejercicio de la acción en tratándose de la pérdida de investidura está en cabeza de todos los ciudadanos y también de la Mesa Directiva de la Cámara a la cual pertenezca el congresista. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la pretensión consiste en la petición de lo que se espera que resuelva el juez y que, por lo general, está alineada con los intereses del demandante y en contraposición con los del demandado<sup>34</sup>; con ella se busca realmente trabar la *litis* y es la que genera la espera del resultado conforme a la tutela judicial efectiva por parte de la jurisdicción.

En ese sentido, las pretensiones junto con la sustentación fáctica de la demanda resultan definitorias para establecer cuál acción o medio de control propios de la jurisdicción contenciosa administrativa es el que resulta procedente. Por ejemplo, si se pretende la reparación de un daño antijurídico causado por la acción u omisión, un hecho, operación administrativa, ocupación temporal o permanente de inmuebles, causado por un agente del Estado, debe entonces acudir a través del medio de control de reparación directa<sup>35</sup>; en cambio, si el daño proviene de un acto administrativo o de un contrato estatal, deberá promoverse el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>36</sup> o de controversias contractuales<sup>37</sup>, respectivamente. Nótese que en las situaciones que se acaban de enunciar, se acude ante la jurisdicción en procura de obtener la reparación de un daño antijurídico propio, es decir, para proteger los derechos subjetivos del demandante. No obstante, existen otros medios de control con los cuales no se busca obtener un beneficio propio, sino que el interés que subyace al proceso es otro.

Con todo, si lo que se busca es salvaguardar el ordenamiento jurídico, existen los medios de control de nulidad simple<sup>38</sup> y de nulidad por inconstitucionalidad<sup>39</sup>; o si lo que se pretende es proteger los derechos e intereses colectivos, el sujeto podrá hacerlo mediante la acción popular<sup>40</sup>, o también iniciar una acción para lograr el cumplimiento de las normas<sup>41</sup>. Estos son ejemplos que nos muestran que el accionante puede actuar cuando se trata de derechos que no le pertenecen solo a él sino también a la sociedad en

33 Edgardo Villamil Portilla, *Teoría constitucional del proceso*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999, p. 356.

34 *Ibid.*, p. 356.

35 Artículo 140, Ley 1437 de 2011.

36 Artículos 137 y 138, Ley 1437 de 2011.

37 Artículo 141, Ley 1437 de 2011.

38 Artículo 137, Ley 1437 de 2011.

39 Artículo 135, Ley 1437 de 2011.

40 Artículo 144, Ley 1437 de 2011.

41 Artículo 146, Ley 1437 de 2011.

general o a una colectividad y, por esa razón, se tramitan a través de acciones públicas. Para lo que interesa al presente escrito, la pretensión del juicio de pérdida de investidura consiste en obtener una sanción para el congresista demandado, sin que haya lugar a ninguna otra.

El ejercicio de cada medio de control impone unas cargas procesales, puesto que cada derecho material condiciona el derecho procesal que le corresponde, lo cual, a su vez, abre paso al sistema de justicia que guíe el proceso<sup>42</sup>. Se destacan, entonces, cuatro sistemas procesales, que son el dispositivo, el inquisitivo, el acusatorio y el mixto. Según el dispositivo, el interesado posee la facultad exclusiva de acudir a la jurisdicción para reclamar su derecho, teniendo la carga principal de probar el supuesto de hecho de las normas cuyos efectos busca su aplicación y si bien el juez puede decretar pruebas de oficio, lo cierto es que es una facultad excepcional que no puede reemplazar las responsabilidades que deben asumir las partes<sup>43</sup>. En cambio, el inquisitivo impone en el Estado el deber actuar de oficio en la apertura y promoción de los procesos a su cargo<sup>44</sup>, en especial, en la obtención de las pruebas para la demostración de los hechos, aquí el juez tiene la función de investigar, acusar y juzgar al mismo tiempo, y es esta precisamente una crítica que se le formula: se es juez y parte a la vez, lo cual va en contravía de la imparcialidad.

A su turno, se encuentra "el sistema acusatorio, cuyas características pueden sintetizarse así: las funciones de acusar, defender y juzgar están atribuidas a órganos diferentes; los elementos de juicio recogido en la fase instructiva sirven exclusivamente para enderezar la acusación; el ejercicio de la jurisdicción depende de una acusación formulada por un sujeto distinto (el fiscal o un particular); todo el proceso debe desenvolverse en contradictorio ante el juez"<sup>45</sup>. Por último, el sistema mixto se ha considerado como una mezcla de los sistemas inquisitivo y acusatorio, pues presenta diferenciación de los roles de acusación y juzgamiento, no obstante, quien acusa aún conserva competencias propias del funcionario que decide.

En ese marco, no se puede perder de vista que todos ellos pertenecen al objeto de estudio del derecho procesal, en clave de la materialización del derecho sustancial, cuya única razón de ser es permitir la solución legítima

42 Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, p. 170.

43 Hernán Fabio López Blanco, *Instituciones de derecho procesal colombiano*, t. I, *Parte general*, 9.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Dupre Editores, 2005. P. 106.

44 Edgardo Villamil Portilla, *Teoría constitucional del proceso*, op. cit., p. 359.

45 Miguel Enrique Rojas Gómez, *Teoría del proceso*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 302. Aquí el autor cita a Pedro J. Bertolino, "Sistema acusatorio", en *XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 119.

de los conflictos a través del Estado, de tal suerte que las normas procesales se entienden como *normas medios* y por eso son de orden público. Lo anterior, ya que su propósito es la realización del derecho y, en esa medida, es que se le exige a las partes o sujetos procesales determinados actos y cargas, de los que dependerá el resultado favorable o desfavorable que se dictaminará en la sentencia<sup>46</sup>.

Lo anterior es relevante, en tanto, a nuestro juicio, se debe reconocer que es innegable que la aplicación de cualquiera de estos sistemas procesales genera consecuencias fundamentales en el trámite de los procesos. Así, es la actividad del operador judicial la que marca la diferencia entre cualquiera de ellos<sup>47</sup>. En este punto, se considera pertinente explicar que, en materia de la acción penal, como principal representante de los sistemas de justicia inquisitivo, mixto y acusatorio, se presenta una situación particular, pues para los delitos querellables se requiere que el ofendido por el punible presente la respectiva querrela para que el órgano investigador proceda con la persecución penal y, además, tiene la potestad de desistir de ella bajo ciertos requisitos procesales. Por esa razón, se ha dicho que la acción penal tiene una doble naturaleza, pública y privada. Corresponderá a la primera, tratándose de los delitos investigables de oficio y, a la segunda, para los que requieren querrela de parte. Sin embargo, en ambos casos, el único y exclusivo titular de la acción penal es el Estado por medio de la Fiscalía General de la Nación, debiéndose entender que en los casos querellables el afectado solo tiene un derecho de postulación, pero el ente acusador es el encargado de adelantar la acción, obtener las pruebas y acusar<sup>48</sup>.

Descendiendo al tema que constituye el objeto de estudio de este escrito, es indispensable resaltar que, según el trámite definido en la Ley 1881 de 2018, este juicio se enmarca en el sistema procesal dispositivo. Por ende, además de la definición de las cargas procesales que se imponen al demandante, la jurisprudencia se ha encargado de establecer que durante todo el proceso se deben respetar, de un lado, los principios *pro personae*, favorabilidad, *pro libertate*, *in dubio pro* sancionado, legalidad, culpabilidad y razonabilidad y, del otro, el principio de congruencia, entendido como el marco del que no se puede salir el operador judicial y que es dado por la causal invocada y su sustento fáctico<sup>49</sup>.

46 Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid: Aguilar, 1966. pp. 3, 5 y 7.

47 *Ibid.*, pp. 52 a 55.

48 Heliodoro Fierro-Méndez, *Manual de derecho procesal penal. Parte general. Fase pre-procesal*, 6.ª ed., Bogotá: Leyer Editores, 2018, p. 549.

49 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de junio de 2015, radicado 11001-03-15-000-2013-00115-00 (PI).

A pesar de que la pérdida de investidura corresponde a una acción pública que se guía bajo las lógicas del sistema procesal dispositivo, resulta complejo enmarcarla completamente en este, pues existen elementos distintivos, especialmente, por los intereses que se encuentran en juego, ya que a través de este proceso no se reclama un derecho subjetivo o colectivo, sino que se busca sancionar de la forma más grave a los congresistas, separándolos inmediatamente de sus funciones e inhabilitándolos permanentemente para ser elegidos nuevamente como legisladores<sup>50</sup>.

En esa línea, la pérdida de investidura no contiene ninguna pretensión que ponga de presente un conflicto entre intereses particulares, sino que, como se ha visto, tiene un contenido eminentemente punitivo sancionatorio. De ahí que puede ubicarse mejor dentro de las lógicas del sistema procesal acusatorio y, en esa medida, es dable afirmar que las cargas procesales deben estar en cabeza del Estado a través de un agente estatal que asuma las funciones de investigación y acusación, tal como acontece en el proceso penal y disciplinario, y no del ciudadano demandante, quien de ninguna manera puede considerarse como legitimado para realizar ninguna de las actuaciones propias de la investigación y acusación.

### 1.3. LA ACREDITACIÓN DE LA CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

En este acápite se pretende determinar a quién le corresponde acreditar la causal que termina en la pérdida de investidura del congresista. Con el fin de responder a este interrogante, hay que aclarar que se trata de un asunto en el que el derecho probatorio tiene mucha incidencia, ya que, desde una perspectiva objetiva, es la disciplina que estudia las normas, principios, formas y oportunidades de aportación, impugnación, oposición y valoración que conciernan a las pruebas, en clave de lograr la certeza judicial sobre los hechos que son objeto de la controversia<sup>51</sup>.

Con relación a los procesos de pérdida de investidura, la normativa que gobierna dichos aspectos se encuentra contenida en las Leyes 1881 de

50 Fernando Brito Ruiz, *Pérdida de investidura de los congresistas*, op. cit., p. 77.

51 Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, *Tratado de derecho probatorio*, t. I, *Estudio del tema probatorio en los sistemas de procedimiento civil escrito y oral, penal, laboral, niños y adolescentes, marítimo, agrario, contencioso administrativo y tributario*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016. P. 54. El autor cita a Humberto Bello Lozano, *Derecho probatorio*, t. I. Caracas: Editorial Estrados, 1979, p. 1.

2018<sup>[52]</sup>, 1564 de 2012<sup>[53]</sup> y 1437 de 2011<sup>[54]</sup>. Para lo relacionado con la carga de la prueba, el artículo 4.º de la Ley 1881 de 2018 establece que junto con la demanda deberá presentarse la solicitud de pruebas, y que cuando se pretenda hacer valer dentro del proceso una prueba pericial, se deberá aportar el dictamen. A su turno, el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 dispone que las partes deben probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Sin embargo, esa misma norma establece que, según las particularidades del caso, "el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos".

Bajo estos preceptos normativos, en principio a la parte accionante le corresponde la carga probatoria en esta clase de procesos. Se advierte que su importancia radica en que sin pruebas no hay derecho que reconocer o, en este caso, sanción a imponer. Por tanto, y atendiendo a la finalidad de la pretensión de pérdida de investidura, es necesario abordar un estudio en materia probatoria, reconducido únicamente a su aportación al proceso, para poder establecer si las normas mencionadas se acompañan con el *onus probandi* en los juicios sancionatorios. Según la Ley 1881 de 2018, la pérdida de investidura se ubica dentro del sistema de justicia dispositivo en el que se atiende a una visión individualista o solidaria de las pruebas, así como a la iniciativa oficiosa del juez. Bajo una postura individualista, el que alega un hecho es el llamado a acreditarlo, de modo que desde el derecho romano se crearon aforismos que hasta hoy perduran, tales como *onus probandi incumbit actori*, es decir, que al accionante le corresponde probar los hechos en los que funda su demanda<sup>55</sup>. Además, tenemos el *reus, in excipiendo fit actor*, según el cual el demandado debe probar los hechos de su defensa, y el *actore non probante, resu ansolvitur* que dispone que el demandado debe ser absuelto cuando no haya pruebas en su contra<sup>56</sup>.

Si bien dicha posición es la regla general, lo cierto es que admite excepciones, abriendo el paso a lo que se ha denominado la postura solidaria, según

52 "Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones".

53 "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones".

54 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

55 Ana Zenobia Giacomette Ferrer, *Teoría general de la prueba: Concordada con la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso y soportes jurisprudenciales*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017, p. 221.

