

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: Alberto Yepes Barreiro

Radicado No.: 11001032800020140005700

Radicado interno No.: 20140057

Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle

Demandado: Johana Chaves García – Representante a la Cámara por el departamento de Santander

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales, inicialmente, tuve ocasión de oponerme al proyecto originalmente presentado a la Sala por la Ponente y que dieron lugar al sorteo de conjueces.

Recordemos que en este caso la Sala encontró probada, en cabeza de la demandada, la causal de nulidad de doble militancia toda vez que se inscribió como candidata a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander, con el respaldo del grupo significativo de ciudadanos “*Centro Democrático*”, sin haber renunciado doce meses antes al cargo que ostentaba como directiva nacional del Partido “*Opción Ciudadana*”, pues su renuncia, en efecto, se presentó solo hasta el 17 de octubre de 2013, esto es, 1 mes y 22 días antes de ser inscrita como candidata de otra colectividad, desconociendo así la prohibición del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011.

A mi juicio, y lo digo con todo el respeto, la versión original del proyecto presentado a nuestra consideración le daba plena validez e importancia a

aquellas pruebas que evidencian y acreditan la designación de la demandada como directiva del Partido “Opción Ciudadana”, pero nada decía sobre aquella, obrante a folios 229 y 230 del expediente, contentiva de la manifestación de la demandada en el sentido de jamás haber tenido conocimiento de su nombramiento.

Después de profundas y serias discusiones en Sala, debo reconocer que la segunda versión repartida de la ponencia dejó atrás tales omisiones y valoró, como conjunto, la totalidad de los documentos que conforman el plenario del caso bajo las reglas de la “Sana Crítica”.

Pues bien, hoy en día se lee a folios 18 y 19 de la providencia objeto de aclaración:

*“Las pruebas analizadas que dan cuenta de la pertenencia de Johana Chaves García al Partido Opción Ciudadana, de su escogencia como Directiva, de su inscripción como tal ante la autoridad electoral, de su desafiliación al mismo, de su registro en el Partido Centro Democrático y de su elección como Representante a la Cámara a nombre de tal colectividad, son material suficientemente plausible para concluir en este momento procesal y ante la medida provisoria impetrada, que la demandada incurrió en doble militancia, en contraposición al único material demostrativo que podría desestimar tal convicción, como lo es la solicitud dirigida por la demandada al Presidente del Partido Opción Ciudadana sobre su desconocimiento de la designación como Directiva de la citada agrupación, **circunstancia en la que se advertiría algún cuestionamiento o duda sobre su voluntad de pertenecer a la dirigencia del partido, pero que no tiene la suficiente entidad para deducir lo contrario, habida cuenta que en primer lugar la manifestación sobre el desconocimiento la realiza en los hechos de su petición del 19 de marzo de 2014 elevada ante el Presidente del Partido Opción Ciudadana sin explicar***

satisfactoriamente las razones en que se funda, ni solicitar de manera expresa su exclusión como Directiva, sino intentando enervar el hecho objetivo de su designación, refrendado por el acto administrativo emanado de la autoridad electoral, mediante un pronunciamiento del jefe de la colectividad sobre su inactividad respecto a su postulación para ser elegida en la Convención y sobre la falta de notificación y aceptación de la misma, supuestos o requisitos no exigidos por la ley ni por los estatutos.

Por tanto habiendo valorado las pruebas referenciadas conforme a la sana crítica, sistema consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, las reglas de la lógica y la experiencia, llevan a la persuasión racional, libre de discrecionalidades y arbitrariedades, acerca del conocimiento de la ahora demandada sobre su designación como Directiva del Partido Opción Ciudadana en representación del cual hizo proselitismo como precandidata a la Cámara de Representantes por el Departamento de Santander". (Negritas propias).

Un análisis de ese tipo era el que se imponía efectuar desde un principio. Lo cierto es que el artículo 231 del C.P.A.C.A. establece que la medida cautelar de suspensión provisional debe ser decretada "...cuando [la] violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)", aquella circunstancia implica que el juez de lo contencioso debe efectuar un estudio, un análisis de los argumentos expuestos y **confrontarlos junto con la totalidad de los elementos de prueba arrimados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida**, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C.C.A., en donde la infracción debía ser **manifiesta**.