56 *Ibid.*, p. 222.

la cual se busca equilibrar una relación desigual entre las partes imponiendo la carga en quien tenga una posición más fuerte o privilegiada en el proceso. Se busca también evitar la *probatio diabólica* conocida como la prueba diabólica, en tanto puede resultar imposible su aportación. Es por esto que la carga de la prueba debe ser dinámica en ciertos casos, puesto que algunos medios probatorios pueden estar al alcance de una de las partes y no de la otra, por ejemplo, cuando el demandado es el custodio de las pruebas o tratándose de situaciones de difícil comprobación<sup>57</sup>.

Vistas ambas posturas, es preciso concluir que la solidaria no puede encontrar aplicación en los casos de pérdida de investidura, pues al corresponder a un juicio sancionatorio es al actor o persecutor quien debe probar el aspecto objetivo y subjetivo de la causal de desinvestidura, puesto que el congresista demandado se encuentra amparado por la presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación. Ahora bien, en cuanto a las pruebas de oficio, se debe indicar que corresponden a una iniciativa del juez, prevista en el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011, que le permite "decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad" y también "disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda".

En cuanto a esto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que se trata de dos modalidades: las pruebas de oficio propiamente dichas que tienen como finalidad esclarecer la verdad, y cuya práctica se hace en forma conjunta con las pedidas por las partes, y las que se dictan bajo el denominado auto de mejor proveer<sup>58</sup>. Prácticamente, la diferencia entre ambas es que con la primera se busca el esclarecimiento de la verdad, mientras que con la segunda se propende por esclarecer puntos oscuros o difusos de la controversia<sup>59</sup>.

Aclarado lo anterior, hay que señalar que existen críticas frente al decreto oficioso de pruebas, en tanto se considera que la iniciativa del juez altera su imparcialidad, así como por el riesgo de que al momento de la valoración le otorgue mayor peso a las pruebas que han provenido de su propia iniciativa<sup>60</sup>. Para el tema bajo examen, aparece que, tratándose del sistema de justicia dispositivo, es permitido que el juez acuda a las pruebas de oficio. Sin embargo, bajo las lógicas del sistema procesal acusatorio empleado actualmente

57 *Ibid.* p. 224.

58 El cual "está sometido al arbitrio del juez pues hace parte de su poder instructivo facultativo, en contraste con el impositivo que propende por el esclarecimiento de la verdad dentro de las instancias y bajo el iter de la facultad instructiva propiamente dicha". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 9 de febrero de 2017, radicado 41001-23-33-000-2016-00080-01.

59 *Ibid.*

60 Ana Zenobia Giacomette Ferrer, *Teoría general de la prueba*, op. cit., p. 251.

en el proceso penal mediante el cual se ejerce el *ius puniendi*, la carga de la prueba la tiene la Fiscalía General de la Nación. En este contexto, existe una prohibición legal prescrita en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, según la que “[en] ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”, determinación que ha sido flexibilizada por la Corte Suprema de Justicia, en tanto se permiten de manera excepcional para evitar un fallo erróneo que pueda violar los derechos fundamentales del procesado, es decir, privilegiando la presunción de inocencia<sup>61</sup>. Esto demuestra que, tratándose de un sistema adversarial sancionatorio como el penal acusatorio, el juez penal como responsable de imponer la sanción encuentra limitaciones para sus facultades oficiosas, puesto que solo las puede emplear en beneficio del procesado. En este sentido, aplicando esa misma lógica al juicio de pérdida de investidura, el juez en dicha causa también debería encontrarse limitado para decretar pruebas que puedan perjudicar al demandado.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que actualmente en los juicios de pérdida de investidura la carga probatoria se enmarca en la visión individualista y excepcionalmente se podrían decretar pruebas de oficio que, haciendo un símil a los postulados del proceso penal que comprende las lógicas sancionatorias, se permite el ejercicio de esa facultad por parte del juez con la intención de salvaguardar los derechos del demandado. Ahora bien, a partir de lo expuesto, se pasará a analizar lo que implica que, según la normativa, la carga de la prueba en estos procesos se radique en cabeza de la parte actora y, para el efecto, es indispensable abordar el entendimiento y diferenciación entre deber, obligación y carga procesal. El primero corresponde a un imperativo establecido en la ley y su incumplimiento se sanciona porque representa el desconocimiento de una norma procesal que es de orden público y de imperativo cumplimiento. La segunda se refiere a una prestación de contenido patrimonial impuesta con ocasión del proceso, por ejemplo, el pago de la condena en costas, mientras que la carga procesal es una conducta facultativa, generalmente en interés propio, cuyo incumplimiento trae consecuencias desfavorables, tales como la caducidad, preclusión de oportunidades procesales y hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

En ese sentido, no es posible para el juez exigir forzosamente el cumplimiento de una carga, pues corresponde a la discrecionalidad del interesado conforme a sus propios intereses, en tanto se constituye en una regla de conducta que determina quien padece las consecuencias de no probar los supuestos de hecho de las normas que invoca en su favor<sup>62</sup>. A tal efecto, cobra

61 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2006.

62 León José Jaramillo Zuleta, *Teoría de la prueba*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2023, p. 319.

especial importancia la posición del Consejo de Estado, según el cual, "en estos procesos [de pérdida de investidura] no es posible invertir la carga de la prueba, razón por la que le corresponde a quien persigue la desinvestidura probar los supuestos de hecho en los que se funda la solicitud"<sup>63</sup>. En contraste, para el tema que ocupa esta investigación, se hace inevitable la comparación con la gestión probatoria a la luz del sistema procesal acusatorio, según el cual, en el proceso penal –y ahora en el disciplinario– la carga de la investigación y de la prueba la soporta el Estado, por medio del ente acusador<sup>64</sup>. Esto refuerza la conclusión de que no se trata de una contienda de intereses particulares, sino del ejercicio del *ius puniendi* que busca sancionar ciertas infracciones que atentan contra intereses y valores superiores, cuyo orden se debe respetar y no dejar a la mera liberalidad de cualquier denunciante.

Así las cosas, es a la parte acusadora a quien incumbe la carga probatoria<sup>65</sup>, tal como se ha establecido de antaño bajo la máxima del *onus probandi incumbit accusationis*. En ese sentido, se advierte que teniendo en cuenta la importancia de las pruebas en cualquier proceso, en tanto tienen la función jurídica de "hacer posible saber cómo sucedieron los hechos, para aplicar las normas"<sup>66</sup>, consideramos que la carga probatoria no puede recaer en cabeza de un ciudadano demandante. Pues los intereses que se busca proteger con el juicio de pérdida de investidura no corresponden a intereses privados, disponibles y transigibles, sino que superan la órbita individual y colectiva, pasando a ser asuntos de Estado. Esto, en la medida que no solo se trata de un juicio con matices éticas, políticas y disciplinarias que propende para que el poder político no sea empleado en provecho particular y que se garantice la correcta función legislativa, sino que además se encamina a salvaguardar la democracia representativa y servir como un instrumento de pesos y contrapesos entre las ramas del poder público con el fin de evitar los abusos del poder<sup>67</sup>.

63 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de noviembre de 2023, radicado 11001-03-15-000-2022-05556-02.

64 *Ibid.*, p. 328.

65 León José Jaramillo Zuleta, *Teoría de la prueba*, op. cit., p. 88.

66 Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*, 17.ª ed., Bogotá: Editorial Librería del Profesional, 2009, p. 3.

67 En concreto, se está vaciando una competencia estatal derivada del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en un ciudadano que no puede ser considerado de ninguna manera como un agente investigador y acusador oficial, el cual, en últimas, termina adquiriendo la potestad de probar o no los supuestos de hecho de la causal de pérdida de investidura, ya que puede elegir entre aportar o no las pruebas al proceso. En especial, debemos advertir que esto implica también el acatamiento de los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad, especialmente, que sean solicitadas o aportadas en las oportunidades procesales dispuestas en la ley.

En efecto, si la sanción es el propósito que se busca con esta acción para salvaguardar intereses superiores del Estado, entonces este debe ser el llamado a asumir no solo la carga, sino también todas las responsabilidades que se deriven del *onus probandi*, pues se trata del ejercicio de una prerrogativa pública en el marco del poder sancionatorio. Corolario de lo expuesto, podemos afirmar que se presenta un gran riesgo en materia sancionatoria estatal, puesto que una de las figuras más relevantes y que conlleva a la sanción más grave en materia de representación popular es dejada al arbitrio o diligencia de un ciudadano, al cual no se le exigen calidades profesionales o conocimientos jurídicos en clave de asumir cargas o representación de intereses superiores del Estado, lo cual entendemos, se insiste, como un vaciamiento de una competencia que desde todo punto de vista debe ser asumida por un agente estatal, lo que podemos mencionar como una falencia oficial en el cumplimiento del deber de castigar y evitar los abusos del poder.

## 2. LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA COMO ACCIÓN PÚBLICA Y JUICIO SANCIONATORIO: LA NECESARIA APLICACIÓN EXCLUSIVA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO PARA LOGRAR SUS FINES

Es indispensable ahora profundizar en el estudio de los poderes y deberes que se derivan del *ius puniendi*, así como en las repercusiones que al interior del proceso trae aparejada la presunción de inocencia, pues el demandado no está llamado a probar su inocencia, ya que es función exclusiva del acusador desvirtuarla. En virtud de lo anterior, dependiendo del sistema procesal empleado, se define en cabeza de quien se encuentran las cargas procesales, lo cual se enlaza con el estudio que sigue, para identificar si realmente corresponde a una potestad pública que debe atender a una legitimación integral para su ejercicio.

### 2.1. EL IUS PUNIENDI DEL ESTADO: LOS DEBERES Y PODERES QUE SE DERIVAN DE SU APLICACIÓN

En términos generales, el *ius puniendi* consiste en la posibilidad de establecer castigos. Aunque tal definición se puede enmarcar tanto en el ámbito público como privado, nuestro estudio se enfoca en el *ius puniendi* público<sup>68</sup>. Este último debe entenderse como la capacidad del Estado para sancionar ciertas

68 María Raquel Molina Otero, "El *non bis in idem* en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia: ¿una garantía, en la práctica, inexistente?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 32, 2024, pp. 35-67. La autora fija su definición del *ius puniendi* con base en la obra de Juan Antonio García Amado, "Sobre el *ius*

conductas que puedan atentar contra su estabilidad<sup>69</sup>, advirtiendo que tiene un fundamento funcional que debe responder a ¿por qué se puede castigar o imponer sanciones?, y uno político que responde al ¿por qué puede castigar el Estado<sup>70</sup>? Asimismo, es necesario indicar que el *ius puniendi* público se ejerce sobre los servidores públicos o quienes ejerzan funciones públicas, y tiene dos características. La primera consiste en el carácter aflictivo y de castigo que tienen las medidas impuestas y, la segunda, que su imposición está en manos del Estado a través de los procesos penales, disciplinarios, de pérdida de investidura y por la responsabilidad punitiva por indignidad política<sup>71</sup>.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia plantean la existencia de diferencias en cuanto al bien o interés que se pretende proteger y, a partir de allí, se distingue entre uno y otro, todo para afirmar que constituyen áreas del derecho independientes. Por ejemplo, entre el derecho penal y el disciplinario se sostiene que, si bien ambas disciplinas castigan conductas reprochables por la ley, su objeto de protección es distinto. Con el derecho disciplinario se protege el buen funcionamiento de la Administración pública y de sus principios misionales consagrados en la Constitución, castigando por medio de una sanción de carácter administrativo cualquier vulneración de los mismos. En cambio, con el derecho penal se protegen los bienes jurídicos que se consideran más importantes para los individuos y la sociedad, por medio de la regulación legislativa para mantener el orden social, generando como consecuencia la imposición de una pena a quien incurra en una conducta reprochada por la ley penal<sup>72</sup>.

Otra diferencia radica en que obedecen a regímenes normativos distintos y, que mientras el disciplinario se dirige a los servidores públicos o particulares con funciones públicas, el penal recae sobre cualquier persona<sup>73</sup>. Se reconoce que los diferentes procesos mediante los cuales se ejerce el *ius puniendi* presentan diferencias, lo cual justifica que se consagren en cuerpos normativos diferentes y, a *prima facie*, más allá de las discusiones que se sobre este punto se suscitan, puede afirmarse que protegen distintos intereses o bienes jurídicos. Sin embargo, lo cierto es que eso no desdibuja la existencia de un *ius puniendi* único estatal, bajo el entendido de que la potestad o deber estatal de castigar es una sola, simplemente que se concreta a través de dife-

puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites", *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008, p. 17.

69 Humberto José Perna Vanegas, *Cartilla básica de derecho disciplinario*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021, p. 77.

70 Gustavo Balmaceda Hoyos, *Estudios de derecho penal general. Una aproximación a la teoría del delito y de la pena*, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2015, p. 51.

71 *Ibid.*, p. 52.

72 Humberto José Perna Vanegas, *Cartilla básica de derecho disciplinario*, op. cit., p. 80.

73 *Ibid.*, pp. 93-103.

rentes autoridades e instrumentos procesales. En este sentido, encontramos que Molina Otero<sup>74</sup> también defiende la postura de unidad del *ius puniendi*, bajo la consideración de que tanto al derecho penal como al administrativo sancionador resultan aplicables los mismos principios, puesto que estos devienen de la potestad sancionadora como instancia superior a las disciplinas jurídicas que los aplican.

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado mantiene una posición pacífica y reiterada en cuanto a la aplicación de los principios y reglas del debido proceso sancionatorio a los juicios de pérdida de investidura. Para el efecto, acoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mediante la cual se explican las características esenciales del derecho punitivo estatal<sup>75</sup>. De esta forma, los principios derivados del ejercicio del *ius puniendi* tienen un carácter bifronte, en tanto son garantías en favor de los procesados y, a la vez, límites para el ejercicio del poder sancionador del Estado. Entre los más relevantes, podemos mencionar los principios de legalidad, *non bis in idem*, *pro personae*, favorabilidad, *pro libertate*, *in dubio pro sancionado*, culpabilidad

74 En especial, en este último se estudia la antijuridicidad como lesión o amenaza efectiva del interés jurídico tutelado, en tanto que en el disciplinario se analiza la ilicitud sustancial siendo indispensable que se hubieran afectado sustancialmente los principios de la función administrativa. María Raquel Molina Otero, *La culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador: construyendo –o de-construyendo– un concepto*, op. cit., p. 42.

75 “[El] derecho punitivo es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravenacional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (*impeachment*), y que por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas estas modalidades específicas del derecho punible, y no sólo respecto de una de ellas ni apenas de vez en cuando, las garantías señaladas en la Constitución y en la legislación penal sustantiva y procesal que las desarrolle, las cuales, en sustancia, son las que siguen: 1. El principio de la estricta y preexistente legalidad punitiva o de la certidumbre normativa previa [...] 2. El del debido juez competente [...] 3. El del debido proceso y del derecho de defensa, los cuales exigen el respeto a las formas normadas también preexistentes de procedimiento para cada juicio, la carga de la prueba para el Estado y no para el sindicado, la controversia probatoria plena y previa a la evaluación y decisión y la prohibición no solo de la penalidad sino también del juzgamiento ex-post-facto, [...] 4. La cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía *juris*, la analogía *legis*, o la interpretación extensiva, ‘*in malam partem*’ o para desfavorecer y en cambio la permisibilidad para hacerlo ‘*in bonam partem*’ o para favorecer. 6. [sic] La garantía del ‘*non bis in idem*’ [...] 7. Lo anterior deja entender entonces que siendo del mismo género punible el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario, no son de la misma especie, pero que, por lo mismo, por ser especies diferentes de un mismo género, tienen no sólo rasgos propios que los caracterizan y diferencian, sino, además, elementos comunes que los aproximan”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º. 1, sentencia del 19 de febrero de 2019, radicado 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados).

y proporcionalidad, los cuales, como ya se ha visto, según la jurisprudencia deben ser aplicados en el juicio de pérdida de investidura<sup>76</sup>. Estos principios, tal como está dispuesto actualmente el procedimiento de pérdida de investidura, están llamados a ser garantizados por el juez, pues como orientador del proceso es quien debe darles aplicación dentro del trámite judicial. Sin embargo, no es posible desconocer que los mismos también deben ser tenidos en cuenta y respetados por quien tiene que responder por las cargas procesales que se derivan de la pretensión de desinvestidura, ya que su desconocimiento puede incidir negativamente en el resultado del proceso.

## 2.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE DESVIRTUARLA EN CABEZA DE QUIEN EJERCE EL *IUS PUNIENDI*

El artículo 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y que "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable". Este reconocimiento jurídico tiene origen constitucional y se constituye en un pilar de este derecho<sup>77</sup>.

Resulta menester destacar su doble composición, ya que, "de un lado, [es] un derecho subjetivo, autónomo, la inocencia, y del otro el mecanismo protector, la presunción *iuris tantum*"<sup>78</sup>. Esta última consiste en lo que se ha denominado "verdad interina", por virtud del cual el acusado de la comisión de un delito ha de ser considerado inocente, mientras no se practique con las debidas garantías procesales una mínima actividad probatoria de

76 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de mayo de 2019, radicado 11001-03-15-000-2018-03883-01 (PI). Al respecto, es pertinente resaltar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-254A de 2012, ha sostenido que, por el carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, esta se encuentra sujeta a los principios que gobiernan el debido proceso en material penal.

77 Descendiendo a su definición conceptual, tenemos que "[la] presunción de inocencia es desarrollo directo e inmediato del estado de inocencia –derecho natural y político fundamental inalienable–, y la presunción, mecanismo con desarrollo legal, por la que todos los hombres procesados legalmente, deben ser tratados como inocentes hasta el fallo condenatorio con tránsito a cosa juzgada. Siendo la presunción un silogismo, un proceso lógico que parte de una premisa constituida por unos hechos generales, constantes, desemboca en una consecuencia lógica y racional según las reglas, leyes o máximas de la experiencia" Orlando Alfonso Rodríguez Choncontá, *La presunción de inocencia*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 1995, p. 79.

78 Orlando Alfonso Rodríguez Choncontá, *Presunción de inocencia, principios universales*, 3.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2015, p. 70.

su participación en el hecho punible<sup>79</sup>. Si bien lo mencionado se refiere al proceso penal, se advierte que igual aplicación tiene en los procesos disciplinarios, y de contera en toda actuación sancionatoria. Bajo esta premisa, se tiene que le corresponde al Estado proteger los derechos y garantías de todos los ciudadanos bajo su jurisdicción, lo que implica el deber de tratarlos sin discriminación, esto es, garantizar y proteger el derecho de inocencia del procesado<sup>80</sup>.

En línea con lo expuesto, es menester mencionar que la presunción de inocencia se concreta con el aforismo *in dubio pro reo*, cuyo contenido ontológico se "consagra [en] la máxima de que todo hombre se presume inocente mientras no se demuestre que no lo es"<sup>81</sup>. Todo lo anterior nos conduce a resolver un interrogante cuya respuesta será fundamental para lograr las conclusiones que nos proponemos y consiste en determinar ¿a quién le corresponde realmente desvirtuar la presunción de inocencia en los juicios sancionatorios de pérdida de investidura?

Para resolver esta pregunta, no se puede perder de vista que nos encontramos frente a un proceso sancionatorio mediante el cual se ejerce el *ius puniendi* del Estado, en el cual se aplican los principios que le sean compatibles del derecho penal, en tanto este resulta ser la máxima expresión del poder sancionador. En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido que

la presunción de inocencia "se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba" de acuerdo con la cual corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito [...] lo que se conoce como principio *onus probandi incumbit actori*. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado

79 Yazmín Andrea Gómez Castro, *El principio de presunción de inocencia*, Bogotá: Academia Colombiana de la Abogacía, 2004, p. 27.

80 De acuerdo con lo anterior, el Estado tiene los siguientes deberes: "(a) La enervación de la premisa menor se debe hacer sobre la base de la prueba lícita y mínima de cargo, que produzca un conocimiento en el intelecto del juez más allá de duda razonable. (b) La carga de la prueba en desarrollo de la actuación está a cargo del acusador, del Estado a través de sus organismos especializados. (c) Toda la actuación de los organismos de investigación y juzgamiento se deben desarrollar dentro de los parámetros del debido proceso". *Ibid.*, pp. 99-100.

81 "De modo que si se duda sobre su responsabilidad se debe dictar preclusión en la calificación o absolución en la sentencia, pues es principio universal de rectitud y prudencia que es preferible absolver al culpable que condenar al inocente, por los perjuicios y daños graves e irreparables que se le causan al inocente condenado y por la cruel incertidumbre de los demás miembros de la sociedad que temen ser presas de fallos injustos", *Ibid.*, p. 153.

desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad<sup>82</sup>.

Si bien lo expuesto se enmarca en el derecho penal, lo cierto es que el Consejo de Estado ha considerado que esta garantía se aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado<sup>83</sup>. De este modo, al ser una acción pública de tipo punitivo, la acción de pérdida de investidura está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador, entre los que se encuentran la presunción de inocencia y el principio de legalidad de la causal por la cual se impondría la sanción<sup>84</sup>. En efecto, la presunción de inocencia obedece a las lógicas sancionatorias, de donde solo tiene aplicación en procesos de dicha naturaleza y, que como se ha presentado, debe ser desvirtuada por el Estado. Así las cosas, aparece una gran contradicción, puesto que el sistema procesal implementado con la Ley 1881 de 2018 no se acomoda a dicho estándar, en tanto es al ciudadano al que, en últimas le corresponde asumir la carga de desvirtuar la presunción de inocencia, lo cual se desprende indefectiblemente de que es el llamado a probar los supuestos de hecho en los que funda su demanda. Conforme a este análisis, podemos concluir que la carga de desvirtuar la presunción de inocencia es propia del ejercicio del *ius puniendi* estatal y que encuentra plena cabida en materia de pérdida de investidura. Por consiguiente, es posible responder que, a pesar de que la ley indirectamente radica esta carga en el ciudadano demandante, lo cierto es que realmente debe permanecer en el Estado como titular de la acción sancionatoria.

Esta situación, de difícil manejo en la práctica judicial, nos lleva de nuevo al colofón previamente dado, consistente en que no se pueden trasladar expresa o tácitamente en un particular las cargas que por la naturaleza del proceso recaen en el Estado, pues correspondería a renunciar a una prerrogativa pública encaminada a: (1) evitar que el poder político sirva a fines particulares; (2) salvaguardar la democracia representativa<sup>85</sup>; y (3) lograr "la preservación de la dignidad del congresista, la purificación de las costumbres políticas, el asegurar la transparencia y la efectividad del ejercicio

82 Corte Constitucional, sentencia C-289 del 18 de abril de 2012, expediente D-8698.

83 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A de la Sección Segunda, sentencia del 25 de enero de 2018, radicado No. 70001-23-33-000-2013-00277-01(1498-15).

84 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, radicado No. 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI).

85 Corte Constitucional, sentencia C-247 del 1.º de junio de 1995, Expediente D-714.

parlamentario y asegurar la necesaria dedicación de sus integrantes a las funciones propias de su investidura<sup>86</sup>.

### 2.3. LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO PARA GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO EN LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Para el Consejo de Estado, el debido proceso es un conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, con miras a obtener una decisión justa sobre sus derechos<sup>87</sup>. Así entendido, el debido proceso comprende: (1) el derecho al juez natural o funcionario competente; (2) el derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento; y (3) las garantías de audiencia y defensa. Estas últimas, a su vez, están compuestas por garantías como el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de *non bis in ídem*, entre otras<sup>88</sup>.

Aquí es relevante abordar lo atinente a ser juzgado conforme a las formas propias de cada juicio. Cabe recordar que los aspectos procesales del medio de control de pérdida de investidura fueron establecidos por el legislador mediante la Ley 1881 de 2018, y que estos obedecen a las lógicas propias del sistema de justicia dispositivo. De esta manera, se encuentra que el trámite de la pérdida de investidura no se acompaña a las formas propias que se han establecido para el ejercicio del *ius puniendi* estatal, ya que, por la naturaleza sancionatoria de esos procesos, estos se han adecuados al sistema acusatorio. Aunque el legislador tiene amplia libertad para definir el régimen

86 Juan Ángel Palacio Hincapié, *Derecho procesal administrativo*, op. cit., p. 728.

87 Pie de página de la cita: "El '*due process of law*' o 'debido proceso legal', tiene origen en la Carta Magna sancionada en 1215 en Inglaterra. La Carta de Derechos o Bill of Rights que integra las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América, elaboradas en 1789 y que entraron paulatinamente en vigor en los estados de esa federación hasta el 15 de diciembre de 1791, lo consagró en las enmiendas V, VI y VII. Y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, de la Revolución francesa, lo estableció en los artículos 7.º, 8.º, y 9.º. Actualmente, varios instrumentos internacionales lo reconocen, entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículos 10 y 11; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año artículo XXVI; el Pacto Interamericano de Derechos Políticos y Civiles de 1966, artículo 14; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, artículos 8.º y 9.º; la Convención de los Derechos del niño de 1989, artículo 40". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 14 de abril de 2016, radicado 25000-23-27-000-2010-00163-01(19138).

88 *Ibid.*

procedimental de los juicios, actuaciones y acciones a que da lugar el derecho sustancial, tal como lo establecen los numerales 1.º y 2.º del artículo 150 de la Constitución Política<sup>89</sup>, lo cierto es que frente a dichas potestades existen unos límites al poder de configuración legislativa en materia procesal, de esta forma, la Corte Constitucional ha enlistado los siguientes:

El Legislador no posee entonces una potestad absoluta, ni arbitraria, sino que, en su ejercicio, para elegir, concebir y desarrollar la ley con la que regula los distintos procesos debe someterse a los límites que impone la Carta.

Para los efectos de garantizar el respeto a tales límites amplios de la potestad legislativa, la jurisprudencia ha decantado una serie de criterios. En la sentencia C-227 de 2009 así se recogieron: "(i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; (ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal [...] puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); (iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y (iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)<sup>90</sup>.

Atendiendo estos parámetros, es posible afirmar que no fueron tenidos en cuenta en la reglamentación del juicio de pérdida de investidura, pues no se enmarca dentro del debido proceso sancionatorio ni se logra la primacía del derecho sustancial sobre las formas. En otras palabras, no se puede determinar si procede una sanción establecida por el constituyente cuando el procedimiento establecido por el legislador no está diseñado para permitir dicha finalidad. Es necesario retomar un aspecto que ya ha sido estudiado líneas atrás, consistente en que al Estado le concierne la acreditación de la

89 "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (1) Interpretar, reformar y derogar las leyes; (2) Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones". Para lo cual, "goza de una importante 'libertad de configuración legislativa', a la que son inherentes mayores prerrogativas de valoración y de regulación normativa, pues, sin ella, no sería posible que, mediante el desarrollo de la función de 'expedir las leyes', pudiese atender los requerimientos y particularidades propias de las cambiantes exigencias de la realidad nacional" (Corte Constitucional, sentencia C-203 del 24 de marzo de 2011, expediente D-8237). Frente a esto último, si bien el legislador puede fijar, entre otras, las etapas de los diferentes procesos y establecer los términos y las formalidades que deben cumplir, definiendo los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, los poderes y deberes del juez, "Esto no significa obviamente que el Congreso pueda configurar a su arbitrio o de manera caprichosa los procesos (Corte Constitucional, sentencia C-203 del 24 de marzo de 2011, expediente D-8237).

90 Corte Constitucional, sentencia C-203 del 24 de marzo de 2011, expediente D-8237.

causal de pérdida de investidura, lo cual en palabras del Consejo de Estado "les corresponde tanto al demandante como al Estado acreditar debidamente la existencia de la causal en la que habría incurrido el congresista y la conducta constitutiva de la falta, todo eso dentro de las garantías procesales, se repite, reconocidas por la Constitución y los tratados internacionales en favor de los sujetos sometidos a un juicio a cargo del Estado"<sup>91</sup>. Esto nos permite sustentar que es el Estado el llamado a acreditar la causal en atención a las lógicas del *ius puniendi* público. No obstante, en la práctica ello no es así, pues todo se deja en manos del ciudadano demandante, desconociendo que no se trata de "un bien de la postulación individual de quien lo reclama, sino como un asunto de interés público"<sup>92</sup>. De esta forma, se tiene que para el Consejo de Estado el juicio de pérdida de investidura corresponde a un interés general y público que a través de un proceso sancionatorio aplica un castigo de suma importancia, en tanto restringe vitaliciamente el derecho político a ser elegido por parte de quién lo sufre. Adicionalmente, en dicho proceso se aplican todas las lógicas propias del *ius puniendi*, las cuales resultan ajenas a un proceso tramitado bajo el sistema procesal dispositivo que busca satisfacer intereses particulares, en el cual no se debe desvirtuar la presunción de inocencia ni el demandante se encuentra supeditado a todos los límites del *ius puniendi*.

En ese sentido, el procedimiento de la pérdida de investidura definido por el legislador no corresponde con "las formas propias de cada juicio, entendidas estas como 'el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas'"<sup>93</sup>, en tanto no responde a "la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y finalidad de los procesos, [ni] permiten desarrollar el principio de legalidad propio del Estado social de derecho"<sup>94</sup>. Lo anterior, ya que no resulta admisible que un juicio sancionatorio de estas condiciones no responda a "Definir los deberes, obligaciones

91 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, radicado 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI).

92 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de noviembre de 2021, radicado 70001-23-33-000-2020-00321-01(PI); En tanto que el "bien jurídico que se protege con la pérdida de la investidura, [...] es la '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 representación'" (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 9, sentencia del 25 de septiembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-02135-00(PI).

93 Corte Constitucional, sentencia C-562 del 6 de noviembre de 1997, expediente D-1619.

94 Corte Constitucional, sentencia T-001 del 12 de enero de 1993, expediente No. T-3668.

y cargas procesales de las partes, los poderes y deberes del juez<sup>95</sup>, desde la perspectiva de que el titular de *ius puniendi* es el Estado que por la naturaleza sancionatoria del proceso es quién debe garantizar y respetar los principios que orientan ese tipo de juicios y, en especial, asumiendo todas las cargas procesales requeridas para desvirtuar la presunción de inocencia<sup>96</sup>.

## CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, es posible afirmar que el juicio de pérdida de investidura no debe concebirse como una contienda de un ciudadano contra un congresista, sino como el ejercicio del *ius puniendi* estatal, de lo cual se deriva que sea el Estado el encargado de asumir todas las cargas procesales, en tanto es el llamado a desvirtuar la presunción de inocencia. En ese sentido, es el sistema procesal de justicia acusatorio el que mejor parece responder en la actualidad a la imposición de sanciones, pues permite que sea el Estado a través de sus agentes el encargado de tramitar, impulsar y decidir el proceso, esto desde la perspectiva de la separación de las funciones de investigación y acusación con la de dictar la sentencia para absolver o sancionar. Lo anterior permite sostener que el juicio de pérdida de investidura está incompleto, pues si bien es un juez el encargado de sancionar, lo cierto es que a la luz del *ius puniendi* y las lógicas del derecho sancionatorio, el legislador ha terminado por vaciar en los ciudadanos la competencia para investigar, probar y acusar, cuando esas actividades deben desarrollarse por parte del Estado. En efecto, la titularidad del *ius puniendi* estatal no puede concebirse exclusivamente como que sea el Estado a través de un juez quien imponga la sanción, sino que este, además, también debe asumir las cargas procesales. Como se observó a lo largo del trabajo, entre sus finalidades está garantizar el correcto funcionamiento de sus instituciones, salvaguardar intereses supremos como la democracia representativa y evitar los abusos del poder, para lo cual tiene un interés legítimo de orden constitucional con el fin de

95 Corte Constitucional, sentencia C-203 del 24 de marzo de 2011, expediente D-8237.

96 "La anterior conclusión es bajo el entendido de que, si bien las 'formas propias de cada juicio' se conciben como el respeto de las reglas señaladas en la ley, lo cierto es que aquí la razón esencial es la correspondencia que debe existir entre el juicio de pérdida de investidura y un procedimiento sancionatorio. A partir de lo anterior, consideramos que el sistema de justicia que mejor se acomoda a la finalidad del proceso no corresponde al dispositivo sino al acusatorio, pues a través de este, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, es 'que [se] permit[iría] la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas'" Corte Constitucional, sentencia C-203 de 2011.

asegurarse del correcto funcionamiento del Congreso y, así mismo, ejercer el sistema de pesos y contra pesos que caracteriza los Estados modernos.

Sin desconocer que la figura ha teniendo un desarrollo, ha sido lento su amoldamiento a las lógicas del *ius puniendi*<sup>97</sup>. De esta manera, tanto los legisladores como los jueces están llamados a encuadrar esta figura dentro un adecuado ejercicio del *ius puniendi*, pues no resultaría procedente que una competencia estatal, la de investigar, probar y acusar, sea transferida a un ciudadano. Si la sanción de pérdida de investidura es más grave que cualquiera de las sanciones disciplinarias, ¿por qué entonces no obedece a un sistema procesal acusatorio como el que actualmente se adelanta para los juicios disciplinarios? La satisfacción de las exigencias derivadas de los principios de legalidad, *non bis in idem*, *pro personae*, favorabilidad, *pro libertate*, *in dubio pro sancionado* y culpabilidad concluimos debe darse en el marco de las particularidades del medio de control estudiado. Sin embargo, en el estado actual de cosas, y con miras a aportar a un debate que sigue en construcción, un juicio eminentemente sancionatorio, que debería darse bajo una lógica acusatoria, termina disfrazado bajo un ropaje dispositivo que no le corresponde.

## BIBLIOGRAFÍA

Balmaceda Hoyos, Gustavo. *Estudios de derecho penal general: Una aproximación a la teoría del delito y de la pena*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

Bello Tabares, Humberto Enrique Tercero. *Tratado de derecho probatorio*, t. I, *Estudio del tema probatorio en los sistemas de procedimiento civil escrito y oral, penal, laboral, niños y adolescentes, marítimo, agrario, contencioso administrativo y tributario*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

Bello Lozano, Humberto. *Derecho probatorio*, t. I. Caracas: Editorial Estrados, 1979.

Bertolino, Pedro J. "Sistema acusatorio". En *XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Universidad Externado de Colombia, 1997.

97 Esto, si se tiene en cuenta que, luego de su consagración constitucional en 1991 solo fue hasta tres años después que se reglamentó su trámite por parte del Congreso de la República con la Ley 144 de 1994 como un juicio sancionatorio objetivo, y luego de 22 años, el procedimiento evolucionó por exigencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, bajo el entendido de que toda sanción debía atender el principio de culpabilidad, exigiéndose que el análisis del aspecto subjetivo se incluyera para estructurar cualquiera de las causales de pérdida de investidura, lo cual fue incorporado con la Ley 1881 de 2018.

- Brito Ruiz, Fernando. *Pérdida de investidura de los congresistas. Una sanción de naturaleza política*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2004.
- Devis Echandía, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966.
- Fernández Andrade, Vladimir. *La pérdida de investidura: Una visión desde el Ministerio Público*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2020.
- Fierro-Méndez, Heliodoro. *Manual de derecho procesal penal. Parte general. Fase pre-procesal*, 6.ª ed., Bogotá: Leyer Editores, 2018.
- García Amado, Juan Antonio. "Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites". *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008.
- Gechem Sarmiento, Carlos Eduardo. *El Congreso colombiano a partir de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Giacomette Ferrer, Ana Zenobia. *Teoría general de la prueba: Concordada con la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso y soportes jurisprudenciales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- Gómez Castro, Yazmín Andrea. *El principio de presunción de inocencia*. Bogotá: Editorial ABC, 2004.
- Jaramillo Zuleta, León José. *Teoría de la prueba*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2023.
- López Blanco, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal colombiano*, t. I, *Parte general*, 9.ª ed. Bogotá: Dupre Editores, 2005.
- Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002.
- Molina Otero, María Raquel. "El non bis in idem en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia: ¿una garantía, en la práctica, inexistente?". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 32, 2024.
- Molina Otero, María Raquel. *La culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador: construyendo –o de-construyendo– un concepto* (tesis de maestría). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Núñez, Constanza. *Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2017.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel. *Derecho procesal administrativo*, 11.º ed. Medellín: Lijur-sánchez - Editorial Jurídica Sánchez R S.A.S., 2021.

- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*, 17.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Editorial Librería del Profesional, 2009.
- Perna Vanegas, Humberto José. *Cartilla básica de derecho disciplinario*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021.
- Ramírez Ramírez, Jorge Octavio. *Pérdida de investidura de congresistas 1991-2017. Análisis cuantitativo, cualitativo y fichas de análisis jurisprudencial*, vol. I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.
- Rincón Córdoba, Jorge Iván. "Origen, justificación y presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración". En Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (eds.), *El poder sancionador de la Administración pública: Discusión, expansión y construcción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Robledo Silva, Paula, y Diego Felipe Contreras Pantoja. "Descifrando la naturaleza de la pérdida de investidura: Entre el juicio político, disciplinario y el *ius puniendi* con identidad propia". En *Régimen jurídico de los agentes estatales*, t. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024.
- Rodríguez Choncontá, Orlando Alfonso. *La presunción de inocencia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 1995.
- Rodríguez Choncontá, Orlando Alfonso. *Presunción de inocencia, principios universales*, 3.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2015.
- Rojas Gómez, Miguel Enrique. *Teoría del proceso*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Solorzano Garavito, Carlos Roberto. *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*, 5.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2016.
- Suárez Sánchez, Alberto. *El debido proceso penal*, 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Villamil Portilla, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999.