Lo anterior significa que el juez, al resolver sobre la solicitud de medida cautelar está habilitado para adelantar un juicio previo y de fondo, sobre la legalidad del acto acusado, en el que se debe evaluar, **por un lado**, las razones de la solicitud **y, por otro**, las pruebas aportadas, si las hay. Circunstancia esta que ratifica el entendimiento que el Despacho ha efectuado respecto del artículo 229 del C.P.A.C.A.¹ en cuanto a que una decisión de fondo no implica necesariamente desconocer la prohibición de prejuzgamiento ahí contenida.

Guillermo Cabanellas afirma que no puede hablarse de prejuzgamiento *“cuando la judicatura se pronuncia sobre los escritos que traban la litis. Lo repudiable es la obstinación impermeable a probanzas posteriores y a alegatos con bases más fundadas que la de los escritos iniciales”*².

En ese contexto, entiendo que prejuzgar implica que el fallador anticipe o manifieste fuera de **la oportunidad procesal** su criterio sobre el objeto de litis o alguno de sus extremos. Es decir, se convierte en un pronunciamiento sobre el mérito del asunto **en una etapa procesal** no prevista para el efecto.

La Corte Constitucional ha dicho que *“Ningún pronunciamiento de un juez dentro de un proceso, mediante una providencia judicial, constituye prejuzgamiento, falta*

¹ **Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares.** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se registrarán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

² CABANELLAS GUILLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 2001. Tomo VI. Pág.362

de imparcialidad, y no puede dar lugar a recusación o impedimento, ya que implica el cumplimiento del deber de fallar o proferir decisiones judiciales.”³.

En el caso en estudio, el legislador expresamente advirtió en el artículo 229 que cuando el juez hace el análisis de la medida cautelar que se solicita en la demanda no incurre en un prejuzgamiento, porque entendió que debía habilitar ese momento procesal, previo a la sentencia, para que el funcionario hiciera un primer juicio de legalidad del acto acusado, con fundamento en los argumentos y elementos aportados en la demanda para atender o no la suspensión del acto censurado⁴, sin que ello implique certeza sobre lo que será el resultado final.

El anterior entendimiento respecto del régimen de medidas cautelares del C.P.A.C.A., sustancialmente distinto en comparación con el del anterior código, es el que me lleva a la segunda de mis observaciones: **en casos como en el que nos ocupa, en donde se hace necesario desde sus inicios adoptar una postura de fondo al resolver la solicitud de suspensión provisional, resulta ilustrativo, por decir lo menos, aplicar analógicamente el trámite previsto para el proceso ordinario con el fin de correr traslado, a los sujetos procesales, de la solicitud de la medida cautelar.** Ello, huelga decirlo, contrario a desconocer el derecho fundamental al debido proceso, lo garantiza de una mejor manera.

Es por lo expuesto que el suscrito con toda vehemencia ha venido sosteniendo que, si bien la normativa que rige el procedimiento electoral no prevé que de la mencionada solicitud se deba correr traslado, lo cierto es que

¹⁰Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 2006, entre otras.

⁴ Es importante señalar que uno de los argumentos que en otros ordenamientos no dejó avanzar el entendimiento y real objeto de las medidas cautelares fue asimilar el juicio de legalidad que debe hacer el juez a un prejuzgamiento, sobre el particular autos del Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 1992 y 9 de febrero de 1993.

tampoco lo prohíbe, razón por la cual el suscrito considera, y así ha venido haciéndolo en los Despacho de los que es responsable, que en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción, especialmente de la parte demandada, puede disponerse que previo a decidir sobre la suspensión provisional, se comuniquen los fundamentos de esta solicitud al ciudadano cuyo nombramiento o elección se acusa; a la entidad que expidió el acto demandado, así como también al Ministerio Público, con el fin de que expongan sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada petición.

En los anteriores términos he dejado expuestas las razones que me llevaron, inicialmente, a apartarme de la ponencia presentada a la Sala y que dieron lugar al sorteo de conjueces con el fin de adoptar la providencia admisorio de la demanda y decisiva de la medida precautelar en ella solicitada.

Atentamente,

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado