



NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de designación llamamiento a Ángela María Robledo Gómez como Representante a la Cámara / DOBLE MILITANCIA – Configuración / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Según los actores del proceso acumulado, la congresista demandada incurrió en doble militancia por no haber renunciado a la curul que ocupaba en la Cámara de Representantes, por el Partido Alianza Verde, doce meses antes del primer día de su inscripción como candidata a la Vicepresidencia de la República por la coalición conformada por el Grupo Significativo de Ciudadanos Colombia Humana y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS), en fórmula con el aspirante a la Presidencia, Gustavo Francisco Petro Urrego. (...). [L]a prohibición de doble militancia fue establecida en el artículo 107 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, el cual señaló lo siguiente: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”. En sus incisos finales, la norma también señaló que “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”. El mandato de esta preceptiva incluida en la Carta Política debe entenderse en concordancia con la regulación contenida en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, por la cual fueron adoptadas las reglas de la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos y de los procesos electorales. (...). [E]s incuestionable que la modalidad específica de doble militancia política imputada por los actores a la congresista demandada es aquella correspondiente a los integrantes de las diferentes corporaciones públicas de elección popular. (...). Entonces, es claro que la prohibición es aplicable a quienes aspiren a ser elegidos en las corporaciones públicas y en los demás cargos de elección popular, puesto que las normas constitucional y legal no incluyeron ninguna distinción en esta materia. Adicionalmente, cuando la persona ocupa una curul o desempeña un cargo de elección popular, reitera la Sala que la siguiente elección necesariamente debe entenderse aquella que sigue para las corporaciones públicas y para cualquier cargo de elección popular. Desde este punto de vista, las disposiciones que regulan la doble militancia no incluyeron excepciones en su aplicación, por lo cual no puede concluirse que la siguiente elección sea la que sigue para la corporación pública de la misma naturaleza, como lo expuso la señora agente del Ministerio Público en su intervención. Insiste la Sala en que la prohibición fue establecida expresamente para quienes aspiren a presentarse por otro partido en la siguiente elección, la cual corresponde a cualquiera que haya sido prevista para la misma corporación pública de la cual hace parte el candidato, para otra corporación y para cualquier otro cargo de elección popular. Así, en virtud de las disposiciones constitucional y legal que sustentan la doble militancia, la renuncia a la curul que ocupa el candidato en la corporación pública debe ser presentada con doce meses de antelación al primer día de inscripciones para la dignidad a la cual aspire en cualquiera de las corporaciones públicas y cargos de elección popular. (...). Considera la Sala que al tener la condición de representante a la Cámara por el Partido Alianza Verde, la señora Robledo Gómez tenía que renunciar a la curul que ocupaba en la citada corporación pública, con doce meses de antelación, si aspiraba a la Vicepresidencia de la República por una agrupación política distinta de aquella en la cual militaba. Al no haberlo hecho, como está demostrado en el proceso, concluye la Sala que la congresista demandada estaba incurso en la prohibición de doble militancia política prevista en los artículos 107 de la Constitución y 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011.



REPRESENTANTE A LA CÁMARA – Acceso al cargo por derecho personal / DERECHO PERSONAL – No constituye excepción al régimen de la doble militancia

[N]o desconoce la Sala que la señora Robledo Gómez llegó a la Cámara de Representantes en virtud del mecanismo establecido en el Acto Legislativo 2 de 2015, que adicionó el artículo 112 de la Constitución. (...). Por mandato de la disposición constitucional surge el derecho personal que tienen los aspirantes que sigan en votos a quienes sean elegidos presidente y vicepresidente de la República de acceder al Congreso de la República para el respectivo periodo. (...). Se trata de una figura nueva en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación queda materializada en la designación como congresista de quien adquiere el derecho personal de ocupar la curul en las cámaras, como ocurrió mediante la Resolución 1595 de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral. (...). Este derecho propio de carácter personal reconocido por los artículos 112 de la Carta Política y 24 de la Ley 1909 de 2018 fue el que llevó al Consejo Nacional Electoral a declarar-llamar, mediante el acto acusado, que la señora Robledo Gómez tenía el derecho a ocupar la curul en la Cámara de Representantes para el periodo 2018-2022. Sin embargo, advierte la Sala que el derecho personal que tiene el candidato en virtud de dicho mecanismo no puede tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, dado que las normas constitucional y legal no establecieron ninguna limitación en este sentido. Al regular esta prohibición, las respectivas disposiciones fueron claras al señalar que quien decida presentarse a la siguiente elección, en este caso para la escogencia de presidente y vicepresidente, deberá renunciar a la curul que ocupa en la corporación pública al menos doce meses antes del primer día de inscripciones. Como la señora Robledo Gómez ocupaba el cargo en la Cámara de Representantes por el Partido Alianza Verde, la elección siguiente era aquella convocada para elegir al presidente y vicepresidente de la República. (...). La decisión que debe adoptar la autoridad electoral con base en el mecanismo especial contemplado en la Constitución y en el Estatuto de la Oposición Política no puede estar desligada de las circunstancias particulares del candidato, como ocurrió en este caso en el que la actuación de la señora Robledo Gómez estructuró la doble militancia e incluso tenía la condición de representante a la Cámara cuando oficializó su inscripción al cargo de vicepresidenta por la coalición política diferente. En este sentido, el acto de inscripción de la candidatura que fue viciado por el hecho de no haberse presentado la renuncia a la curul en la corporación pública con doce meses de antelación, como lo exigen la Constitución y la Ley, afectó el acto mediante el cual el Consejo Nacional Electoral llevó a cabo la designación-llamamiento de quien tenía el derecho personal de ocupar el escaño en la Cámara en aplicación del mandato constitucional.

NOTA DE RELATORÍA: Se advierte que la presente providencia se profiere en cumplimiento a lo ordenado en fallo de tutela del 10 de marzo de 2020, proferido dentro del expediente 11001-03-15-000-2019-03079-01, adelantado en la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado siendo ponente el magistrado. William Hernández Gómez, en reemplazo de la sentencia dictada por la Sala el 25 de abril de 2019. En cuanto a la demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 8 del artículo 275 del CPACA, alusivo a la doble militancia, ver: Corte Constitucional, sentencia C-334 del 4 de junio de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo. Con respecto a los alcances de la prohibición de doble militancia en lo que corresponde a su ámbito de aplicación en materia de elecciones y de cargos públicos de elección popular, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 6 de octubre de 2016, radicación 05001-23-33-000-2015-02592-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.





FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 107 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 / LEY ESTATUTARIA 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 2 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 275 NUMERAL 8 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 24

NULIDAD ELECTORAL – Se niegan pretensiones / JURISPRUDENCIA ANUNCIADA – Aplicación de la prohibición de doble militancia

[C]omo lo expuso la Sección Segunda, Subsección B de esta corporación en la sentencia de tutela de marzo diez del año en curso, que amparó el derecho de la oposición política a la señora Robledo Gómez, frente a la situación que involucra esta controversia “[...] no existe un precedente judicial pacífico, estable y claro alrededor de los artículos 107 y 112 de la Carta Política, porque, precisamente, son las primeras elecciones presidenciales y vicepresidenciales a las que se aplica el Acto Legislativo 02 de 2015”. En consecuencia, por tratarse del primer caso, el criterio expuesto en esta providencia sobre los alcances de la prohibición no será aplicado a la situación particular de la señora Robledo Gómez en cumplimiento de la orden dada en la citada decisión judicial, razón por la cual serán negadas las pretensiones de la demanda. Así, la interpretación que reitera la Sala en esta oportunidad acerca de la doble militancia en las circunstancias descritas en esta sentencia será tomada en cuenta a partir de las elecciones para presidente y vicepresidente de la República previstas para el año 2022.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., dos (2) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00074-00

Actor: JUAN CARLOS CALDERÓN ESPAÑA Y OTROS

Demandado: ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ - REPRESENTANTE A LA CÁMARA, PERIODO 2018-2022

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Doble militancia política – Jurisprudencia anunciada sobre aplicación de la prohibición

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

En cumplimiento del fallo de tutela dictado el diez de marzo del año en curso por la



Sección Segunda, Subsección B, de esta corporación¹, procede la Sala a dictar la nueva sentencia para decidir, en única instancia, las demandas del proceso acumulado presentadas contra el acto que declaró a la señora Ángela María Robledo Gómez representante a la Cámara para el periodo constitucional 2018-2022.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los señores Juan Carlos Calderón España, Fabián Esteban Cano Álvarez y Martín Emilio Cardona Mendoza presentaron demandas en las cuales solicitaron la nulidad de la Resolución 1595 de julio 19 de 2018, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral declaró que la ciudadana Ángela María Robledo Gómez tiene el derecho personal a ocupar una curul en la Cámara de Representantes durante el periodo constitucional 2018-2022 y en consecuencia ordenó la expedición de la respectiva credencial.

2. Hechos

Según lo expuesto en las demandas del proceso acumulado pueden resumirse así:

La señora Robledo Gómez era reconocida militante del Partido Alianza Verde y en nombre de dicha colectividad fue elegida representante a la Cámara en las elecciones celebradas el nueve de marzo de 2014, para el periodo constitucional 2014-2018.

En escrito de marzo 16 de 2018 y radicado posteriormente el 20 del mismo mes y año, la dirigente política renunció a su curul en la Cámara, como consta en la Resolución 0560 de marzo 20 de 2018, expedida por el presidente de la corporación, que declaró la falta absoluta.

El mismo 16 de marzo de 2018, la señora Robledo Gómez se inscribió como candidata a la vicepresidencia de la República por el Movimiento Colombia Humana, como fórmula que acompañó al aspirante a la presidencia Gustavo Francisco Petro Urrego.

La candidatura de la dirigente política a la vicepresidencia de la República fue impugnada el 19 de marzo de 2018, sin que el Consejo Nacional Electoral haya resuelto sobre el particular.

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de marzo diez de 2002, expediente 11001-03-15-000-2019-03079-01, M.P. William Hernández Gómez.



En las elecciones llevadas a cabo el 17 de junio de 2018 en segunda vuelta, el candidato Iván Duque resultó elegido presidente de la República y la señora Marta Lucía Ramírez vicepresidenta, por lo cual el aspirante Petro y la señora Robledo Gómez obtuvieron el derecho a ocupar las curules en el Senado y la Cámara, respectivamente, por haber ocupado el segundo lugar en la votación según lo dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2015.

El 20 de julio de 2018, la demandada tomó posesión en virtud del acto acusado.

3. Normas violadas y concepto de la violación

3.1. Expediente 11001-03-28-000-2018-00074-00

El actor invocó la causal de anulación prevista en el numeral 8º del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, particularmente sus incisos primero y segundo, ya que no renunció al Partido Alianza Verde doce meses antes del primer día de la inscripción como candidata y fórmula vicepresidencial del aspirante Gustavo Petro por el Movimiento Colombia Humana.

3.2. Expediente 11001-03-28-000-2018-00076-00

El demandante estimó que el acto acusado desconoció el inciso 2º del artículo 107 de la Constitución, el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 en su inciso tercero y el numeral 8º del artículo 275 del CPACA.

Advirtió que la señora Robledo Gómez debió haber renunciado al Partido Alianza Verde al menos desde el 26 de enero de 2017 y resaltó que la parte final del artículo 107 de la Carta Política no hace referencia a la siguiente elección a una corporación pública sino a cualquier otra que subsiga en esta materia.

Subrayó que la demandada comprometió su palabra como fórmula presidencial sin haber renunciado a su curul partidista, puesto que se inscribió el 16 de marzo de 2018 y el 20 del mismo mes y año renunció a la Cámara por el Partido Alianza Verde.

Señaló que la señora Robledo Gómez no tenía la calidad para aspirar por otro partido a la Vicepresidencia, dado que desde la inscripción estaba incurso en doble militancia porque hasta el 20 de marzo de 2018 era representante a la Cámara por Bogotá, por lo cual debía renunciar doce meses antes del primer día de inscripciones.

Enfatizó que en este caso no existen razones para alegar en favor de la demandada una subregla especial respecto de las candidaturas presidenciales y sus fórmulas.

3.3. Expediente 11001-03-28-000-2018-00131-00





El actor también consideró violados el artículo 107 de la Constitución y el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 e invocó la causal de anulación establecida en el numeral 8 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Aseguró que para aspirar al cargo de vicepresidente por el movimiento Colombia Humana, la señora Robledo Gómez debió haber renunciado el 26 de enero de 2017 al Partido Alianza Verde.

Reiteró que el artículo 107 del Estatuto Fundamental no menciona que sea a la siguiente elección de una corporación pública, por lo cual puede colegirse que es para cualquier otra elección que siga.

Sostuvo que la demandada sobrepasó el límite temporal de las inhabilidades debido a que aceptó y se inscribió el 16 de marzo de 2018 como candidata a la Vicepresidencia por el movimiento Colombia Humana, mientras la renuncia solo tuvo lugar el 20 de marzo siguiente.

Concluyó que la dirigente política evadió la responsabilidad social que tiene ante sus electores y copartidarios, al presentar renuncia al cargo antes de la culminación de su periodo e inscribirse por un movimiento diferente a su propia colectividad.

4. Admisión de las demandas

Mediante auto de agosto trece de 2018 fue admitida la demanda correspondiente al expediente 11001-03-28-000-2018-00074-00, actor Juan Carlos Calderón España (ff. 30 a 32 cdno ppal).

A través de providencia de agosto 30 del mismo año fue admitida la demanda radicada con el número 11001-03-28-000-2018-00076-00, actor Martín Emilio Cardona Mendoza. Además, fue negada la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (ff. 101 a 108 cdno 1).

Por auto de octubre cuatro de 2018 fue admitida la demanda que corresponde al expediente 11001-03-28-000-2018-00131, actor Fabián Esteban Cano Álvarez, en el cual, además, también fue negada la medida cautelar solicitada por el actor (ff. 45 a 52 cdno 1).

Mediante providencia de diciembre once de 2018 fue decretada la acumulación de los procesos, cuyo trámite correspondió a quien funge como ponente en este asunto. (ff. 101 a 104 cdno ppal).

5. Contestación de la demanda

5.1. Consejo Nacional Electoral

Por conducto de apoderado judicial, manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que al expedir la Resolución 1595 de 2018, acusada

por los actores en este proceso, la corporación actuó de acuerdo con la Constitución y la ley.

Hizo énfasis en la autonomía e independencia que la Carta le reconoció al Consejo Nacional Electoral, reiteró la competencia que tiene el organismo para revocar la inscripción de los candidatos por inhabilidades y señaló que en este caso la solicitud relacionada con la señora Robledo Gómez fue resuelta mediante la Resolución 2347 de 2018, que declaró la carencia actual de objeto por hecho superado puesto que las elecciones de Senado y Cámara fue anterior a la expedición de dicho acto.

5.2. Ángela María Robledo Gómez

Por intermedio de apoderado, recordó que la jurisprudencia y la doctrina tienen reconocido que las normas que establecen las inhabilidades son de interpretación restringida, por lo cual no son susceptibles de interpretación analógica ni por extensión.

Precisó que en coincidencia con lo expuesto por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado sostuvo que una característica notable de las inhabilidades es que tienen reserva legal de naturaleza estatutaria, pues restringen los derechos políticos².

Advirtió que “[...] la Constitución establece de manera expresa y taxativa las inhabilidades para ser elegido Presidente y Vicepresidente de la República (artículo 197) y para la elección de congresistas (artículo 179)” y manifestó que las citadas “[...] disposiciones constitucionales no autorizan al legislador para crear inhabilidades adicionales, por lo que las causales [...], en los casos mencionados, forman en la Carta una lista taxativa y cerrada, que únicamente puede ser modificada o adicionada mediante un acto reformativo de la propia Constitución”.

Enfatizó que las inhabilidades para presidente y vicepresidente de la República son estrictamente constitucionales y destacó que el cargo de congresista no figura en la lista de altos funcionarios que, según el artículo 197 de la Carta, deban retirarse un año antes de la elección para aspirar a aquellos cargos.

Destacó que la señora Robledo Gómez no fue elegida representante a la Cámara sino declarada titular de la curul mediante la aplicación de una disposición constitucional especial, como es el artículo 112 de la Carta, que le asigna ese derecho personal por haber obtenido la segunda votación en las elecciones presidenciales en las que fue candidata a la Vicepresidencia.

² Sobre el carácter restrictivo de la interpretación de las inhabilidades y la reserva legal, el apoderado de la demandada citó, entre otras, las sentencias C-147 de 1998, C-767 de 1998 y C-903 de 2008 de la Corte Constitucional y la sentencia de diciembre once de 2015 dictada por la Sección Primera de esta corporación, expediente 25000-23-36-000-2014-01609 (PI), respectivamente.

Consideró que “[...] si bien aplicaría a la elección de Presidente y Vicepresidente el señalamiento de doble militancia, esta no tendría la connotación de una inhabilidad, en tanto no se modifique la Constitución para que, en relación con estos cargos, la doble militancia implique una inhabilidad adicional a las previstas en el artículo 17 (sic)”.

Resaltó que la señora Robledo Gómez no fue inscrita para aspirar a la Cámara de Representantes sino como fórmula a la Vicepresidencia de la República, por lo cual a su inscripción son aplicables únicamente las reglas sobre inhabilidades establecidas para participar en esta elección, que son exclusivamente de rango constitucional.

Concluyó que la expedición de la Resolución 1595 de 2018 demandada en este proceso, por parte del Consejo Nacional Electoral, fue hecha en virtud de una norma constitucionalmente establecida como componente importante del Estatuto de la Oposición, adoptado recientemente mediante la Ley Estatutaria 1909 de 2018.

5.3. Registraduría Nacional del Estado Civil

Mediante apoderado judicial, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva y carencia de interés para comparecer como tercero en este proceso por no tener función constitucional ni legal relacionada con la declaración de elección del cargo unipersonal de elección popular, ni en la revisión de inhabilidades de los candidatos inscritos en los diferentes certámenes electorales, por lo cual no asumió posición frente a las pretensiones de la demanda.

6. Intervención de terceros

En el trámite del expediente 11001-03-28-000-2018-00076-00, el señor Juan Esteban Galeano Sánchez y la señora María José Deluque Pérez radicarón escritos en los cuales coadyuvaron la demanda del actor Martín Emilio Cardona Mendoza (ff. 113 a 116 y 240 a 245 cdno 1).

7. Audiencias del proceso

El primero de febrero del presente año fue celebrada la audiencia inicial en la cual el magistrado conductor del proceso rechazó de plano la nueva solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, hecha por dos de los actores y la coadyuvante (ff. 150 a 152 cdno ppal).

Encontró que no había aspectos por sanear y declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Registraduría Nacional, ya que las demandas que integran el proceso acumulado contra la designación de la señora Robledo Gómez, como representante a la Cámara, están sustentadas en una causal subjetiva de anulación, como es la posible inhabilidad originada por la supuesta doble militancia, lo cual hace que no sea necesaria la intervención de dicho organismo.

Seguidamente, el litigio fue fijado en los siguientes términos:

“[...] la controversia en este proceso estará circunscrita a determinar lo siguiente: Si el acto de designación de la señora Robledo Gómez como representante a la Cámara, contenido en la Resolución 1595 de julio 19 de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral, es nulo porque la demandada presuntamente incurrió en la prohibición de doble militancia [...]”.

Además, resolvió sobre las diferentes pruebas, dispuso tener como tales aquellas aportadas por las partes con la demanda, la contestación y los escritos de los coadyuvantes y decidió acerca de las que fueron solicitadas por las mismas partes.

Posteriormente, el 18 de febrero del año en curso fue llevada a cabo la audiencia de pruebas en la cual ordenó tener como elementos de juicio los documentos aportados por la directora administrativa del Partido Alianza Verde, prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarla innecesaria y ordenó el traslado para alegatos finales.

8. Alegatos de conclusión

8.1. Juan Carlos Calderón España

Consideró que está demostrado que la demandada incurrió en la prohibición establecida en el artículo 107 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, al inscribirse como candidata vicepresidencial por el Movimiento Colombia Humana y posesionarse como representante a la Cámara, sin haber superado el término de doce meses fijado en las normas vigentes para ser elegida por un partido diferente al que perteneció.

8.2. Martín Emilio Cardona Mendoza

Reiteró que según los artículos 107 de la Carta, 2º de la Ley 1475 de 2011 y 275-8 de la Ley 1437 de 2011, para aspirar válidamente como fórmula vicepresidencial la señora Robledo Gómez debió renunciar al partido y a la curul que ostentaba por lo menos el 26 de enero de 2017, es decir un año antes del primer día de inscripciones.

8.3. Consejo Nacional Electoral

Insistió en que las elecciones para Senado y Cámara fueron llevadas a cabo el once de marzo de 2018, por lo cual la expedición del acto acusado fue anterior a la Resolución 2347 de 2018 mediante la cual la corporación declaró la carencia actual de objeto al resolver la solicitud de revocatoria de la inscripción de la demandada.

8.4. Ángela María Robledo Gómez

Su apoderado resaltó nuevamente el carácter restrictivo que tiene la interpretación de las inhabilidades, la naturaleza estrictamente constitucional de las inhabilidades para aspirar a Presidente y Vicepresidente de la República, la imposibilidad de crear por la vía legal nuevas prohibiciones de este tipo para tales cargos y el hecho de que el acto demandado no fue resultado del escrutinio de una votación procurada en virtud de la elección sino obtenido como derecho personal para acceder a la Cámara de Representantes por mandato del artículo 112 de la Constitución.

8.5. Fabián Esteban Cano Álvarez

Estimó que el artículo 107 de la Constitución contiene las inhabilidades aplicables al caso de la señora Robledo Gómez, agregó que la inscripción como candidata a la Vicepresidencia es manifiestamente contraria al régimen establecido en el numeral 8º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 y subrayó que en el evento de no ser revocado (sic) el acto acusado, las inhabilidades previstas en la Ley 1475 quedarían sin fuerza para disciplinar la actuación de los miembros de los partidos políticos.

9. Concepto del Ministerio Público

Luego de advertir que la designación de la señora Robledo Gómez como representante a la Cámara fue hecha en virtud de los derechos que el Estado reconoció a la oposición, la procuradora séptima delegada ante el Consejo de Estado solicitó negar las pretensiones de la demanda por considerar que a la dirigente política no podía exigírsele que renunciara con doce meses de antelación a su curul que ocupaba en la citada corporación legislativa, puesto que la elección siguiente a que se refieren las normas sobre doble militancia es la que sigue a aquella en la cual participó el candidato y además no se presentó para las elecciones al Congreso de la República llevadas a cabo en marzo de 2018 sino como parte de la fórmula presidencial, a un cargo de carácter uninominal, lo cual descarta la alegada doble militancia.

II. CONSIDERACIONES

1. La sentencia de tutela

Inicialmente, en sentencia de abril 25 de 2019 la Sección Quinta declaró la nulidad de la Resolución 1595 de 2018, expedida por el Consejo Nacional Electoral, al concluir que la señora Robledo Gómez estaba incurso en doble militancia política por no haber renunciado a la curul que ocupaba en la Cámara de Representantes, por el Partido Alianza Verde, doce meses antes del primer día de inscripción de su candidatura a la Vicepresidencia de la República por la coalición integrada por el Grupo Significativo de Ciudadanos Colombia Humana y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS).



En fallo de tutela de segunda instancia de marzo diez del año en curso, la Sección Segunda, Subsección B, de esta corporación amparó el derecho a la oposición política de la señora Robledo Gómez y ordenó a la Sala emitir nueva decisión bajo los argumentos expresados en dicha sentencia en lo relativo a la consagración del derecho fundamental autónomo a la oposición y su correspondiente limitación a la interpretación extensiva de la doble militancia como causal de inelegibilidad para los cargos de presidente y vicepresidente de la República y señaló, además, que de persistir la decisión de aplicar a estos casos el artículo 107 de la Constitución, le corresponde estudiar la figura de la jurisprudencia anunciada pero sin aplicarla a la elección (sic) de la señora Robledo Gómez.

2. Competencia

La Sección Quinta es competente para resolver la demanda en única instancia, según lo dispuesto en el artículo 149 numeral 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el artículo 13-4 del Acuerdo 58 de 1999, que contiene el reglamento del Consejo de Estado.

3. Acto demandado

Corresponde a la Resolución 1595 de julio 19 de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral, que declaró el derecho personal que tiene la señora Robledo Gómez a ocupar la curul, en la Cámara de Representantes, en los siguientes términos:

“RESOLUCIÓN No. 1595 DE 2018 (19 de Julio)

Por medio de la cual se declara que la ciudadana ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 24.313.244 tiene el derecho personal a ocupar una curul en la Cámara de Representantes del Congreso de la República durante el período constitucional 2018-2022 y se ordena la expedición de la respectiva credencial.

EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el artículo 265, numeral 8º de la Constitución Política, teniendo en cuenta los (sic) previsto en el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018, así como las siguientes:

CONSIDERACIONES

Que el 17 de junio de 2018 se llevó a cabo la votación de la segunda vuelta para la elección de Presidencia y Vicepresidencia de la República para el periodo constitucional 2018-2022.



Que a las 4:00 p.m. del día 17 de junio del año en curso, previa convocatoria, el Consejo Nacional Electoral dio inicio en audiencia pública al escrutinio de las votaciones efectuadas en la fecha señalada, la que se desarrolló durante varias jornadas.

Que una vez concluidos los escrutinios correspondientes, mediante Resolución No. 1453 del 21 de junio de 2018, este organismo declaró la elección de IVÁN DUQUE MARQUEZ y MARTHA LUCÍA RAMÍREZ, como Presidente y Vicepresidenta de la República, periodo 2018-2022.

Que de conformidad con los resultados de la mencionada resolución No. 1453 del 21 de junio de 2018, se concluye ineludiblemente, que la formula inscrita por la COALICIÓN PETRO PRESIDENTE, integrada por el ciudadano GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, candidato a la Presidencia y la Ciudadana ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ, candidata a la Vicepresidenta (sic), le siguió en votación a los ciudadanos declarados Presidente y Vicepresidenta de la República.

Que la Constitución Política en su artículo 265, numeral 8º, le otorga la competencia al Consejo Nacional Electoral para “efectuar el escrutinio general de toda votación nacional hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar”, en consecuencia, es la autoridad competente para declarar la elección de presidente de la República, así como de los efectos de la misma en relación con el estatuto de la Oposición.

Que el artículo 112 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, al prever lo pertinente a los derechos de la oposición dispuso lo siguiente:

“El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente [...] tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado [...] durante el período de la correspondiente corporación.

Las curules así asignadas en el Senado de la República [...] serán adicionales a las previstas en los artículos 171 [...]. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones.

En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263”.

A su vez, el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018, reiteró:

“Artículo 24. Curules en Senado y Cámara de Representantes. Los candidatos que sigan en votación a quienes la autoridad electoral declare elegidos Presidente y Vicepresidente de la República, tendrán el derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en el Senado de la República y



otra en la Cámara de Representantes, durante el periodo de estas corporaciones, e integrarán las comisiones primeras constitucionales de las respectivas cámaras. Terminados los escrutinios electorales, la autoridad electoral les expedirá las respectivas credenciales.

Quienes resultaren elegidos mediante esta fórmula, serán miembros adicionales de las actuales comisiones constitucionales y permanentes del senado de la república y de la Cámara de Representantes y, con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 6º de esta ley y harán parte de la bancada de la misma organización política”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Nacional Electoral,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: DECLÁRASE que la ciudadana **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 24.313.244 tiene el derecho personal a ocupar una curul en la Cámara de Representantes del Congreso de la República durante el período constitucional 2018-2022. En Consecuencia, **EXPÍDASE** la correspondiente credencial.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese en estrados la determinación adoptada en la presente Resolución contra la cual no procede recurso alguno.

ARTÍCULO TERCERO: Comuníquese por Subsecretaría la presente resolución al Presidente del Consejo de Estado, al Ministro del Interior, al Presidente del Congreso de la República y al registrador Nacional del Estado Civil.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE

Dado en Bogotá D.C. a los diecinueve (19) días del mes de julio de dos mil dieciocho (2018)”. (Siguen firmas de los integrantes del Consejo Nacional Electoral). (Mayúsculas y negrillas del texto original).

4. Problema jurídico

Con fundamento en la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial celebrada el primero de febrero del año en curso, corresponde a esta corporación decidir lo siguiente:

Si el acto de designación-llamamiento de la señora Robledo Gómez como representante a la Cámara, contenido en la Resolución 1595 de julio 19 de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral, es nulo porque la demandada presuntamente incurrió en la prohibición de doble militancia.

5. Análisis del caso concreto

Según los actores del proceso acumulado, la congresista demandada incurrió en doble militancia por no haber renunciado a la curul que ocupaba en la Cámara de Representantes, por el Partido Alianza Verde, doce meses antes del primer día de su inscripción como candidata a la Vicepresidencia de la República por la coalición conformada por el Grupo Significativo de Ciudadanos Colombia Humana y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS), en fórmula con el aspirante a la Presidencia, Gustavo Francisco Petro Urrego.

Este cargo que sustenta las demandas está basado en la presunta violación de la prohibición de doble militancia política prevista en los artículos 107 de la Constitución, 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 y como causal de nulidad en el numeral 8º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011³.

Sobre el particular, recuerda la Sala que la prohibición de doble militancia fue establecida en el artículo 107 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, el cual señaló lo siguiente: *“En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”*.

En sus incisos finales, la norma también señaló que *“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”*.

³ Según el criterio adoptado por esta corporación en la sentencia de septiembre veintinueve (29) de 2016 dentro del expediente radicado 73001-23-33-000-2015-00806-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro, reiterado en posteriores providencias, existen cinco modalidades de doble militancia política así:

i) Los ciudadanos: *“En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político.”* (Inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).

ii) Quienes participen en consultas: *“Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.”* (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política)

iii) Miembros de una corporación pública: *“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”* (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: *“Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”* (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

v) Directivos de organizaciones políticas: *“Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos”* (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)”.

El mandato de esta preceptiva incluida en la Carta Política debe entenderse en concordancia con la regulación contenida en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, por la cual fueron adoptadas las reglas de la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos y de los procesos electorales, cuyo artículo 2º dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

*Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y **si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.***

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción [...]”. (Negritas fuera del texto).

Posteriormente, la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual fue expedido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, indicó en el artículo 275 lo siguiente:

“Artículo 275. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

[...]

8. *Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política [...]”.*

En la sentencia C-334 de 2014 que acogió la demanda de inconstitucionalidad parcial contra esta disposición, la Corte Constitucional concluyó que para la aplicación de esta prohibición “[...] *son relevantes dos hipótesis de doble militancia, las que corresponden a los candidatos y a los directivos de los partidos o movimientos políticos que se inscriban como candidatos. En ambas hipótesis se incurre en doble militancia con anterioridad a las elecciones y no en las elecciones o al momento de las elecciones. Por lo tanto, es evidente que el candidato no puede incurrir en doble militancia en el momento de la elección, sino antes, ni incurre en doble militancia al momento de la elección, sino dentro del proceso electoral en el que dicha elección tiene lugar, específicamente al momento de la inscripción [...]”.* (Negrillas fuera del texto).

5.1. La situación de la demandada y la doble militancia

Frente a la situación de la demandada, el grupo de actores consideró que no podía ser representante a la Cámara en virtud de la prohibición establecida en el último inciso del artículo 107 de la Constitución, según el cual **“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”.** (Negrillas fuera del texto).

Agregó que dicha restricción para el acceso al cargo también fue contemplada en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, el cual dispuso que **“Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”.** (Negrillas fuera del texto).

Desde este punto de vista, es incuestionable que la modalidad específica de doble militancia política imputada por los actores a la congresista demandada es aquella correspondiente a los integrantes de las diferentes corporaciones públicas de elección popular.

Observa la Sala que en el expediente consta que en los comicios llevados a cabo el nueve de marzo de 2014, la señora Robledo Gómez resultó elegida representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Bogotá para el periodo constitucional 2014-2018, luego de ser inscrita y avalada por el Partido Alianza Verde (ff. 152, 153 y 155 a 169 cdno 1 expediente 11001-03-28-000-2018-00076-00).

Según los documentos remitidos por la directora administrativa de la citada colectividad política en desarrollo del debate probatorio, está demostrado que el



16 de marzo de 2018 la dirigente política renunció a su militancia en el Partido Alianza Verde (f. 157 cdno ppal).

En la copia de la certificación expedida por el secretario general de la misma agrupación política, aparece consignado expresamente que la renuncia le fue aceptada y que “[...] a partir de la fecha 16 de marzo de 2018, la señora ANGELA MARÍA ROBLEDÓ, se encuentra desafiliada de ésta (sic) colectividad”. (f. 158 cdno ppal). (Mayúsculas del texto original).

El mismo 16 de marzo de 2018, la señora Robledo Gómez inscribió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil su candidatura a la Vicepresidencia de la República como fórmula del aspirante a la Presidencia Gustavo Francisco Petro Urrego, por la coalición Petro Presidente integrada por el Grupo Significativo de Ciudadanos Colombia Humana y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS) (f. 205 cdno 2 expediente 11001-03-28-000-2018-00076-00).

Posteriormente, mediante escrito dirigido a la mesa directiva, el 20 de marzo de 2018 renunció a la condición de representante a la Cámara que ostentaba en representación del Partido Alianza Verde, por lo cual fue declarada la respectiva falta absoluta (ff. 5 expediente 11001-03-28-000-2018-00131-00 y 127 y 128 cdno 1 expediente 11001-03-28-000-2018-00076-00).

Advierte la Sala que al regular la prohibición de doble militancia, el artículo 107 de la Constitución dispuso expresamente que quien siendo miembro de una corporación pública y decida presentarse a la siguiente elección por un partido distinto, deberá renunciar al menos doce meses antes del primer día de inscripciones.

Este mandato fue reproducido en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, cuyo artículo 2º estableció la obligación que tienen los integrantes de esas corporaciones de renunciar a la curul dentro del mismo lapso, cuando vayan a presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político diferente.

En sentencia de octubre seis de 2016, la Sección Quinta adoptó un criterio que ahora reitera sobre los alcances de la prohibición de doble militancia en lo que corresponde a su ámbito de aplicación en materia de elecciones y de cargos públicos de elección popular⁴.

En aquella oportunidad, la corporación precisó lo siguiente:

***“Advierte la Sala que la regulación establecida en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, en materia de doble militancia política, está dirigida especialmente a quienes aspiren a ser elegidos en los cargos de elección popular y en las corporaciones públicas y a quienes ya fueron elegidos y ostentan la investidura en dichas modalidades.*”**

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de octubre seis (6) de 2016, expediente 05001-23-33-000-2015-02592-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Respecto de quienes resultaron elegidos en las corporaciones públicas, conserven la investidura y luego decidan presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político diferente al cual representan, la norma señaló que **deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones al nuevo debate electoral.**

A partir de este marco específico, **considera la Sala que la siguiente elección prevista en la norma, para efectos de la prohibición legal, está referida a los comicios fijados por la ley para la elección de los miembros de las corporaciones públicas y los diferentes cargos de elección popular.** (Negrillas fuera del texto).

[...].”

Entonces, es claro que la prohibición es aplicable a quienes aspiren a ser elegidos en las corporaciones públicas y en los demás cargos de elección popular, puesto que las normas constitucional y legal no incluyeron ninguna distinción en esta materia.

Adicionalmente, cuando la persona ocupa una curul o desempeña un cargo de elección popular, reitera la Sala que la *siguiente elección* necesariamente debe entenderse aquella que sigue para las corporaciones públicas y para cualquier cargo de elección popular.

Desde este punto de vista, las disposiciones que regulan la doble militancia no incluyeron excepciones en su aplicación, por lo cual no puede concluirse que la *siguiente elección* sea la que sigue para la corporación pública de la misma naturaleza, como lo expuso la señora agente del Ministerio Público en su intervención.

Insiste la Sala en que la prohibición fue establecida expresamente para quienes aspiren a presentarse por otro partido en la *siguiente elección*, la cual corresponde a cualquiera que haya sido prevista para la misma corporación pública de la cual hace parte el candidato, para otra corporación y para cualquier otro cargo de elección popular.

Así, en virtud de las disposiciones constitucional y legal que sustentan la doble militancia, la renuncia a la curul que ocupa el candidato en la corporación pública debe ser presentada con doce meses de antelación al primer día de inscripciones para la dignidad a la cual aspire en cualquiera de las corporaciones públicas y cargos de elección popular.

En este caso, está probado que en la misma fecha en que renunció a su militancia en el Partido Alianza Verde por el cual fue elegida representante a la Cámara para el periodo 2014-2018, la congresista demandada formalizó ante la Registraduría Nacional su aspiración a la Vicepresidencia de la República en nombre de la coalición formada por dos agrupaciones políticas diferentes de aquella colectividad



a la cual pertenecía.

También que en la fecha en que fue inscrita como candidata a dicho cargo por la coalición Petro Presidente integrada por el Grupo Significativo de Ciudadanos Colombia Humana y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS), la demandada todavía era representante a la Cámara, elegida por el Partido Alianza Verde, ya que la renuncia a la condición de congresista en dicha corporación fue radicada y aprobada el veinte de marzo de 2018.

Significa lo anterior, que la señora Robledo Gómez no renunció a la curul que ocupaba en la Cámara de Representantes en los doce meses anteriores al primer día de inscripciones para el cargo de vicepresidente de la República, en la fórmula con el candidato Petro Urrego, como lo enfatizaron los actores de este proceso acumulado.

Al oponerse a este cargo, la parte demandada en la contestación hizo particular énfasis en el principio de taxatividad que rige en materia de inhabilidades para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República a partir del artículo 197 de la Carta Política.

Es necesario precisar que la controversia en este proceso no está relacionada con la estructuración de posibles inhabilidades constitucionales para la aspiración a la Vicepresidencia de la República, ya que la discusión radica en la doble militancia originada por el hecho de no renunciar a la Cámara en el lapso previsto para tales efectos.

Subraya la Sala que la existencia de dicho régimen de inhabilidades no excluye la vigencia de la doble militancia para tales cargos, como lo admitió esta corporación en sentencia de noviembre 12 de 2015 al asumir el estudio de la aplicación de dicha figura respecto de la elección de esos altos dignatarios del Estado⁵, por lo cual la aplicación de la prohibición no es nueva para los aspirantes a la Presidencia y en este caso para la Vicepresidencia de la República.

La posibilidad de configuración de doble militancia en los casos de los aspirantes a Presidente y Vicepresidente de la República obedece precisamente a que se trata de una prohibición con efectos generales para cualquier cargo de elección popular, según los alcances fijados en los artículos 107 de la Carta y 2º de la Ley 1475 de 2011.

Considera la Sala que al tener la condición de representante a la Cámara por el Partido Alianza Verde, la señora Robledo Gómez tenía que renunciar a la curul que ocupaba en la citada corporación pública, con doce meses de antelación, si aspiraba a la Vicepresidencia de la República por una agrupación política distinta de aquella en la cual militaba.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de noviembre 12 de 2015, expediente 11001-03-28-000-2014-00088-00 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Al no haberlo hecho, como está demostrado en el proceso, concluye la Sala que la congresista demandada estaba incurso en la prohibición de doble militancia política prevista en los artículos 107 de la Constitución y 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011.

Como la doble militancia queda materializada en el momento de la inscripción, según lo reconoció la Corte en la sentencia C-334 de 2014 ya citada, al no ser la señora Robledo Gómez elegible como fórmula vicepresidencial, tampoco tenía derecho a ser acreedora de la prerrogativa de ocupar el segundo lugar en los comicios para presidente y vicepresidente de la República dado que en dicho certamen electoral fueron desconocidas las reglas de la doble militancia política, lo cual hace que el acto acusado haya sido expedido con inobservancia no solo de la ley sino de la Constitución, cuyo mandato resulta de imperativa aplicación.

5.2. El acceso al cargo en la corporación pública por derecho personal

En la situación objeto de controversia, no desconoce la Sala que la señora Robledo Gómez llegó a la Cámara de Representantes en virtud del mecanismo establecido en el Acto Legislativo 2 de 2015, que adicionó el artículo 112 de la Constitución.

La citada norma, en el inciso 4º, lo contempló en los siguientes términos:

“El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, gobernador del Departamento, alcalde distrital y alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, concejo distrital y concejo municipal, respectivamente, durante el periodo de la correspondiente corporación”.

Por mandato de la disposición constitucional surge el derecho personal que tienen los aspirantes que sigan en votos a quienes sean elegidos presidente y vicepresidente de la República de acceder al Congreso de la República para el respectivo periodo.

Dicha prerrogativa de orden superior también fue incluida en el artículo 24 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018, mediante la cual fueron adoptados el estatuto de la oposición política y algunos derechos de las organizaciones políticas independientes, así:

“Artículo 24. Curules en Senado y Cámara de Representantes. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos Presidente y Vicepresidente de la República, tendrán el derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en el Senado de la República y otra en la Cámara de Representantes, durante el periodo de estas corporaciones, e integrarán las comisiones primeras constitucionales de las respectivas cámaras. Terminados los escrutinios electorales, la



autoridad electoral les expedirá las respectivas credenciales.

Quienes resultaren elegidos mediante esta fórmula, serán miembros adicionales de las actuales comisiones constitucionales permanentes del Senado de la República y de la Cámara de representantes y, con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones no previstas en el artículo 6° de esta ley y harán parte de bancada de la misma organización política”.

Se trata de una figura nueva en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación queda materializada en la designación como congresista de quien adquiere el derecho personal de ocupar la curul en las cámaras, como ocurrió mediante la Resolución 1595 de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Al ejercer el control constitucional previo del proyecto que posteriormente pasó a convertirse en el actual Estatuto de la Oposición Política, la Corte Constitucional admitió que en el caso de los aspirantes a presidente y vicepresidente de la República esta nueva alternativa de acceso al Congreso tiene como objeto el estímulo del ejercicio de la oposición por parte de quien perdió la contienda electoral, puesto que “[...] le brinda [...] la oportunidad de integrarse a la bancada de su partido o movimiento político en el Congreso y participar en el ejercicio de la oposición política, de manera que se consolide una alternativa de poder, pero por lo demás garantiza que las personas que votaron por la opción derrotada también se encuentren representadas”⁶.

Este derecho propio de carácter personal reconocido por los artículos 112 de la Carta Política y 24 de la Ley 1909 de 2018⁷ fue el que llevó al Consejo Nacional Electoral a declarar-llamar, mediante el acto acusado, que la señora Robledo Gómez tenía el derecho a ocupar la curul en la Cámara de Representantes para el periodo 2018-2022.

Sin embargo, advierte la Sala que el derecho personal que tiene el candidato en virtud de dicho mecanismo no puede tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, dado que las normas constitucional y legal no establecieron ninguna limitación en este sentido.

Al regular esta prohibición, las respectivas disposiciones fueron claras al señalar que quien decida presentarse a la siguiente elección, en este caso para la escogencia de presidente y vicepresidente, deberá renunciar a la curul que ocupa en la corporación pública al menos doce meses antes del primer día de inscripciones.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-018 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁷ En providencia de febrero 6 de 2019 dentro del expediente 2019-01066, la Sección Quinta advirtió que este derecho no es solo para la oposición por cuanto el artículo 112 de la Constitución reguló dos materias diferentes, esto es, la oposición y las minorías y con la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, que lo adicionó, fue regulado el derecho personal que les asiste a quienes tuvieron un importante apoyo ciudadano que los llevó a obtener el segundo lugar en las contiendas electorales y que merecen, a juicio del legislador, ser reconocido a través de la entrega de una curul en la respectiva corporación.

Como la señora Robledo Gómez ocupaba el cargo en la Cámara de Representantes por el Partido Alianza Verde, la elección siguiente era aquella convocada para elegir al presidente y vicepresidente de la República.

Reitera la Sala que la obligación de renunciar contemplada en el artículo 107 de la Carta Política y 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 es aplicable a la aspiración a las corporaciones públicas y a cualquier otro cargo de elección, incluyendo la Vicepresidencia de la República como fórmula de quien busca detentar la primera magistratura del Estado.

Al introducir en nuestro ordenamiento el derecho personal que tienen quienes pierden la contienda electoral de acceder a la Cámara y al Senado, el Acto Legislativo 2 de 2015 no incluyó ninguna modificación al régimen de la doble militancia, por lo cual es claro que también es aplicable a los candidatos a estos cargos públicos.

Considera la Sala que a pesar de la existencia de este novedoso mecanismo, el acceso al cargo a través de esta modalidad debe estar liberado de cualquier situación irregular que pueda afectar la aspiración del candidato.

Al estar configurada la doble militancia en el momento de la inscripción para la Vicepresidencia de la República, la prohibición constitucional y legal resulta aplicable para la posterior designación en la Cámara de Representantes debido a que su acceso a esta corporación pública, gracias al derecho personal, obedeció precisamente a su aspiración a dicho cargo como fórmula del candidato a la Presidencia.

La decisión que debe adoptar la autoridad electoral con base en el mecanismo especial contemplado en la Constitución y en el Estatuto de la Oposición Política no puede estar desligada de las circunstancias particulares del candidato, como ocurrió en este caso en el que la actuación de la señora Robledo Gómez estructuró la doble militancia e incluso tenía la condición de representante a la Cámara cuando oficializó su inscripción al cargo de vicepresidenta por la coalición política diferente.

En este sentido, el acto de inscripción de la candidatura que fue viciado por el hecho de no haberse presentado la renuncia a la curul en la corporación pública con doce meses de antelación, como lo exigen la Constitución y la Ley, afectó el acto mediante el cual el Consejo Nacional Electoral llevó a cabo la designación-llamamiento de quien tenía el derecho personal de ocupar el escaño en la Cámara en aplicación del mandato constitucional.

Por este segundo aspecto, puede concluirse que la señora Robledo Gómez igualmente estaba incurso en doble militancia política, dado que no renunció a la curul que ostentaba en la Cámara de Representantes con antelación de doce meses al primer día de inscripciones para el cargo de vicepresidente de la



República por la coalición integrada por un grupo significativo de ciudadanos y un movimiento político diferentes del Partido Alianza Verde al cual pertenecía.

En esta materia, precisa la Sala que en virtud de la regulación establecida en los artículos 112 de la Constitución y 24 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018, quienes aspiren a la Presidencia de la República y a la Vicepresidencia tienen claro que existe la expectativa de ocupar las curules en el Senado y la Cámara, respectivamente, en caso de seguir en votos a quienes sean elegidos para esos cargos porque así lo reconocieron dichas normas como derecho de carácter personal.

Esta especial circunstancia derivada de la vigencia de tales normas exige que los aspirantes a esos cargos no deban tener ninguna inhabilidad ni estar incurso en las prohibiciones generales aplicables a los candidatos al Congreso de la República, como es precisamente el caso de la doble militancia política, ya que afectaría la legalidad del acto mediante el cual la autoridad electoral materializa el derecho de acceder a las curules en el Senado y la Cámara.

Respecto de los alcances de la prohibición, precisa la Sala que la doble militancia opera para esos aspirantes que tienen la alternativa de llegar al Congreso de la República por razón del derecho reconocido en los artículos 112 de la Carta Política y 24 de la Ley 1909 de 2018, independientemente de que pertenezcan a la oposición o que, incluso, manifiesten su condición después de conocer los resultados de la elección.

Aunque el derecho personal de acceder al Congreso fue establecido en las disposiciones de la Constitución y de la ley estatutaria relacionadas específicamente con el ejercicio de la oposición, no queda descartada la posibilidad de que el segundo en votos, para la Presidencia y Vicepresidencia de la República, pueda llegar a ser un candidato que no milite en una colectividad política de esta naturaleza.

Este derecho personal a ocupar la curul en el Congreso fue establecido expresamente para quien siga en votos en la respectiva elección, en este caso para esos cargos ya descritos, así la regulación correspondiente haya sido incluida por el constituyente derivado y el legislador estatutario en las normas correspondientes a la oposición política.

En cualquier circunstancia, es necesario tener en cuenta que el artículo 107 de la Constitución dispuso claramente que **en ningún caso** se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político y en esos precisos términos lo señaló posteriormente la Ley Estatutaria 1475 de 2011, en el artículo 2º, por lo cual, reitera la Sala, la prohibición de doble militancia no excluye la aplicación a los aspirantes a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, ni a ningún otro cargo de elección popular.

Además, es claro que el derecho personal reconocido al segundo en votos, aunque ejerza la oposición, no tiene carácter absoluto y no puede desconocer los

principios y valores de gran relevancia que sustentan la prohibición de doble militancia en el marco del sistema democrático, entre los cuales pueden destacarse el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, la disciplina que deben observar sus integrantes respecto de las colectividades a las cuales pertenecen y la confianza del elector en el proyecto político ofrecido por el candidato para la aspiración al cargo en desarrollo del proceso electoral.

5.3. Jurisprudencia anunciada sobre la aplicación de la prohibición

Es claro, para la Sala, que la prohibición de doble militancia prevista en los artículos 107 de la Constitución y 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 es aplicable a todos los aspirantes a las corporaciones públicas y a los demás cargos de elección popular, incluyendo a quienes tienen el derecho personal de llegar al Congreso de la República por mandato del artículo 112 de la Constitución y 24 de la Ley 1909 de 2018.

No obstante, como lo expuso la Sección Segunda, Subsección B de esta corporación en la sentencia de tutela de marzo diez del año en curso, que amparó el derecho de la oposición política a la señora Robledo Gómez, frente a la situación que involucra esta controversia “[...] *no existe un precedente judicial pacífico, estable y claro alrededor de los artículos 107 y 112 de la Carta Política, porque, precisamente, son las primeras elecciones presidenciales y vicepresidenciales a las que se aplica el Acto Legislativo 02 de 2015*”.

En consecuencia, por tratarse del primer caso, el criterio expuesto en esta providencia sobre los alcances de la prohibición no será aplicado a la situación particular de la señora Robledo Gómez en cumplimiento de la orden dada en la citada decisión judicial, razón por la cual serán negadas las pretensiones de la demanda.

Así, la interpretación que reitera la Sala en esta oportunidad acerca de la doble militancia en las circunstancias descritas en esta sentencia será tenida en cuenta a partir de las elecciones para presidente y vicepresidente de la República previstas para el año 2022.

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

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Advertir a la comunidad en general que la interpretación hecha en esta providencia sobre los alcances de la doble militancia política prevista en los artículos 107 de la Constitución y 2º de la Ley 1475 de 2011 tendrá aplicación a partir de las próximas elecciones presidenciales que se llevarán a cabo en el año 2022.



TERCERO: Notifíquese esta decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrada

Aclaró voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

Aclaró voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

SENTENCIA DE TUTELA – Falta de fundamento constitucional

[C]on todo respeto considero que la misma [la sentencia de tutela] omitió establecer el fundamento constitucional para crear una excepción que la misma Constitución Política no consagra, con lo cual queda sin explicar, el sustento de la excepción que realizó la Sección Segunda del Consejo de Estado, actuando como juez de constitucionalidad, a la sentencia C-015 de 2004, en la medida en que sólo el Constituyente puede establecer el régimen de prohibiciones para los congresistas, presidente y vicepresidente, sin tener en cuenta que la doble militancia es de rango constitucional. Dicho en otras palabras, en este caso queda sin resolver el fundamento constitucional de porqué se rompe la regla del sistema cerrado de configuración de las inhabilidades y causales de inelegibilidad para ciertos cargos o corporaciones públicas, pues si bien ello no constituye una cláusula pétrea, cómo puede el juez de tutela crear una excepción, no prevista en la Carta. (...). Del artículo 107 de la Carta se extrae una regla clara y diáfana: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”. Esta regla no contiene ninguna excepción constitucional ni condición alguna y, por ello se advierte la pregunta con respecto del fallo de tutela sobre el fundamento constitucional que

posibilita que el Congresista elegido con fundamento en un aval y sin haber renunciado antes a dicha calidad, se le permite inscribir por otra estructura política a ser formula vicepresidencial. Profundizando aún más en ello, el último inciso de dicha norma constitucional señala: “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”. La pregunta que surge desde la hermenéutica de dicha regla es si ésta aplica o no a los miembros de las corporaciones públicas que aspiren a la presidencia o vicepresidencia por una estructura política distinta para la cual fueron elegidos. Del texto superior se extrae que su ámbito de aplicación no se limita a los cargos uninominales y corporados diferentes de la aspiración a la Presidencia y/o Vicepresidencia de la República. Por el contrario, es una prohibición que irradia a todas aquellas dignidades sometidas a voto popular, pues, como se señaló en precedencia lo que busca es el fortalecimiento de la democracia en todas los niveles, nacional, departamental, distrital y zonal, por lo que, cobra mayor relevancia que sea a éstos principalmente a los que se les predique tal prohibición.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 107

DOBLE MILITANCIA - No tiene ninguna excepción constitucional o legal

A nuestro parecer la sentencia de tutela no se atuvo a la premisa consistente en que el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado no contiene en este caso ninguna excepción frente a la regla general de la prohibición de doble militancia, aspecto en el que no se detuvo la señalada sentencia. (...). La sentencia de tutela alude a la complejidad del caso, pues señaló que es el primero que juzgaba la jurisdicción contenciosa administrativa; sin embargo, al leer la sentencia de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable dicho texto [C-342 de 2006 sobre parte del artículo 4 de la Ley 974 de 2005], (...) quedó bastante claro que no se puede hacer ninguna excepción a la doble militancia. (...). La *ratio decidendi* del mencionado fallo muestra como la prohibición establecida en el artículo 107 de la Constitución, aplica tanto a corporaciones públicas como a cargos en general de elección popular incluyendo al de Presidente y Vicepresidente de la República. (...). Es decir, fue la Corte Constitucional en su condición de intérprete autorizada de la Constitución Política, la que en sentencias de constitucionalidad fijó el alcance de la prohibición de la doble militancia, interpretación que cobijó a todos los cargos de elección popular, entre los que se encuentran el Presidente de la República y su fórmula Vicepresidencial. (...). Por manera que, la Sección Quinta del Consejo de Estado en uso de sus facultades jurisdiccionales aplicó en debida forma los textos constitucionales de manera armónica y sistemática con la jurisprudencia de obligatorio cumplimiento de la Corte Constitucional proferida desde el año 2006 de las que se predica sin lugar a duda que la prohibición de doble militancia no es ajena al cargo de Presidente de la República y a su fórmula Vicepresidencial.

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la demanda de inconstitucionalidad del último inciso del artículo 4º de la Ley 974 de 2005, “Por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas”, que hizo alusión a la doble militancia, ver: Corte Constitucional, sentencia C-342 del 3 de mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En cuanto a que el primer cargo del país es sujeto pasivo de la doble militancia, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de noviembre 12 de



2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00088-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Con respecto a otro caso en el que se estudió la doble militancia frente al cargo de Vicepresidente de la República, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 28 de marzo de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

OPOSICIÓN POLÍTICA – Deber de pertenecer a una agrupación política con personería jurídica

Como fundamento de defensa de la demandada y de la tutela que ordenó la sentencia de reemplazo se sostuvo que el derecho adquirido por la señora Robledo Gómez es como consecuencia de pertenecer a la oposición política, en virtud de lo consagrado en el artículo 112 de la Constitución política y la ley 1909 de 2018, que de acuerdo con lo antes expuesto fue interpretado de manera fraccionada e independiente con respecto de lo previsto en el artículo 107 de la Constitución Política. Sin embargo, la sentencia que resuelve la acción de tutela no aplica de manera integral el artículo 112 de la Carta, puesto que de dicha norma se desprende que para ser formalmente tenido como opositor debe pertenecer a una agrupación política con personería jurídica, situación que en el presente caso no se cumple, encontrándose el fallo en contradicción con dicha norma constitucional. (...). Del texto superior se extrae, en forma clara, que para ser formalmente tenido como opositor debe pertenecer a una agrupación política con personería jurídica, colectividad que es la que decide a través de sus representantes ser considerada como tal. (...). Se debe dejar en claro que la demandada por haberse inscrito por un grupo significativo de ciudadanos que por su naturaleza no tiene personería jurídica no puede acceder a los derechos y prerrogativas que la Carta les reconoce a quienes se declaran en oposición formalmente, toda vez que en virtud del artículo 112 ídem y la sentencia C-018 de 2018 de la Corte Constitucional, es un requisito sine qua non, para ser tenido como tal, por ende su argumento de defensa no resultaba ser pertinente, ya que su curul no proviene de ser una opción política disidente sino de un derecho personal que le otorgó la Constitución Política y la ley a quienes por su respaldo popular obtuvieron la segunda mejor votación en las contiendas electorales a elegir cargos uninominales. Luego en este aspecto subsiste la inquietud que deja el fallo de tutela sobre el fundamento constitucional para poder otorgarle el derecho de oposición a un grupo significativo de ciudadanos en contravía de lo que dispuso la Constitución. (...). Es decir, no es una condición de elegibilidad ser de oposición sino una opción que depende de la bancada, aspectos estos que no fueron estudiados por el juez de tutela. Así las cosas, al no resultar procedente el argumento de defensa de la demandada se imponía reiterar de manera expresa el fallo revocado en lo que hace a este reproche.

SENTENCIA DE TUTELA – Deber de analizar el acto de inscripción y su incidencia en el acto que consagra el derecho personal a ocupar una curul en la Cámara de Representantes

A mi juicio, el fallo de tutela debía profundizar en cómo el acto de inscripción que nace viciado de nulidad afecta el acto definitivo que consagra el derecho personal a ocupar una curul en la Cámara de Representantes, sin que lo hubiera hecho. Para ello, se debe tener en cuenta que a partir de la sentencia C-334 de 2014 de la Corte Constitucional, emana claro que la doble militancia que genera la nulidad de un acto electoral es aquella que se materializa con la inscripción de la candidatura, por ende, en este caso, al haberse inscrito como candidata a la fórmula vicepresidencial Petro-Robledo, ésta se encontraba inmersa en una prohibición de carácter constitucional, situación que conlleva a que el acto



definitivo, que es el demandado devenga en nulo. Ello por cuanto, según el criterio unánime de la Sala, se puede concluir, que el acto que declara la elección [del cargo uninominal] es el acto electoral definitivo frente a quien resultó electo pero, no se debe obviar que contiene otra determinación y es sobre quien recae el derecho personal consagrado en el artículo 112 Superior. (...). [E]s indiscutible la relación inescindible entre los mencionados actos electorales, en virtud del derecho que le asiste al candidato que le siga en votos a la autoridad elegida, a ocupar un asiento en la Cámara, consagrado en los artículos 112 Constitucional (inciso 4º) y 24 de la Ley 1909 de 2018, y en especial teniendo en cuenta que en el caso de autos en los mentados formularios se efectuó la declaración que se considera ilegal, al haberse inscrito estando inmersa en la causal de doble militancia, declaración que al ser hallada contraria al ordenamiento jurídico tendría que ser retirada del correspondiente acto afectando parcialmente al que declaró la elección del presidente, en lo que hace al reconocimiento del derecho personal ahora cuestionado y, generando la nulidad del acto definitivo electoral que consagra este derecho en favor de la demandada.

SENTENCIA DE TUTELA – Debió tener en cuenta las causales de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial

La sentencia de tutela no tuvo en cuenta lo que la Corte Constitucional en la sentencia SU-573 del 14 de septiembre de 2017 consideró cuando se trate de acciones de tutela contra providencias proferidas por el Consejo de Estado y, por el contrario, resquebrajó el orden constitucional como atrás se expuso. (...). [L]a sección segunda del Consejo de Estado debió solicitar a la Sala Plena Contenciosa Administrativa que avocara el conocimiento de la acción de tutela para sentar jurisprudencia, ante los vacíos que supuestamente existían, porque no existía jurisprudencia anterior. El juez de tutela terminó inmiscuyéndose en un asunto de la sala especializada, imponiendo su criterio sobre las normas constitucionales señaladas y los argumentos razonables de la Sección Quinta, así como el desarrollo jurisprudencial que se ha realizado sobre la materia y que lleva a la conclusión relativa a que al haberse expedido un acto previo como lo es el de inscripción de la candidatura, en contravención con la norma superior que es el artículo 107 de la Constitución, emana claro que la demandada no tenía las condiciones de elegibilidad para ser la fórmula vicepresidencial, pues estaba viciado de nulidad conforme con la regla del artículo 275.8 de la Ley 1437 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE ROCÍO ARAUJO OÑATE

Bogotá, D.C., dos (02) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00074-00

Actor: JUAN CARLOS CALDERÓN ESPAÑA Y OTROS

Demandado: ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ – REPRESENTANTE A LA CÁMARA, PERÍODO 2018-2022



Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Sentencia de reemplazo en acatamiento de un fallo de tutela

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011⁸ y con el debido respeto por la decisión mayoritaria, me permito exponer las razones por las cuales aclaro el voto frente al fallo de reemplazo, adoptado en Sala virtual de 2 de abril de 2020, dictado al interior del proceso de la referencia:

1. La Sala en cumplimiento del fallo de tutela⁹ en el que se ordenó a la Sección Quinta del Consejo de Estado proferir una nueva decisión, resolvió negar las pretensiones de la demanda y anunciar jurisprudencia, advirtiendo a la comunidad en general sobre los alcances de la doble militancia política prevista en los artículos 107 de la Constitución y 2º de la Ley 1475 de 2011 para quienes ocupen una curul en el Congreso de la República como consecuencia del derecho personal que les asiste a los ciudadanos con la segunda mayor votación en la contienda presidencial, de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 112 Superior y la Ley 1909 de 2018, regla que tendrá aplicación a partir de las próximas elecciones presidenciales que se llevarán a cabo en el año 2022.
2. Aunque estoy de acuerdo con la decisión antes reseñada, pues se trata del cumplimiento de una sentencia de tutela, considero que el acatamiento de la misma se hace aun cuando para mí como integrante de la Sala subsisten en dicha sentencia algunos aspectos de orden constitucional que son cuestionables y que operan para el caso en que por virtud de lo dispuesto en el artículo 112 Superior y la Ley 1909 de 2018, que origina el derecho personal que les asiste a los ciudadanos con la segunda mayor votación en la contienda presidencial y vicepresidencial a ocupar una curul en el Senado o en la Cámara de Representantes respectivamente, no le es aplicable el instituto de la doble militancia, previsto en el artículo 107 de la Constitución.

A. Cuestionamientos a la sentencia que resuelve la acción de tutela

⁸ Artículo 129. Firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto. Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente. Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de marzo diez de 2002, expediente 11001-03-15-000-2019-03079-01, M.P. William Hernández Gómez.

3. Se adujo como sustento de la decisión constitucional que se cumplió con la sentencia frente a la cual aclaro el voto, que las causales de inelegibilidad de los Congresistas y Presidente de la República son únicamente las que se encuentran reguladas en los artículos 179 y 197 de la Constitución Política, respectivamente¹⁰. Ello por cuanto, la Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido¹¹.

4. Ello implicaba, según la sentencia de tutela, una interpretación extensiva de la doble militancia como causal de inelegibilidad para los cargos de presidente y vicepresidente de la República.

5. Este argumento contrasta con la regla general que soporta la doble militancia, prevista en el artículo 107 de la Constitución y que consiste en la prohibición absoluta dirigida a los ciudadanos, quienes no pueden pertenecer de manera simultánea a dos o más agrupaciones políticas, lo que proporciona la pregunta relacionada con el fundamento de la excepción creada para la Congresista, quien sin renunciar a su partido, se inscribe como fórmula vicepresidencial. Una segunda pregunta que no contesta la sentencia con la que se decide la acción de tutela y que se refiere al texto constitucional, se relaciona con el siguiente interrogante: ¿cuándo se materializa la doble militancia: Antes de la elección o después de la misma¹²? Un tercer interrogante subsiste: ¿para la elección de vicepresidente

¹⁰ Folios 11 a 13 del fallo de tutela. Sobre la materia la decisión constitucional señaló: ..., es de resaltar que tal y como lo señaló la consejera de Estado Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en su salvamento de voto frente a la sentencia cuestionada en esta acción de tutela, las condiciones de elegibilidad para acceder a los cargos de presidente y vicepresidente de la República están reservadas a las disposiciones constitucionales. En ese sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-015 de 2004 precisó lo siguiente...”

¹¹ Corte Constitucional sentencia C-015 del 20 de enero de 2004, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. En esta sentencia la Corte señaló: No obstante, la regla general de competencia legislativa para fijar el régimen de inhabilidades de los distintos cargos públicos **encuentra una excepción en lo tocante a los cargos de Congresista o Presidente de la República**, puesto que tal y como ha reconocido en anteriores oportunidades esta Corporación, los artículos pertinentes de la Constitución establecen un sistema cerrado y no facultan expresamente al Legislador para agregar nuevas inhabilidades a la enumeración efectuada por el Constituyente (artículos 179^[11] y 197, C.P.). Por eso, la jurisprudencia de la Corte ha concluido que “el legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) **La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos** (C.P., art. 4º); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.” (énfasis fuera del texto)^[12]. En igual sentido, en la sentencia C-209 de 2000 se afirmó: “Cabe destacar que en materia de inhabilidades e incompatibilidades, la propia Carta Política se ha encargado de señalar las que le son aplicables a los congresistas (arts. 179, 180 y 181) y algunas que se predicen de la generalidad de los servidores públicos (C.P. arts. 127 y 128).”

¹² Corte Constitucional, sentencia C-334 de 4 de junio de 2014, M.P: Mauricio González Cuervo, Expediente D- 9918, en esta sentencia se estableció: En vista de las anteriores circunstancias, para el análisis de la expresión demandada son relevantes dos hipótesis de doble militancia, las que **corresponden a los candidatos** y a los directivos de los partidos o movimientos políticos que se inscriban como candidatos. En ambas hipótesis se incurre en doble militancia con anterioridad a

opera o no la doble militancia? Y otro más: ¿para efectos del estatuto de oposición no se debe tener en cuenta la doble militancia? También, ¿si introdujo el Acto Legislativo 2 de 2015 alguna modificación al régimen de la doble militancia, en especial a los congresistas que se inscriben, por otra estructura política, distinta de la que obtuvieron el aval, para ser candidatos a la vicepresidencia? Igualmente, implica de lo advertido por la Sección Segunda cuando afirma que: *“no existe un precedente judicial pacífico, estable y claro alrededor de los artículos 107 y 112 de la Carta Política, porque, precisamente, son las primeras elecciones presidenciales y vicepresidenciales a las que se aplica el Acto Legislativo 02 de 2015”*, que la Constitución pierde su poder normativo cuando se aplica a los primeros casos que se presentan, pues hasta tanto no se genera una jurisprudencia sólida estamos en un terreno de falta de seguridad jurídica, que por sí mismo podría constituir violación de derechos fundamentales.

6. Los anteriores interrogantes se relacionan con el hecho demostrado y consistente en que en la fecha en que fue inscrita como candidata de la fórmula vicepresidencial por la coalición Petro Presidente integrada por el grupo significativo de ciudadanos Colombia Humana y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS), la demandada en el proceso de nulidad electoral todavía era representante a la Cámara, elegida por el Partido Alianza Verde, ya que la renuncia a la condición de congresista en dicha corporación fue radicada y aprobada el 20 de marzo de 2018.

7. Los anteriores interrogantes surgen de la sentencia de tutela, pues con todo respeto considero que la misma omitió establecer el fundamento constitucional para crear una excepción que la misma Constitución Política no consagra, con lo cual queda sin explicar, el sustento de la excepción que realizó la Sección Segunda del Consejo de Estado, actuando como juez de constitucionalidad, a la sentencia C-015 de 2004, en la medida en que sólo el Constituyente puede establecer el régimen de prohibiciones para los congresistas, presidente y vicepresidente, sin tener en cuenta que la doble militancia es de rango constitucional.

8. Dicho en otras palabras, en este caso queda sin resolver el fundamento constitucional de porqué se rompe la regla del sistema cerrado de configuración de las inhabilidades y causales de inelegibilidad para ciertos cargos o corporaciones públicas, pues si bien ello no constituye una cláusula pétrea, cómo puede el juez de tutela crear una excepción, no prevista en la Carta.

9. Lo anterior adquiere una importancia mayúscula, no solo por razón de la competencia para crear causales de ineligibilidad y/o de prohibición para estos servidores del Estado, sino también si se tiene en cuenta el contexto referido a

*las elecciones y no en las elecciones o al momento de las elecciones. **Por lo tanto, es evidente que el candidato no puede incurrir en doble militancia en el momento de la elección, sino antes, ni incurre en doble militancia al momento de la elección, sino dentro del proceso electoral en el que dicha elección tiene lugar, específicamente al momento de la inscripción.***

que la prohibición de la doble militancia y del transfuguismo político fueron instauradas en la reforma constitucional de 2009 y se entienden como herramientas de fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, eliminando el personalismo y aumentando los estándares de disciplina de sus miembros e integrantes.

10. Más aún, con la mencionada prohibición se buscó proteger la soberanía popular, toda vez que quien incurre en la práctica de doble militancia afecta dicho principio, ya que la obtención de la investidura en la corporación pública se deriva de la voluntad democrática de los electores, lo que implica que quien cambia de partido o movimiento político no solo defrauda al votante, sino que de facto cuestiona la legitimidad democrática de su mandato representativo basado en el aval que le permitió ser congresista¹³.

11. Del artículo 107 de la Carta se extrae una regla clara y diáfana: *“En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”*. Esta regla no contiene ninguna excepción constitucional ni condición alguna y, por ello se advierte la pregunta con respecto del fallo de tutela sobre el fundamento constitucional que posibilita que el Congresista elegido con fundamento en un aval y sin haber renunciado antes a dicha calidad, se le permite inscribir por otra estructura política a ser formula vicepresidencial.

12. Profundizando aún más en ello, el último inciso de dicha norma constitucional señala: *“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”*. La pregunta que surge desde la hermenéutica de dicha regla es si ésta aplica o no a los miembros de las corporaciones públicas que aspiren a la presidencia o vicepresidencia por una estructura política distinta para la cual fueron elegidos.

13. Del texto superior se extrae que su ámbito de aplicación no se limita a los cargos uninominales y corporados diferentes de la aspiración a la Presidencia y/o Vicepresidencia de la República. Por el contrario, es una prohibición que irradia a todos aquellas dignidades sometidas a voto popular, pues, como se señaló en precedencia lo que busca es el fortalecimiento de la democracia en todas los niveles, nacional, departamental, distrital y zonal, por lo que, cobra mayor relevancia que sea a éstos principalmente a los que se les predique tal prohibición.

B. La doble militancia no tiene ninguna excepción constitucional o legal

14. A nuestro parecer la sentencia de tutela no se atuvo a la premisa consistente en que el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado no contiene en este caso ninguna

¹³ Corte Constitucional, sentencia C 303 del 28 de abril de 2010, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

excepción frente a la regla general de la prohibición de doble militancia, aspecto en el que no se detuvo la señalada sentencia.

15. Muestra de lo anterior, fue lo ocurrido con el inciso final del artículo 4 de la Ley 974 de 2005¹⁴, que en su momento implementó una excepción a la doble militancia así: *“No incurrirá en doble militancia, ni podrá ser sancionado {1} el miembro de Corporación Pública o {2} titular de un cargo de elección popular que se inscriba como candidato para un nuevo periodo por un partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos diferente del que lo avaló en la elección anterior, siempre y cuando medie notificación oportuna y cumpla con los deberes de la bancada, de la cual hace parte”*.

16. La sentencia de tutela alude a la complejidad del caso, pues señaló que es el primero que juzgaba la jurisdicción contenciosa administrativa; sin embargo, al leer la sentencia de la Corte Constitucional¹⁵, que declaró inexecutable dicho texto, con los siguientes argumentos, quedó bastante claro que no se puede hacer ninguna excepción a la doble militancia: *La norma legal acusada regula un caso en el cual no se incurriría en la prohibición constitucional de la doble militancia, para el caso específico de aquellos **que siendo miembros de una Corporación Pública o titulares de un cargo de elección popular**, deciden inscribirse como candidatos para un nuevo período por un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos diferente de aquel que lo avaló en la elección anterior, a condición de que medie notificación oportuna y cumpla con los deberes de bancada de la cual hace parte. **Pues bien, a pesar de todas las previsiones constitucionales, el legislador decidió crear un mecanismo encaminado a permitirle a los elegidos soslayar temporalmente las disposiciones superiores, para permitirles incurrir en doble militancia y transfuguismo político, vulnerándose de esta manera el artículo 107 del Texto Fundamental**. En efecto, de manera tajante el artículo 107 Superior le prohíbe a todo ciudadano pertenecer simultáneamente a dos partidos o movimientos políticos con personería jurídica reconocida. La norma acusada, por el contrario, faculta a los elegidos a incurrir en dicha conducta por cuanto la persona sigue actuando como miembro de la bancada del partido político que lo avaló y al mismo tiempo pertenece a la nueva organización política de la cual es candidato. En pocas palabras, milita en dos partidos de manera simultánea. **En suma, entre el tiempo que transcurre entre la notificación al partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos que inicialmente avaló al candidato, de la intención de presentarse para la próxima elección por una organización política distinta, y el certamen democrático, la persona está militando en ambos partidos, como quiera, de una parte, sigue cumpliendo con los deberes de la bancada de aquel por el cual resultó electo, y de otra, pertenece al partido que avala como candidato para una nueva elección, con lo cual, como se explicó, se vulnera claramente el artículo 107 Superior***.

¹⁴ Por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C 342 del 3 de mayo de 2006, M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

17. La *ratio decidendi* del mencionado fallo muestra como la prohibición establecida en el artículo 107 de la Constitución, aplica tanto a corporaciones públicas como a cargos en general de elección popular incluyendo al de Presidente y Vicepresidente de la República, ya que *la prohibición de la doble militancia presenta unas características propias cuando los destinatarios de la misma son los miembros de las Corporaciones Públicas o quienes son titulares de un cargo de elección popular, por cuanto, si bien se trata igualmente de ciudadanos que pertenecen a un determinado partido o movimiento político, están llamados a representar y a defender, organizados como bancada, una determinada ideología y un programa político en el seno de un órgano colegiado o desde el Gobierno nacional, departamental o municipal, según sea el caso. De allí que la interdicción constitucional de la doble militancia en estos casos, no solamente sea más severa, sino que trascienda el simple ámbito de regulación interna de los partidos políticos, para desplegar todo su sentido y efectos en el adecuado y racional funcionamiento de los órganos de representación popular*¹⁶.

18. Es decir, fue la Corte Constitucional en su condición de intérprete autorizada de la Constitución Política, la que en sentencias de constitucionalidad fijó el alcance de la prohibición de la doble militancia, interpretación que cobijó a todos los cargos de elección popular, entre los que se encuentran el Presidente de la República y su fórmula Vicepresidencial.

19. Siguiendo dicha línea argumentativa, la Sala Electoral de manera pretérita al caso objeto de estudio, reconoció que quien ejerce el primer cargo del país es sujeto pasivo de la doble militancia al señalar que¹⁷: **Art. 107 de la C.P. (...) Quien siendo miembro de una Corporación Pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.**

Este texto fue reproducido en su literalidad en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, y extendido a candidatos electos en general así: “ (...) Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”.

*Dicha normativa tampoco resulta vulnerada, pues como ya se expuso en acápite anterior, en el caso concreto **el candidato presidente no se inscribió por un partido diferente al partido por el cual resultó elegido**, sino que su inscripción se dio por una coalición de tres partidos políticos -incluido el Partido de la “U” por*

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de noviembre 12 de 2015, expediente 11001-03-28-000-2014-00088-00 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



el cual se inscribió como candidato para las elecciones presidenciales de 2010-figura permitida y reglamentada por la legislación.

Así las cosas, en el caso concreto no prospera el cargo de doble militancia en cuanto a la afirmación del actor sobre la pertenencia simultánea del candidato presidente a los partidos Políticos Social de Unidad Nacional “U”, Cambio Radical y Liberal Colombiano, puesto que de acuerdo a las pruebas allegadas no existe tal simultaneidad en la militancia, sino que se trata de una candidatura respaldada por una coalición de agrupaciones políticas con personería jurídica permitida en nuestro ordenamiento jurídico, **por ende la campaña electoral en el marco de tal coalición tampoco se constituye en doble militancia.**

20. De forma posterior la Sala¹⁸ estudió en nulidad electoral, el siguiente problema jurídico: *Conforme con lo establecido en la fijación del litigio hecha durante la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar si se debe declarar la nulidad del acto de elección de la señora Martha Lucía Ramírez Blanco **como vicepresidente de la República** para el período 2018 – 2022 contenida en la Resolución 1453 del 21 de junio de 2018 proferida por el Consejo Nacional Electoral.*

*Para el efecto, se debe establecer si se encuentra acreditada la causal de nulidad electoral consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en consecuencia, **si la señora Martha Lucía Ramírez Blanco desconoció la prohibición de doble militancia consagrada en el inciso 5 del artículo 107 de la Constitución Política** y por tanto, si el acto demandado fue proferido con violación del debido proceso, en forma irregular y con violación de las normas en que debía fundarse.*

21. Por manera que, la Sección Quinta del Consejo de Estado en uso de sus facultades jurisdiccionales aplicó en debida forma los textos constitucionales de manera armónica y sistemática con la jurisprudencia de obligatorio cumplimiento de la Corte Constitucional proferida desde el año 2006 de las que se predica sin lugar a duda que la prohibición de doble militancia no es ajena al cargo de Presidente de la República y a su fórmula Vicepresidencial.

C. El derecho de la oposición política

22. Como fundamento de defensa de la demandada y de la tutela que ordenó la sentencia de reemplazo se sostuvo que el derecho adquirido por la señora Robledo Gómez es como consecuencia de pertenecer a la oposición política, en virtud de lo consagrado en el artículo 112 de la Constitución política y la ley 1909 de 2018, que de acuerdo con lo antes expuesto fue interpretado de manera

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 28 de marzo de 2019, M.P: Carlos Enrique Moreno Rubio.

fraccionada e independiente con respecto de lo previsto en el artículo 107 de la Constitución Política.

23. Sin embargo, la sentencia que resuelve la acción de tutela no aplica de manera integral el artículo 112 de la Carta, puesto que de dicha norma se desprende que para ser formalmente tenido como opositor debe pertenecer a una agrupación política con *personería jurídica*, situación que en el presente caso no se cumple, encontrándose el fallo en contradicción con dicha norma constitucional.

24. Lo anterior, adquiere significado en la medida en que el derecho a la oposición política ha sido reglamentado para crear condiciones de equilibrio entre aquellos que por sus circunstancias se encuentren en situaciones de desigualdad u oposición y por ello se prohíja que puedan participar en el debate político en paridad de condiciones y con las debidas garantías que los demás. Por ello, la oposición es un derecho fundamental autónomo¹⁹ que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas, de conformidad con los artículos 40 y 112 de la Constitución Política²⁰.

25. Es por ello, que al ser considerado como derecho fundamental la misma Carta les reconoce ciertas prerrogativas, que no son absolutas²¹ a favor de las agrupaciones políticas que se declaran en oposición a efecto que su voluntad no sea mermada por las posiciones mayoritarias o de gobierno.

26. En este orden de ideas y para un cabal entendimiento de dicha disposición el artículo 112²² contiene 6 incisos y un parágrafo transitorio, de los cuales y para

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-018 de 4 de abril de 2018, M.P: Alejandro Linares Cantillo, Radicado. RPZ-004, Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 03/17 Senado-006/17 Cámara, “Por medio del cual se adopta el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes”. En esta sentencia se estableció: “...la oposición desempeña un papel fundamental en la medida en que define la dinámica de los gobiernos de turno. De manera general, podría decirse que las funciones de la oposición en los sistemas políticos democráticos son: (i) expresarse sobre la dirección que toma (o debería tomar) el gobierno, ya sea a nivel general o sobre aspectos relevantes en la discusión de leyes o el desenvolvimiento de ciertas políticas; (ii) ejercer funciones de control del gobierno en turno, utilizando los recursos legales a su alcance y expresarse sobre los resultados de la actuación del gobierno y sus consecuencias; y (iii) prepararse para la alternancia, es decir, toda oposición tiene la responsabilidad de ostentarse como una opción de gobierno¹⁹. En últimas, podría decirse que la oposición funciona como herramienta que materializa el control al poder, el pluralismo político y las condiciones de alternancia de gobierno, en el caso de los partidos políticos”

²⁰ Al respecto ver el artículo 3 de la Ley 1909 de 2018.

²¹ Debe resaltarse que la fiscalización y control al gobierno no es ejercido únicamente por la oposición parlamentaria o legislativa, sino que de hecho es adelantada por diversos grupos sociales y de interés, como pueden ser los medios de comunicación o los gremios. Sin embargo, quizás el elemento diferenciador de estos grupos frente a los partidos políticos, es que éstos últimos participan en el ejercicio de oposición con la intención, en la mayoría de los casos, de convertirse en una alternativa de gobierno. Ver: David Armando Rodríguez, *Op Cit.* pp. 69-70.

²² **Artículo 112 de la Constitución Política.** Los partidos y movimientos políticos con *personería jurídica* que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación.

Los partidos y movimientos minoritarios con *personería jurídica* tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia.

resolver el problema jurídico planteado, solo se requiere el análisis de los 4 primeros apartes, como a continuación se expone:

- En el inciso primero, se detalla la posibilidad que las agrupaciones políticas **con personería jurídica** puedan declararse en oposición²³ y los derechos que adquieren cuando esto se materialice;
- El inciso segundo consagra la posibilidad que las agrupaciones minoritarias **con personería** tengan derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos;
- El inciso tercero establece que la ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia; y,
- El inciso cuarto, contempla que el candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación.

27. Del texto superior se extrae, en forma clara, que para ser formalmente tenido como opositor debe pertenecer a una agrupación política con *personería jurídica*, colectividad que es la que decide a través de sus representantes ser considerada como tal.

28. En el contexto actual se tiene que la demandada el 16 de marzo de 2018, se inscribió como candidata a la vicepresidencia de la República por el Movimiento Colombia Humana, como fórmula que acompañó al aspirante a la presidencia Gustavo Francisco Petro Urrego, agrupación que carece del atributo de la personería jurídica²⁴.

29. Se debe dejar en claro que la demandada por haberse inscrito por un grupo significativo de ciudadanos que por su naturaleza no tiene personería jurídica no puede acceder a los derechos y prerrogativas que la Carta les reconoce a quienes

El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación.

²³ Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación.

²⁴ Ver Ley 130 de 1994. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, sentencia de tutela de 14 de marzo de 2019, M.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas, Radicado No. 25000-23-42-000-2019-00025-01.

se declaran en oposición formalmente, toda vez que en virtud del artículo 112 ídem y la sentencia C-018 de 2018 de la Corte Constitucional, es un requisito *sine qua non*, para ser tenido como tal, por ende su argumento de defensa no resultaba ser pertinente, ya que su curul no proviene de ser una opción política disidente sino de un derecho personal que le otorgó la Constitución Política y la ley a quienes por su respaldo popular obtuvieron la segunda mejor votación en las contiendas electorales a elegir cargos uninominales. Luego en este aspecto subsiste la inquietud que deja el fallo de tutela sobre el fundamento constitucional para poder otorgarle el derecho de oposición a un grupo significativo de ciudadanos en contravía de lo que dispuso la Constitución.

30. En razón de ello, no resulta adecuado el test de proporcionalidad hecho por el juez de tutela al considerar que estaba en tensión el derecho de la oposición y el de fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, si se tiene en cuenta que la señora Robledo Gómez no pertenece a una colectividad con personería jurídica y además, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1909 de 2018, éstas dentro del mes siguiente al inicio del primer día de Gobierno, so pena de considerarse falta al régimen contenido en la Ley 1475 de 2011 y ser sancionadas de oficio por la autoridad electoral, en su condición de organizaciones políticas plenamente establecidas deberán optar por declararse: en oposición, independiente o como organización de gobierno.

31. Es decir, no es una condición de elegibilidad ser de oposición sino una opción que depende de la bancada, aspectos estos que no fueron estudiados por el juez de tutela.

32. Así las cosas, al no resultar procedente el argumento de defensa de la demandada se imponía reiterar de manera expresa el fallo revocado en lo que hace a este reproche.

D. El acto electoral que declara el derecho personal establecido en el artículo 112 de la Constitución Política

33. A mi juicio, el fallo de tutela debía profundizar en cómo el acto de inscripción que nace viciado de nulidad afecta el acto definitivo que consagra el derecho personal a ocupar una curul en la Cámara de Representantes, sin que lo hubiera hecho.

34. Para ello, se debe tener en cuenta que a partir de la sentencia C-334 de 2014 de la Corte Constitucional, emana claro que la doble militancia que genera la nulidad de un acto electoral es aquella que se materializa con la inscripción de la candidatura, por ende, en este caso, al haberse inscrito como candidata a la fórmula vicepresidencial Petro-Robledo, ésta se encontraba inmersa en una prohibición de carácter constitucional, situación que conlleva a que el acto definitivo, que es el demandado devenga en nulo.

35. Ello por cuanto, según el criterio unánime de la Sala²⁵, se puede concluir, que el acto que declara la elección [del cargo uninominal] es el acto electoral definitivo frente a quien resultó electo pero, no se debe obviar que contiene otra determinación y es sobre quien recae el derecho personal consagrado en el artículo 112 Superior.

36. Si bien el E-26 para cargos uninominales es definitivo para quien resulta electo, sólo frente a esa determinación es pasible de control judicial de manera directa. Pero, en lo que se refiere a quien **tendrá** el derecho personal a ocupar en su orden una curul en la corporación pertinente, no resulta ser definitivo en la medida en que la provisión de la curul **sólo** se materializa con la expedición del acto que materializa el derecho personal a ocupar una curul, que en algunos casos es el E-26 y en otro una decisión del CNE.

37. Es decir, el acto que declaró la elección del Presidente fue el que determinó el lugar que en la contienda electoral ocupó la demandada, y a partir de ello, la comisión escrutadora declaró con fundamento en el artículo 24 de la Ley 1909 de 2018, que tenía el derecho personal a ocupar una curul, derecho que al ser aceptado, permitió que **se declarara** su derecho a ocupar una curul en la Cámara de Representantes.

38. En ese orden de ideas, es indiscutible la relación inescindible entre los mencionados actos electorales, en virtud del derecho que le asiste al candidato que le siga en votos a la autoridad elegida, a ocupar un asiento en la Cámara, consagrado en los artículos 112 Constitucional (inciso 4º²⁶) y 24 de la Ley 1909 de 2018, **y en especial teniendo en cuenta que en el caso de autos en los mentados formularios se efectuó la declaración que se considera ilegal, al haberse inscrito estando inmersa en la causal de doble militancia, declaración que al ser hallada contraria al ordenamiento jurídico tendría que ser retirada del correspondiente acto afectando parcialmente al que declaró la elección del presidente, en lo que hace al reconocimiento del derecho personal ahora cuestionado y, generando la nulidad del acto definitivo electoral que consagra este derecho en favor de la demandada**²⁷.

E. Causales de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial

39. La sentencia de tutela no tuvo en cuenta lo que la Corte Constitucional en la sentencia SU-573 del 14 de septiembre de 2017²⁸ consideró cuando se trate de

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de 12 de marzo de 2020, Radicado. 2020-00003-00, M.P.: Rocío Araújo Oñate.

²⁶ “<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2015. El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación”.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 18 de diciembre de 2019, M.P.: Rocío Araújo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2019-00082-00

²⁸ Corte Constitucional, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo



acciones de tutela contra providencias proferidas por el Consejo de Estado y, por el contrario, resquebrajó el orden constitucional como atrás se expuso.

40. En atención a lo señalado por la Corte Constitucional relacionado con que las altas Cortes tenemos la competencia de “definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones”²⁹, la sección segunda del Consejo de Estado debió solicitar a la Sala Plena Contenciosa Administrativa que avocara el conocimiento de la acción de tutela para sentar jurisprudencia, ante los vacíos que supuestamente existían, porque no existía jurisprudencia anterior.

41. El juez de tutela terminó inmiscuyéndose en un asunto de la sala especializada, imponiendo su criterio sobre las normas constitucionales señaladas y los argumentos razonables de la Sección Quinta, así como el desarrollo jurisprudencial que se ha realizado sobre la materia y que lleva a la conclusión relativa a que al haberse expedido un acto previo como lo es el de inscripción de la candidatura, en contravención con la norma superior que es el artículo 107 de la Constitución, emana claro que la demandada no tenía las condiciones de elegibilidad para ser la fórmula vicepresidencial, pues estaba viciado de nulidad conforme con la regla del artículo 275.8 de la Ley 1437 de 2011, vicio que al infringir la Carta de Derechos, no puede ser subsanado y por ende se mantuvo en la aceptación de la curul en la Cámara de Representantes, lo que conllevó a que debió ser anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme las reglas que para tal fin estableció el legislador.

En los términos expuestos, queda presentada mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN - El acto demandado no contiene la expresión de voluntad del electorado, no es un acto de llamamiento, ni de elección por cuerpos electorales, como tampoco es un acto de nombramiento / NULIDAD ELECTORAL – Actos pasibles de control / FUNCIÓN ELECTORAL Y ADMINISTRATIVA – Diferencias / ACTO ELECTORAL – Elementos de validez

²⁹ SU-050 de 2017.



El primer aspecto que debió dilucidar la sentencia de la que me aparto tiene que ver con la viabilidad de someter al trámite de la nulidad electoral consagrada en el artículo 139 del CPACA el juicio sobre la legalidad de la Resolución 1595 de julio 19 de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral. (...). [L]a sentencia de la cual me aparto omite la realización del examen referido, ya que sin detenerse en las características propias del acto censurado, admite que la nulidad electoral resulta viable para resolver sobre su avenencia con las normas alegadas que se alegan como desconocidas en cada una de las demandas acumuladas. (...). La Resolución No. 1595 de 2018 no contiene la expresión de la voluntad del electorado. En primer lugar, el acto acusado dispone de un origen constitucional y legal que, si bien se apoya en las resultas de un proceso proselitista, debe su existencia a los mandatos que el Constituyente derivado y el legislador estatutario incluyeron en el texto de la Carta Política de 1991 y el estatuto de la oposición. (...). La fuente de la designación se encuentra así en los efectos jurídicos que al segundo lugar en las elecciones presidenciales otorgó el ordenamiento, sin que ello signifique que la voluntad del electorado se encuentra allí materializada, ya que, en definitiva, ésta fue expresada en aras de que el candidato ocupara la máxima autoridad administrativa y estatal –la de Presidente y Vicepresidente–, y no una curul en el Senado y la Cámara de Representantes. (...). [L]a expedición del acto acusado no fue el producto del ejercicio de función electoral –la que desemboca en el proferimiento de actos de elección– comoquiera que la voluntad del electorado no explicó, de forma absoluta y suficiente, su existencia, identificándose una relación de contornos apenas mediatos. (...). La Resolución No. 1595 de 2018 no es un acto de llamamiento. (...). [E]n mi sentir y contrario a lo que sostienen la mayoría de mis compañeros, puede o no ser aceptado, comoquiera que se hace referencia a un derecho personalísimo que, a mi juicio, podría ser, su ejercicio, rehusado por quien fuere su beneficiario; posición jurídica que se robustece si se toma en cuenta que, en tratándose del Congreso de la República, dichas curules serán adicionales a las existentes, por lo que podrán ser creadas o no, según las circunstancias que se presenten (rechazo o aceptación) – pues con ella no se busca la provisión de vacantes derivadas de faltas absolutas o temporales al interior del Senado o la Cámara de Representantes. Se trata de la materialización del derecho personal de aquellos candidatos que intervinieron en la campaña electoral a la Presidencia de la República y que no contaron con el favor popular para acceder a esta dignidad por ocupar el segundo lugar en la contienda. (...). La Resolución No. 1595 de 2018 no es un acto de elección por cuerpos electorales. (...). La Resolución No. 1595 de 2018 no es un acto de nombramiento (...) comoquiera que la autoridad electoral no escoge deliberadamente a la persona que ocupará la curul; por el contrario, se limita a ejecutar un mandato constitucional o legal unívoco. (...). Como se ve, el ejercicio de la nulidad electoral depende de que los actos enjuiciados sean electorales por voto popular o por cuerpos colegiados, de llamamiento o de nombramiento. Al estar demostrado que la Resolución demandada no pertenece a ninguna de estas categorías, es claro que las demandas de la referencia no debieron tramitarse bajo esta cuerda procesal.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a los actos pasibles de control a través de la acción de nulidad electoral, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2014-00110-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro; sentencia de 3 de junio de 2016, radicación 13001-23-33-000-2016-00070-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. En cuanto a la diferenciación entre los actos electorales y los actos administrativos, así como el alcance y principios que deben orientar su control jurisdiccional, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 7 de febrero de 2019, radicación 11001-03-28-000-2019-00001-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre la





preponderancia de los derechos de los electores sobre los mismos derechos del elegido, en virtud de la prevalencia de los principios pro hominum y pro electoratem, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación de jurisprudencia de 7 de junio de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 112 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 139

ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO – Consecuencias de su identificación

En un primer escenario, el acto definitivo y, por ende, fuente del derecho personal de la demanda, sería la Resolución No. 1595 de 2018 por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral declaró este hecho. (...). Ello significa que el acto electoral en el que se concreta el vicio en cuestión es el que declara el resultado de esos comicios, esto es, en la Resolución No. 1453 de 21 de junio de 2018 “Por medio de la cual se declara la elección de Presidente y Vicepresidenta de la República, período 2018-2022, y se ordena expedir las respectivas credenciales”, pues fue para ese binomio que se inscribió. El hecho de ocupar el segundo lugar en esa jornada electoral fue lo que permitió el surgimiento del derecho personal de que trata el artículo 112 de la Constitución Política, que luego se materializó en la Resolución No. 1595 de 2018, objeto del contencioso electoral de la referencia. Dentro de ese contexto, la última presenta una relación inescindible respecto de la primera que determina su validez y contenido, razón por la cual debieron demandarse ambos actos, so pena de que se configurara lo que jurisprudencialmente se conoce como “proposición jurídica incompleta”, lo que, en mi opinión, obligaba a un fallo inhibitorio. (...). [O]tro escenario, altamente probable, [sería] que la Resolución No. 1453 de 21 de junio de 2018 por la cual se declaró la Elección de Presidente y Vicepresidente, y que contiene la indicación de la fórmula que ocupó el segundo lugar en esa contienda, fuera el acto definitivo. (...). Dentro de ese contexto, la Resolución No. 1595 de 2018 por la cual se declaró la existencia de un derecho personal en favor de la ciudadana ÁNGELA MARÍA ROBLEDO pasaría a ser un mero acto de ejecución, que da cumplimiento a un imperativo normativo, lo cual refuerza el argumento de que este no puede ser catalogado como un acto electoral, de llamamiento o de nombramiento en los estrictos y precisos términos del artículo 139 del CPACA. (...). Sea cual fuera el caso, es lo cierto que el enjuiciamiento de la Resolución No. 1453 de 2018 era una condición necesaria para que la Sala pudiera proveer sobre la eventual configuración de la doble militancia alegada. Sin embargo, esta no fue objeto de cuestionamiento alguno por parte de los demandantes, ni existe acepción alguna en la fijación del litigio o en el planteamiento del problema jurídico vertido en la sentencia que permita inferir que tal estudio era una opción para considerar. Desde mi punto de vista, por más indeseables que resulten ese tipo de pronunciamientos, la forma en que se trabó la litis debió conducir a una decisión inhibitoria.

DOBLE MILITANCIA – Modalidades / DOBLE MILITANCIA - Causal no aplicable a elección de Presidente y Vicepresidente de la República

[L]a mayoría no advirtió que la causal de doble militancia definida para los “miembros de corporaciones públicas” no podía aplicarse a la situación bajo examen con fundamento en las explicaciones que prosiguen. (...). Las causales de inelegibilidad para la elección de presidente y vicepresidente de la República disponen de naturaleza constitucional. (...). [E]s claro que en cuanto concierne al cargo de Presidente de la República, y por contera al de Vicepresidente, dada la



inescindible relación que los vincula, toda previsión legal debe despojarse de cualquier alcance que establezca límites de acceso no contemplados en la Constitución Política. (...). En los estudios realizados por la Sala Electoral del Consejo de Estado, la doble militancia, aun cuando formalmente posea su propio peso jurídico, materialmente termina siendo una causal de inelegibilidad específica, que a las voces de lo normado en el numeral 8° del artículo 275 del CPACA se predica de las elecciones por voto popular, lo que implica que la infracción de esta regla por el acceso a dignidades bajo otras formas de designación no constituye per se causal de anulación, como ocurre con el acto demandado que reconoce un derecho personal –tal y como será desarrollado posteriormente– que es diferente al que declaró el resultado de la elección, ya que no materializó la voluntad popular de forma directa, al responder a un mandato estatuido en la Constitución y la Ley. Esto quiere decir que al menos los supuestos del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011 no pueden servir de parámetro de control para la doble militancia, lo que reduce el análisis a la mera confrontación con la parte final del artículo 107 de la Constitución Política. (...). Pues bien, como se dijo, dentro de las temáticas sobre las cuales recae la reserva constitucional se encuentra, sin duda alguna, los requisitos y condiciones de inelegibilidad de los candidatos que aspiran a acceder al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, producto de las funciones que desempeñan al interior de la arquitectura constitucional concebida por los Asambleaístas de 1991. (...). [L]as disposiciones constitucionales referenciadas [artículos 107, 191, 197 de la Constitución] no mencionan la doble militancia para los candidatos que pretenden acceder a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, toda vez que, como puede constatarse, de su literalidad no puede desprenderse tal restricción. (...). En el asunto resuelto por la Sala, por estar ausente la doble militancia del marco de elegibilidad establecido en el artículo 197 de la Carta, como se explicó, para el cargo de Presidente y Vicepresidente, y por no derivar su aplicabilidad del inciso 12 del artículo 107 de la Carta para estas dignidades no podía declararse la nulidad del acto demandado.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a las modalidades de la doble militancia, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1 de noviembre de 2012, radicación 63001-23-31-000-2011-00311-01, C.P. Mauricio Torres Cuervo. En cuanto al hecho de que el Legislador no tiene injerencia directa respecto de un grupo limitado de cargos e investiduras, en lo que tiene que ver con las condiciones de inelegibilidad, ver: Corte Constitucional, sentencia de 23 de enero de 2014, exp. C-015, M.P. Mauricio González Cuervo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 107 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 191 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 197 / LEY 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 2 INCISO 2 / CÓDIGO ELECTORAL – ARTÍCULO 1

CURUL ADICIONAL EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – Asignada para fortalecer el ejercicio de la oposición / CURUL DE LA OPOSICIÓN – Características

El alcance que le dieron los ponentes al reputado esquema de asignación de curules, se afincó en importantes principios democráticos y de legitimidad pública, pues no se trata únicamente de reconocer una forma de representación política, sino también de aupar el ejercicio del control político, en el marco del sistema de pesos y contrapesos, a partir de un hecho electoral conocido, que busca dar fuerza operativa a una idea de gobierno que remarque en las corporaciones públicas el principio de separación de poderes. Se trata de una propuesta que



obtuvo interesantes consensos en su trasegar parlamentario, y una inusitada sensación de unanimidad en cada estadio dentro del Congreso. (...). No cabe duda de que la adición que se realizó al artículo 112 de la Constitución Política fue más allá de la mera asignación de una curul. Ciertamente, se trató de un intento entusiasta por otorgarle contenido material al ejercicio de la oposición en Colombia, bajo la premisa de que quien ocupa la segunda posición en la carrera por la presidencia y vicepresidencia de la República, una gobernación departamental o una alcaldía municipal asume un liderazgo natural de control en los distintos niveles del gobierno. A partir de la literalidad de dicha disposición surgen una serie de ingredientes que definen su contenido, a saber: (i) una condición subjetiva, haber sido candidato a alguno de los cargos uninominales enlistados en dicho artículo; (ii) una causa, obtener el segundo lugar en esos comicios; (iii) una consecuencia, el surgimiento de un derecho personal en la respectiva curul durante el período de la correspondiente corporación; (iv) una relación con el número de escaños ordinarios esa corporación; y (v) las implicaciones frente al supuesto de no ejercicio del derecho personal. (...). [D]el marco jurídico-político en el que se inscriben ambas previsiones normativas (constitucional y legal) y de sus antecedentes emerge con meridiana claridad que tienen por objeto estimular y dotar de garantías y derechos verdaderos a las fuerzas políticas que realizan oposición al Gobierno, tanto a nivel nacional como territorial. (...). Poder rehusar la curul es una consecuencia de la tipología del derecho adquirido por ser el siguiente en votos respecto del candidato electo a alguno de los cargos uninominales de que trata el artículo 112 Superior. En otras palabras, la no aceptación a la que se hace referencia deviene de que se trate de un “derecho personal”, que al ser catalogado de la misma manera para la curul del Congreso y para las demás, opera para ambas de la misma manera. (...). En términos más sencillos, lo que se busca con la invocación del artículo 263 Superior [distribución de curules mediante el sistema de cifra repartidora] es que esa curul de la corporación territorial que queda vacante por la no aceptación del candidato que ocupó el segundo lugar en la pugna por ser el primer mandatario del ente territorial en el que opera esa Corporación Pública sea ocupada por la persona a la que le hubiera correspondido según el reparto ordinario que se hizo en las elecciones en las que resultaron electos los demás miembros de dicha corporación. Obsérvese que no se apela al sistema de listas de que trata el artículo 134 de la Constitución Política. (...). Esto refuerza la idea de que, más allá del aval que se recibe de la agrupación política para ocupar el cargo unipersonal, el derecho a la curul que se logra por el candidato que ocupa el segundo lugar en la elección de gobernador o alcalde es del candidato individualmente considerado, es un “derecho personal”, no un derecho del partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos. Exactamente lo mismo ocurre con la curul que la fórmula de Presidente y Vicepresidente de la República que sigue en votos a la ganadora obtiene en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, respectivamente. La única diferencia estriba en que por tratarse de curules “adicionales” no es necesario efectuar alguna suerte de redistribución, ya que esta no quitó espacio a alguna persona que tenía el derecho bajo el voto popular inserto en el marco de las elecciones propiamente parlamentarias. Así la consecuencia de no aceptar la curul “de oposición” en el Congreso de la República es una suerte de “silla vacía”, precisamente por la naturaleza personalista del derecho a ocuparla, lo cual no se puede confundir con el deber de ejercicio partidista o de bancada. (...). Por eso la comprensión del “derecho personal” al que se refiere el artículo 112 de la Constitución Política tiene que armonizarse con el contexto de las garantías de la oposición; muy distinto al del derecho a elegir y ser elegido que se concreta en este caso en la aspiración presidencial o vicepresidencial. Tal circunstancia torna incompatible la figura de la doble militancia con esta forma especial de designación de congresistas y demás

miembros de corporaciones públicas, pues no hay manera de confrontar la pertenencia a una agrupación política con la inscripción de una determinada candidatura en proceso de elección por voto popular, ya que el mecanismo de “oposición” en cuestión escapa a esta realidad, en cuanto, se repite, en este último no se consuma ninguna voluntad popular. En estos eventos el pueblo vota por una fórmula presidencial, no por un aspirante al Congreso de la República. Cada voto depositado tiene la intención de poner en el primer lugar a su destinatario, y el hecho de que ello lo sitúe en un segundo escaño es apenas una “contingencia electoral” que activa una prerrogativa individual, no un mandato popular. (...). En condiciones normales, el derecho a la curul es del partido que recibió los votos para la elección de congresistas; en el contexto del mencionado mecanismo de oposición, es de la persona que ocupó el segundo lugar en las elecciones presidenciales. (...). En este caso la configuración del mentado “derecho personal”, a lo sumo podría ser el producto de una consecuencia indirecta, cuya materialización en el seno de la corporación pública de ninguna manera puede ser entendida como la expresión unívoca de la voluntad popular, sino como el otorgamiento de una garantía del control político y en el sistema de pesos y contrapesos que conjuga oficialismo, independencia y oposición legítimamente constituida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 112 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 134 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 263 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 24 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 25

INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN “SIGUIENTE ELECCIÓN” - Se refiere a la elección en la misma corporación pública / EXPRESIÓN “SIGUIENTE ELECCIÓN” – La sentencia no adoptó la interpretación más favorable

Uno de los problemas neurálgicos de la discusión que convocó a la Sala, y que dio lugar a la decisión que motiva la presentación de este salvamento de voto, se yergue en torno al alcance hermenéutico que se debe conferir a la expresión “siguiente elección” contenida en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política, así. “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”. Mis reparos frente a la forma en que la mayoría abordó esta problemática se contraen a lo siguiente: La decisión se sustenta en el análisis descontextualizado de un antecedente jurisprudencial de la Sección Quinta. (...). La transliteración en la sentencia de la cual me aparto deja entrever que se trata de cualquier otra elección la que obliga al congresista a renunciar, pero de haberse extraído la idea completa del antecedente en cita, se habría llegado a la conclusión de que la expresión “siguiente elección” cobija a quienes pretenden continuar en el congreso, pero no para quienes aspiren a una curul o cargo de elección popular diferente. (...). En suma, no es admisible afirmar que a partir del pronunciamiento invocado esta Sección hubiera fijado su postura en el sentido de entender que la expresión “siguiente elección” alude a cualquiera a la que el congresista decida participar, como lo hace ver la sentencia de la cual discrepo; por el contrario, dicha providencia, más bien puede conducir a la intelección opuesta, como lo es que el obligado a renunciar es aquel que desea cambiar de partido para continuar en el Congreso de la República –o en la misma corporación pública–. La interpretación de la Corte Constitución respecto de la expresión “siguiente elección”. En concordancia con lo explicado, resulta imperioso poner de presente que la Corte Constitucional, en la sentencia C-303 de 2010, al analizar el contenido del párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo de 2009, expuso diversas razones que

conducen a entender la expresión “siguiente elección” dentro de un contexto de reelección. (...). [P]ara la Corte la expresión “siguiente elección” alude “al periodo siguiente”, lo que equivale a que el congresista que desee continuar con su curul bajo las toldas de otra agrupación política es el llamado a renunciar 12 meses antes a la inscripción de su candidatura, y no el congresista que desee aspirar a una dignidad distinta, como equivocadamente lo entendió la mayoría. (...). No puede, desconocerse que más allá que la demandada haya obtenido una curul como Representante a la Cámara, su verdadera aspiración electoral y a la cual realmente se inscribió fue a la Vicepresidencia de la República, lo que una vez más demuestra que ÁNGELA MARÍA ROBLEDO, no se inscribió por un partido o movimiento político diferente al que la avaló para ser congresista, situación por la cual no puedo compartir que con su conducta haya incurrido en doble militancia. (...). [L]a norma constitucional no definió de forma directa el significado de la expresión “siguiente elección”. Siendo así no le corresponde al operador jurídico completar la norma, con interpretación que sacrificaba el derecho de acceso a cargos públicos. En efecto, entendida la aplicación de la causal de doble militancia como una limitación al ejercicio del poder político, las normas que la regulan deben ser interpretadas restrictivamente, so pena de socavar en este caso derechos políticos de los ciudadanos. Si la expresión “siguiente elección” es carente de definición expresa, insisto, no es el juez de lo electoral el llamado a suplir tal vacío. (...). Bajo esas glosas, cabía preguntarse si la responsabilidad de la acusada terminaba con el hecho de no aspirar a seguir siendo parte del Congreso, al postular su nombre a un cargo uninominal en el cual no afectaría el régimen de bancadas. La respuesta, debió ser positiva; es decir, bastaba con que ÁNGELA MARÍA ROBLEDO, aspirara a otra elección diferente a la de Congreso, para que pudiera inscribirse con el apoyo de otra colectividad política sin serle obligatorio renunciar doce meses antes de la inscripción y sin estar inmersa en la conducta de doble militancia. (...). En resumidas cuentas, a mi modo de ver, ante la existencia de diversas posibilidades de interpretación del enunciado contenido en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política y su concordancia práctica con el artículo 112 ejusdem, debió preferirse la interpretación más favorable, esto es, aquella que permitiera la conservación del derecho de acceso a cargos públicos, la eficacia del voto y los derechos de la oposición y, en consecuencia, en razón de la no configuración de la doble militancia de la demandada, se debieron negar las pretensiones de la demanda electoral y con ello permitir que la demandada ejerciera el derecho a la oposición desde su curul en la Cámara de Representes, derivado de su “derecho personal” reconocido constitucional y legalmente.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto al análisis de la expresión “siguiente elección”, contenida en el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo de 2009, ver: Corte Constitucional, sentencia de 28 de abril de 2010, exp. C-303, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Respecto de la preferencia de la interpretación más benéfica sobre las restrictivas o limitadoras del alcance de los derechos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 13 de diciembre de 2018, radicación 11001-03-28-000-2018-00069-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 107 / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 29

COALICIÓN EN CAMPAÑAS PRESIDENCIALES – Implicaciones del apoyo público

La doble militancia que la mayoría le censuró a la demandada partía de su pertenencia al Partido Alianza Verde por el cual ocupó una curul en la Cámara de



Representantes dentro del período 2014-2018 y posterior inscripción como candidata de la coalición conformada por el Grupo Significativo de Ciudadanos Colombia Humana y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS), en fórmula con el aspirante a la Presidencia, Gustavo Francisco Petro Urrego. Pues bien, un aspecto, a mi juicio trascendental, que dejó de ser analizado por la Sala deviene del hecho que la aspiración presidencial del Partido Verde culminó con los resultados obtenidos en los comicios de primera vuelta. Con posterioridad a ello el país conoció que varios miembros de esa colectividad manifestaron públicamente su apoyo a la fórmula presidencial integrada por los señores Gustavo Petro y ÁNGELA ROBLEDO y otros tantos por el voto en blanco, teniendo proscrito apoyar a la fórmula conformada por los entonces candidatos Iván Duque Márquez y Martha Lucía Ramírez. (...). Es sabido que cada agrupación política – individualmente considerada o en coalición, según el caso– podrá inscribir candidatos únicos para elecciones de cargos uninominales (art. 236 C. P.). No obstante, el citado artículo de la Ley 1475 de 2011 estableció una regla especial de coalición para el caso de las elecciones presidenciales, única contienda electoral en Colombia que contempla la segunda vuelta, que ameritaba un estudio más amplio que el que se realizó en la sentencia respecto de la cual salvo mi voto. Lo anterior, para saber hasta dónde el apoyo parcial del Partido Verde suponía la existencia de una coalición para la segunda vuelta que eliminara cualquier posibilidad de doble militancia, pues, en últimas, la demandada fue congresista por ese partido, y recibió, así no fuera totalmente, su apoyo político para la recta final de la disputa por la Casa de Nariño. A mi juicio, no era viable declarar la nulidad del acto de elección sin haber abordado este estudio, comoquiera que se trataba de una circunstancia de orden factual con el potencial de conducir a la Sala a una decisión contraria a la que finalmente adoptó la mayoría.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 236 / LEY 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 29 INCISO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00074-00

Actor: JUAN CARLOS CALDERÓN ESPAÑA Y OTROS

Demandado: ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ - - REPRESENTANTE A LA CÁMARA, PERIODO 2018-2022

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Doble militancia política

ACLARACIÓN DE VOTO



Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto respecto de la decisión adoptada el 16 de abril de 2020 en cumplimiento del fallo de tutela dictado el diez de marzo del año en curso por la Sección Segunda, Subsección B, de esta corporación³⁰, en la cual la Sala mayoritaria resolvió, negar las pretensiones de la demanda y anunciar jurisprudencia sobre los alcances de la doble militancia política prevista en los artículos 107 de la Constitución y 2º de la Ley 1475 de 2011 que tendrá aplicación a partir de las próximas elecciones presidenciales que se llevarán a cabo en el año 2022.

Frente a esta nueva sentencia debo expresar que reitero los argumentos plasmados en mi salvamento de voto de 6 de mayo de 2019, frente a la providencia proferida por la Sala Electoral de 25 de abril de 2019, en la que me aparté de la posición aprobada por la mayoría de la Sala porque, a mi juicio, la ponencia dejó por fuera múltiples aspectos que impedían abordar siquiera el fondo del asunto, y otras que, en todo caso, hubieran conducido a negar las pretensiones de la demanda, además en el fallo de tutela la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que en este caso debió prevalecer el derecho fundamental autónomo de la oposición y por tanto la interpretación del inciso final del artículo 107, superior, no fue armónica con los mandatos constitucionales.

La providencia de tutela consideró que *“la sentencia de nulidad electoral cuestionada presenta una interpretación sistemática de las normas constitucionales bajo el supuesto de que, por un lado, el silencio implica un vacío normativo el cual debe llenarse y, del otro, que las normas constitucionales no tienen jerarquías formales en su interior”* pero manifestó que si bien es cierto que no existen jerarquías formales, *“se han construido jerarquías interpretativas³¹ o axiológicas³², en las que la ponderación resulta el ejercicio hermenéutico más útil para resolver casos difíciles como el que nos ocupa”*.

Así las cosas, para el juez de tutela en este caso se debió realizar una ponderación o balanceo de los valores, principios e intereses contrapuestos, y el resultado de tal ecuación es favorable al amparo del «derecho fundamental autónomo» y por tanto debe retroceder la prohibición de la doble militancia, por lo que concluyó que *“la sentencia de nulidad electoral incurrió en defecto sustantivo,*

³⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de marzo diez de 2002, expediente 11001-03-15-000-2019-03079-01, M.P. William Hernández Gómez.

³¹ Ver LÓPEZ MEDINA, Diego. Interpretación judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2ed. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p. 39

³² «[...] Además, casi todos parecen suponer que las relaciones jerárquicas preexisten a la interpretación, de manera que los intérpretes no pueden hacer más que tomar nota de ellas. No obstante, las cosas no son tan simples. Si echamos un vistazo desencantado, será evidente que algunas relaciones jerárquicas no son “halladas”, sino más bien creadas por los intérpretes. Es este el caso, por ejemplo, de la relación axiológica que subsiste entre los principios fundamentales o generales y las normas específicas o de detalle. Es este el caso, también, de la relación entre la Constitución y ciertos principios “supraconstitucionales” que, según la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales, de ninguna forma pueden ser exceptuados o modificados: ni siquiera con el procedimiento de revisión constitucional [...]». Riccardo Guastini, *Las fuentes del derecho, fundamentos teóricos*, 2.ª ed., trad. César E. Moreno More, Lima, Legales Ediciones, 2017, p. 376.

*al extender, en sentido material, la inhabilidad de doble militancia regulada en el artículo 107, superior, a una regulación constitucional de carácter singular, integral o plena del «derecho fundamental autónomo» de la oposición y, en particular, del «derecho personal» de la ciudadana **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ** de ocupar la curul en la Cámara de Representantes”.*

Por lo anterior la providencia de tutela resolvió amparar el derecho fundamental autónomo de la oposición política invocado por la ciudadana **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ** y ordenó a la Sección Quinta proferir una nueva providencia en la que tenga en cuenta una de las dos opciones:

“1) Emitir la providencia de cumplimiento del fallo de tutela bajo los argumentos aquí expuestos, en especial, en lo relativo a la consagración del derecho fundamental autónomo de la oposición y su correspondiente limitación a la interpretación extensiva de la doble militancia como causal de inelegibilidad para los cargos de presidente y vicepresidente de la República.

2) De persistir la decisión de aplicar a estos casos el artículo 107 constitucional, le corresponderá estudiar la figura de la jurisprudencia anunciada electoral, pero sin aplicarla a la elección de la ciudadana **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ**, no porque se trate de un cambio abrupto de jurisprudencia, sino como advertencia de las reglas claras de juego ante futuras elecciones en donde se materialice la asignación de las curules a la segunda votación en la elección presidencial y vicepresidencial”.

La Sentencia que dio cumplimiento al fallo de tutela, proferida por la Sección Quinta el 16 de abril de 2020, que recoge la posición mayoritaria y frente a la cual aclaro mi voto se decantó por la segunda opción y mantuvo la interpretación dada el 25 de abril de 2019, negó las pretensiones de la demanda y anunció jurisprudencia frente a la inhabilidad por doble militancia en el caso del derecho personal a ocupar la curul en la Cámara de Representantes por haber obtenido la segunda votación como candidata a la vicepresidencia.

Por ello baso este voto concurrente en las disertaciones sustento del salvamento de voto que presenté a la sentencia de 25 de abril de 2019 que profirió la Sala en el vocativo de nulidad electoral.

Son entonces esas consideraciones de mi autoría, las que ahora fundamentan mi disidencia de la parte motiva, cuya *ratio* basilar está dada en que, a mi juicio (i) hubo indebida escogencia de la acción por cuanto el acto demandado no es un acto electoral (ii) el acto demandado no es el acto definitivo objeto de control jurisdiccional (iii) la causal de doble militancia no es aplicable a la elección de presidente y vicepresidente, (iv) la demandada fue designada en el congreso por la vía de mecanismo especial diseñado para las fuerzas de la oposición del gobierno, (v) la expresión siguiente elección se refiere a la elección en la misma corporación pública y (vi) las implicaciones del apoyo público en las campañas presidenciales en torno a la figura de la coalición

Así mismo, tal como se indica y explica en la sentencia de tutela, el derecho a la oposición es un derecho fundamental autónomo en nuestra Constitución y una

faceta importante del proceso democrático³³ y si bien en los últimos años, el concepto de democracia ha sido objeto de escrutinio y no hay un consenso de lo que constituye la “democracia”, pues existen problemas para clasificar regímenes ambiguos como lo señala Larry Diamond³⁴, la mayoría coincide en que las posiciones de poder se logran como el resultado de elecciones periódicas, libres honestas y justas, y se diferencia de los regímenes autoritarios porque la competencia es lo suficientemente abierta, libre y justa como para que el partido gobernante pueda ceder el poder y una victoria de la oposición no sea imposible³⁵. Desde esta perspectiva, el libre ejercicio de la oposición y sus garantías, no pueden ser solo normativas, pues además de estar consagradas en la constitución y la ley es fundamental para que un sistema político sea considerado democrático que estas garantías sean efectivas, reales y materiales.

Según Diamond³⁶, desde la definición de democracia (i) como poliarquía de Robert Dahl, en donde esta no solamente requiere de elecciones competitivas, justas y libres, sino también de libertades como las de organización y expresión que las hagan realmente significativas y fuentes alternativas de información e instituciones para asegurar que las políticas del gobierno dependan de los votos y preferencias de los ciudadanos, o la de (ii) Joseph Schumpeter, que le da a la democracia un estándar “minimalista”, y define como un sistema político en el que las posiciones principales de poder se logran “a través de una lucha competitiva para lograr el voto de la gente”, o (iii) la de Samuel Huntington, que indica que un sistema es democrático cuando “sus líderes colectivos más poderosos son elegidos por elecciones periódicas, honestas y justas en las que los candidatos compiten libremente por sus votos”, es necesario determinar, entre otros³⁷ ¿qué significa elecciones libres, honestas y justas?.

Para Diamond la libertad y la justicia de las elecciones son un patrón, y se aprecian en una larga lista de esfuerzos institucionales que empiezan antes del día de las elecciones. Entre otras, las elecciones son libres cuando los obstáculos para entrar a la arena política son mínimos, hay libertad para hacer campaña, lo cual incluye libertad de expresión, movimiento y asociación y conseguir votos y no hay coerción y son justas cuando los procesos electorales son administrados por una autoridad neutral; competente y recursiva, que tome precauciones contra el fraude electoral; cuando las fuerzas armadas y **las Cortes** tratan a los candidatos y a los partidos de forma imparcial en todo el proceso; cuando los contendores

³³ Dahl Robert. La Poliarquía: participación y Oposición. Tecnos. 1971. Pp 228. “(...) el desarrollo de un sistema político que facilite la oposición, la rivalidad y la competencia entre el gobierno y sus antagonistas es una faceta importante del proceso democrático”.

³⁴ Diamond Larry. Elecciones sin democracia: A propósito de los regímenes híbridos. Estudios Políticos No. 24. Medellín. Enero – junio 2004. Pp. 117-134

³⁵ Ídem.

³⁶ Ibídem

³⁷ ¿Cómo podemos saber si los candidatos han tenido una oportunidad justa para hacer la campaña electoral y si los votantes en todo el país (especialmente países tan grandes y diversos como Rusia, Nigeria e Indonesia) han podido ejercer libremente su derecho a la elección? ¿Cómo podemos saber –especialmente donde las elecciones no se benefician de las tabulaciones paralelas del voto– que los resultados reflejan con precisión los votos que fueron emitidos? Y, ¿cómo sabemos si los funcionarios elegidos son realmente los “líderes más poderosos”? ¿Si no son una “soberanía reservada” significativa del poder oligárquico, burocrático o militar?

tienen acceso a los medios públicos; **cuando no se pone sistemáticamente en desventaja a la oposición**; cuando el procedimiento para la organización y el conteo del voto es transparente y conocido por todos, y cuando hay un procedimiento claro e imparcial para resolver reclamos y disputas, entre muchos otros, y lo mismo pasa con **la justicia electoral**, los sistemas políticos se convierten en autoritarismos electorales cuando las violaciones del “criterio mínimo para la democracia” son tan serias que crean “un campo de juego desigual entre el gobierno y la oposición” (Levitsky y Way).

En este caso, las curules en el Congreso de la República otorgadas a los candidatos que obtienen la segunda votación en las elecciones presidenciales y vicepresidenciales, son una garantía positivizada constitucional y legalmente para la oposición, que puede ver representados sus intereses en el legislativo como segunda fuerza política en la contienda presidencial, es decir, es una medida que de alguna manera contribuye a nivelar el campo de juego como lo señalan Levitsky y Way, lo que es fundamental para que un sistema político sea considerado democrático.

Así las cosas, esta garantía de la oposición positivizada como un mecanismo democrático para su real ejercicio, no puede –en mi opinión- ser menguada o disminuida vía judicial con un criterio o prohibición como la doble militancia, establecido para otras circunstancias, creada en otro escenario, para evitar el transfuguismo político y fortalecer los partidos políticos (reforma política de 2003), y jamás pensada para este caso del derecho personal otorgado a la segunda fuerza política. Por lo tanto, limitar o negar esta representación fundados en una prohibición que no está establecida taxativamente para este caso, se constituye en una decisión que va en contravía de los derechos y garantías otorgados a la oposición como medida para que nuestro sistema político sea real y efectivamente democrático.

Entrando en materia, el pronunciamiento que en esa oportunidad expuse ante la Sala se fincó en las siguientes consideraciones:

1. INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN

El primer aspecto que debió dilucidar la sentencia de la que me aparto tiene que ver con la viabilidad de someter al trámite de la nulidad electoral consagrada en el artículo 139 del CPACA el juicio sobre la legalidad de la Resolución 1595 de julio 19 de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Con ese horizonte, debió observarse que el ordenamiento ofrece diferentes vías para controlar los actos y demás manifestaciones de voluntad de la administración, supeditadas a la naturaleza de las decisiones que se controvierten y a los fines perseguidos con el ejercicio del derecho de acción.

En ese sentido, los actos administrativos son, *a priori*, el objeto de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho; los hechos, omisiones y operaciones administrativas son la esencia de la reparación directa; y los actos

electorales son el sustrato de las acciones de nulidad electoral, por citar solo algunos ejemplos.

Lo anterior significa que la operatividad de la cuerda procesal que se emplea en cada uno de los casos pasa por la determinación de la naturaleza del actuar administrativo que se busca examinar, pues lo cierto es que no todos los medios procesales estatuidos sirven para fiscalizar la universalidad de manifestaciones del comportamiento de los entes públicos.

Sin reparar en esta verdad, la sentencia de la cual me aparto omite la realización del examen referido, ya que sin detenerse en las características propias del acto censurado, admite que la nulidad electoral resulta viable para resolver sobre su avenencia con las normas alegadas que se alegan como desconocidas en cada las demandas acumuladas³⁸.

De conformidad con el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, *“cualquier persona podrá pedir la nulidad de (i) los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de (ii) los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de (iii) los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas”*, por las causales establecidas en los artículos 137³⁹ y 275⁴⁰ de esa misma codificación.

En ese orden de ideas, la Sala debió recabar en la esencia de la Resolución N°. 1595 de 19 de julio de 2018⁷, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral declaró que la ciudadana **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ** tenía el derecho personal a ocupar una curul en la Cámara de Representantes durante el periodo constitucional 2018-2022, ya que, se itera, de la respuesta a este interrogante pendía la vía procesal que debía ser utilizada.

³⁸ Procesos N°. 2018-00074; 2018-00076; 2018-00131.

³⁹ “Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”

⁴⁰ “Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: 1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales. 2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones. 3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales. 4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer. 5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad. 6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil. 7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción. 8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política.”

Los actos pasibles de control a través de la acción de nulidad electoral han sido un tema frecuente en la jurisprudencia de la Sala Especializada en Asuntos Electorales del Consejo de Estado⁴¹, que ha sido consistente en decantarlos así:

- **Los actos de elección por voto popular.** Son aquellos que constituyen, por su naturaleza, la expresión más directa de la democracia, pues materializan la voluntad del electorado en la designación de los dignatarios del Estado que se someten a esa forma de escogencia, como ocurre con la fórmula Presidente-Vicepresidente, con los Senadores de la República, los Representantes a la Cámara, los Diputados, los Concejales y los miembros de las Juntas Administradoras Locales – JAL, los alcaldes y los gobernadores.
- **Los actos de llamamiento.** Con ellos sucede algo similar, y se emplean para proveer curules ante las vacancias temporales o absolutas que se generen al interior de una corporación pública de elección popular y que son ocupadas por los candidatos no elegidos que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral, al tenor de lo dispuesto en el artículo 134⁴² de la Carta Política de 1991, desarrollado por los artículos 278⁴³ y 285⁴⁴ de la Ley 5ª de 1992.
- **Los actos electorales de nombramiento y de elección por cuerpos colegiados.** Aunque no materializan una expresión directa de democracia, lo hacen de manera indirecta, pues a través de estas formas de provisión se designan otras de las máximas dignidades del Estado, en los diferentes

⁴¹ Ver Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 4 de febrero de 2016. Expediente: 11001-03-28-000-2014-00110-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro; Sentencia de 3 de junio de 2016. Expediente: 13001-23-33-000-2016-00070-01. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁴² Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral. En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos. Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas. Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.”

⁴³ “Reemplazo. La falta absoluta de un Congresista con excepción de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial, autoriza al Presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción, y ocupar su lugar. En este evento el reemplazo deberá acreditar ante la Comisión de Acreditación Documental su condición de nuevo Congresista, según certificación que al efecto expida la competente autoridad de la organización nacional electoral. Ninguna falta temporal del Congresista dará lugar a ser reemplazado.”

⁴⁴ “Régimen para el reemplazo. El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades será aplicable a quien fuere llamado a ocupar el cargo, a partir de su posesión.”

niveles (nacional y territorial). (i) En su expresión más simple se expresa el poder de la autoridad nominadora, como cuando el Presidente designa a uno de sus ministros; o como cuando, al interior de la Rama Judicial se efectúan nombramientos de magistrados, con el firme propósito de preservar la juridicidad del ordenamiento jurídico de cara a ciertas situaciones, v. gr. la interinidad de algunos de los cargos que conforman las Corporaciones; (ii) y en otros mucho más complejos suele materializarse una consecuencia de la división del poder, en su expresión del principio de colaboración armónica, adoptada por la Constitución Política de 1991 en aplicación del sistema de pesos y contrapesos, conforme al cual distintas ramas del poder concurren en la toma de decisiones electorales.

Claros eventos de democracia indirecta se advierten, por ejemplo, en la forma de designación del Procurador General de la Nación, procedimiento electoral al que concurren por parte de la rama judicial la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, por la ejecutiva el Presidente de la República y por la legislativa el Senado -artículo 276 de la C.P.-; así como en la escogencia del Fiscal General de la Nación, en la que participan el Presidente de la República, mediante la elaboración de la correspondiente terna, y la Corte Suprema de Justicia, autoridad a la que le compete expedir el acto contentivo de la elección -artículo 249 de la C.P.-.

Pero además de caracterizar los actos sujetos al control judicial que opera a través del medio de control de la nulidad electoral, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha erigido durante los últimos años las diferencias que surgen en torno al acto electoral –sustrato esencial de su labor jurisdiccional– y los actos administrativos, cuya fiscalización puede perseguirse mediante el empleo de otros medios de control judicial.

En punto a ello, la Sala especializada en Asuntos Electorales de esta Corporación, en providencia de 7 de febrero de 2019⁴⁵, recopiló las disquisiciones que en la materia han sido formuladas en los términos que se reproducen a continuación:

“Sabido es que en los recientes años, la Sección Quinta ha construido una dogmática que ha permitido diferenciar los actos electorales de los actos administrativos, así como el alcance y principios que deben orientar su control jurisdiccional.⁴⁶

Dicha diferencia se explica debido a que **el acto electoral**, entendido como la materialización de la voluntad de los electores, **emana del ejercicio de la función electoral**, ya sea de manera directa o indirecta;

⁴⁵ Rad. 11001-03-28-000-2019-00001-00. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁴⁶ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00110-00. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Demandados: Representantes a la Cámara por el departamento de Magdalena. C.P.: Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 13001-23-33-000-2016-00070-01. Auto de 3 de junio de 2016. Demandados: Concejales de Cartagena. C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de unificación de jurisprudencia de 7 de junio de 2016. Demandada: Gobernadora del departamento de La Guajira. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

mientras que el **acto administrativo deriva del ejercicio de la función administrativa**, razón por la cual éstos no pueden ser confundidos entre sí.

En efecto, y con el fin de otorgar mayor claridad al caso, la Sala pasa a explicar **la diferencia entre la función electoral y la función administrativa**.

La función administrativa tiene como característica esencial la de concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas. En ese sentido, los autores clásicos definen la función administrativa, desde su contenido material, como “(...) *la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios (...)*”⁴⁷ o “(...) *la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata (...)*”,⁴⁸ o como la “(...) *actividad funcional, idónea y concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al ordenamiento jurídico vigente (...)*”.⁴⁹

La función electoral, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta, en otras palabras, su propósito es concretar la democracia participativa y el diseño institucional, entre otros. Como lo ha señalado la doctrina, la función electoral comprende “(...) *el conjunto de actividades que realiza el Estado para preparar, organizar, calificar y sancionar los procesos electorales. Y por analogía con la función pública, asumiremos también que las tareas del Estado destinadas a garantizar el ejercicio libre, secreto, universal y directo del voto, y de la conversión de los sufragios efectivamente emitidos en escaños y puestos de elección popular, solamente puede realizarse de manera legítima en apego al principio de legalidad (...)*”.⁵⁰

En ese sentido, **los actos que se producen en ejercicio la función electoral, por su misma naturaleza, no pueden ser asimilables, ni en sus fines ni en su procedimiento de formación, a los actos administrativos producto de la función administrativa**.

Los actos electorales tienen su génesis en la democracia participativa y en un derecho fundamental de carácter político: el de elegir o ser elegido, artículo 40, numeral 1 de la Constitución, y no en la mera y simple expresión de la voluntad de la administración derivada del ejercicio de la función administrativa, como sucede en los actos administrativos.

Ahora bien, realizadas las anteriores precisiones sobre la diferencia existente entre las funciones administrativa y electoral, es menester precisar que **los elementos de validez del acto electoral se diferencian del acto administrativo, por lo menos, en los siguientes**

⁴⁷ Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed.

⁴⁸ D'alessio, E., *Istituzione di Diritto Amministrativo*, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.

⁴⁹ Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, p. 32.

⁵⁰ Nohlen, Dieter; Zovato, Daniel; Orozco, Jesús; Thompson, José, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, 2007. Pág. 441.

aspectos: en cuanto al procedimiento para su formación; respecto de los sujetos que intervienen en su expedición; y, por último, en lo que concierne a su finalidad.

Frente a la formación del acto electoral debe tenerse en cuenta que, a diferencia del procedimiento de formación de actos administrativos cuyas reglas están contenidas en el C.P.A.C.A. y en las leyes que regulan procedimientos administrativos especiales, el procedimiento específico de creación de actos electorales, tiene fundamento en atribuciones de carácter constitucional concretas y en principios democráticos sobre los que descansa un Estado Social de Derecho y, para los cuales y, precisamente por esa naturaleza, se prevé un procedimiento de elaboración especial y absolutamente diferente.

Este procedimiento autónomo para la expedición de actos electorales está conformado por el conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para materializar o exteriorizar la voluntad popular expresada a través del derecho al voto, para el caso de las elecciones por voto popular, el cual está regulado en normas especiales como el Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) y la Ley 1475 de 2011; y en el caso concreto, tratándose de la elección del Fiscal General de la Nación, en el artículo 249 de la C.P., el artículo 29 de la Ley 270 de 1996 y el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que respecta a los sujetos que intervienen en su formación, a diferencia del acto administrativo, cuyo sujeto principal es la Administración, el sujeto del acto electoral es el electorado que participa en la contienda democrática en ejercicio del derecho a elegir consagrado en los artículos 40 y 98 de la Constitución Política, para expresar su voluntad de representación en forma directa o indirecta.

Consecuentemente, la finalidad del acto electoral corresponde a concretar o materializar el principio democrático y la expresión de la voluntad popular, de manera directa o indirecta.

En razón a la naturaleza particular del acto electoral, en especial a que éste debe ser entendido como la materialización de la voluntad expresada en las urnas, la jurisprudencia ha sostenido que en su expedición, así como en su control por vía judicial, que hecho el test de proporcionalidad de rigor, deben preponderar los derechos de los electores sobre los mismos derechos del elegido, en virtud de la prevalencia de los principios *pro hominum* y *pro electoratem*.⁵¹

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de unificación de jurisprudencia de 7 de junio de 2016. Demandada: Gobernadora del departamento de La Guajira. C.P.: Alberto Yepes Barreiro:

“(...) Es importante señalar que el sistema democrático se funda, entre otros, en los principios de transparencia, igualdad y legitimidad institucional, que imponen desde la perspectiva de la función asignada al juez electoral su defensa.

En esa tarea, lo lógico es que este juez esté llamado a resolver las tensiones que se generan entre los valores y principios propios del sistema democrático y los derechos de quien, en ejercicio de las reglas que fija ese sistema, resulta como titular de cierta porción del poder estatal. Tensión que, en el marco de las funciones asignadas a este juez, no puede ser resuelta bajo la lógica de la prevalencia de los derechos del elegido, en tanto ha de entenderse que, para que aquellos -los derechos del elegido- se materialicen, necesariamente primero ha de lograrse la pervivencia del sistema democrático pues, de no respetarse éste, la garantía y realización de aquellos se hace imposible.

La claridad de estos conceptos, sustentada en la reiteración pacífica que se ha erguido sobre ellos, debía llevar a la mayoría de la Sala a parangonarlos con los rasgos propios de la Resolución acusada, no solo desde los parámetros que para cada uno de los actos pasibles del control que procura la nulidad electoral se edificaron por parte de la Sección Quinta, sino igualmente desde la naturaleza de la función ejercida por la autoridad que la profirió, a saber, electoral o administrativa, como cuestionamiento introductorio al examen propuesto con los procesos acumulados, al origen de la sentencia de la que me aparto.

En las antípodas de ello, la mayoría de la Sala omitió el estudio de este eje, cuyo resultado habría demostrado una indebida escogencia de la acción, a la luz de las explicaciones que se vierten enseguida:

1.1. La Resolución No. 1595 de 2018 no contiene la expresión de la voluntad del electorado

En primer lugar, el acto acusado dispone **de un origen constitucional y legal** que, si bien se apoya en las resultas de un proceso proselitista, debe su existencia a los mandatos que el Constituyente derivado⁵² y el legislador estatutario⁵³ incluyeron en el texto de la Carta Política de 1991 y el estatuto de la oposición, respectivamente, al establecer que “[e]l candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, (...) tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes (...) respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación”.

La fuente de la designación se encuentra así en los efectos jurídicos que al segundo lugar en las elecciones presidenciales otorgó el ordenamiento, sin que ello signifique que la voluntad del electorado se encuentra allí materializada, ya que, en definitiva, ésta fue expresada en aras de que el candidato ocupara la

Dentro de esta lógica, antes que la realización del derecho subjetivo a ser elegido, el juez de lo electoral está obligado, frente al ejercicio de la función electoral bien por parte del pueblo mediante el sufragio o de los diversos órganos estatales que tienen asignada dicha potestad, a hacer compatibles los principios en que se funda el Estado democrático con todo el sistema de principios y valores constitucionales, en donde su análisis no puede tener como fin último o único la prevalencia de los derechos del elegido, en los que, seguramente para lograr la pervivencia y eficacia del sistema democrático, estos pueden resultar limitados.

En ese orden de ideas, para la efectiva realización de la democracia, se requiere que, con fundamento en los parámetros constitucionales, el Estado y los individuos cumplan y observen sus presupuestos -entendidos como esos requisitos formales y materiales para el acceso a un cargo o función pública que la norma fundamental ha fijado-, razón por la que no es posible subordinar sus fundamentos a la realización exclusiva de los derechos fundamentales del elegido, pues estos solo se pueden satisfacer cuando previamente se han observado los supuestos para la realización de la democracia, entendida esta como principio y valor fundante del Estado colombiano. Por ello es que no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores). (...).”

⁵² Art. 1º AL. 02 de 2015, conocido como el del equilibrio de poderes.

⁵³ Ley 1909 de 2018, estatuto de la oposición.



máxima autoridad administrativa y estatal –la de Presidente y Vicepresidente–, y no una curul en el Senado y la Cámara de Representantes.

Dicho en otros términos, y trayendo a colación los apartes jurisprudenciales anteriormente transcritos, la expedición del acto acusado no fue el producto del ejercicio de función electoral –la que desemboca en el proferimiento de actos de elección– comoquiera que la voluntad del electorado no explicó, de forma absoluta y suficiente, su existencia, identificándose una relación de contornos apenas mediatos.

Y es que la Resolución N°. 1595 de 2018 no dispone de los rasgos que desde el punto de vista procedimental y subjetivo ha erigido la Sección Quinta para el reconocimiento de un acto de esta naturaleza. En efecto, no fue el fruto de las actuaciones mancomunadas de las autoridades electorales para materializar o cristalizar la voluntad popular expresada mediante el derecho al voto, comoquiera que su fuente, se itera, está en los mandatos constitucionales y legales que, en ese sentido, fueron positivizados al interior del ordenamiento, a lo que se aúna que la intervención del electorado no se mostró como directa para su dictado.

Esta idea se refuerza aún más si se toma el segundo de los argumentos que se desprende de **la propia literalidad** de la Resolución N°. 1595 de 2018 que, lejos de esbozar ideas relativas a la declaratoria de una elección producto de la voluntad de los electores, manifiesta que se trata de un derecho personalísimo de quien en la campaña presidencial ocupa el segundo lugar en las votaciones, así:

“Por medio de la cual **se declara que la ciudadana ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía (...) **tiene el derecho personal a ocupar una curul en la Cámara de Representantes del Congreso de la República** durante el periodo constitucional 2018-2022 y se orden la expedición de la respectiva credencial.” (Negrilla y subraya fuera de texto)

La declaratoria se dirige al reconocimiento de un derecho personal e intransferible, atribuido por el sistema, pero nunca a la expresión de la voluntad del electorado, que conlleve la existencia de un acto de elección.

Finalmente, la tesis adquiere mayor valía al detenerse en el desarrollo del procedimiento que conllevó la designación de la demanda como Congresista. En efecto, la declaratoria de elección, de conformidad con los resultados de la segunda vuelta presidencial acaecida el 17 de junio de 2018, ocurrió con la expedición de la Resolución N°. 1453 de 21 de junio de 2018 (que declara el resultado de la elección presidencial), y no con la que es acusada en el contexto de este trámite (que permite el acceso a la curul congresual), dictada casi un mes después –el 19 de julio de 2018–.

La conjunción de los argumentos expuestos permite concluir que **la Resolución N°. 1595 de 2018 no corresponde a un acto de elección por voto popular, aunque guarde relación con la dinámica proselitista que se ejecutó en el marco de las**



elecciones presidenciales para proveer el cargo durante el periodo constitucional 2018-2022.

1.2. La Resolución No. 1595 de 2018 no es un acto de llamamiento

La mencionada resolución tampoco es un acto de llamamiento –o al menos no al llamamiento de que trata el artículo 112⁵⁴ de la Carta Política de 1991 que, en mi sentir y contrario a lo que sostienen la mayoría de mis compañeros, puede o no ser aceptado, comoquiera que se hace referencia a un derecho personalísimo que, a mi juicio, podría ser, su ejercicio, rehusado por quien fuere su beneficiario; posición jurídica que se robustece si se toma en cuenta que, en tratándose del Congreso de la República⁵⁵, dichas curules serán adicionales a las existentes, por lo que podrán ser creadas o no, según las circunstancias que se presenten (rechazo o aceptación)⁵⁶– pues con ella no se busca la provisión de vacantes derivadas de faltas absolutas o temporales al interior del Senado o la Cámara de Representantes.

Se trata de la materialización del derecho personal de aquellos candidatos que intervinieron en la campaña electoral a la Presidencia de la República y que no contaron con el favor popular para acceder a esta dignidad por ocupar el segundo lugar en la contienda; prerrogativa que conlleva la creación de dos nuevas curules al interior de cada una de las Cámaras del Congreso –lo que no ocurre en las demás corporaciones públicas– tal y como lo prescribe el artículo 112 de la Constitución de 1991, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015: *“Las curules así asignadas en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes serán adicionales a las previstas en los artículos 171 y 176. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones.”*

La designación se produce en asientos adicionales a los definidos para las elecciones parlamentarias, y no en escaños ocupados por Congresistas que debieron apartarse definitivamente del ejercicio del cargo.

Por otro lado, fuerza advertir que, en tratándose de la elección de Presidente y Vicepresidente, no se hace uso de listas que motiven el empleo del llamamiento, por lo que debe descartarse esta naturaleza en lo que concierne al acto acusado.

1.3. La Resolución No. 1595 de 2018 no es un acto de elección por cuerpos electorales

⁵⁴ “El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación.”

⁵⁵ Se menciona expresamente el caso del Congreso de la República, por cuanto, en lo que concierne a las demás corporaciones públicas, el otorgamiento de cargos en su interior no conlleva la creación de curules adicionales.

⁵⁶ “Las curules así asignadas en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes serán adicionales a las previstas en los artículos 171 y 176. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones.”

Bajo la misma cuerda argumentativa, se descarta que la resolución demandada responda a la lógica de los actos de elección por cuerpos electorales, ya que, sin necesidad de recurrir a mayores disquisiciones, se observa que contenga la voluntad de la entidad oficial que lo expide, pues esta se aplica, como se anticipó, por un mandato directo de la Constitución y de la Ley 1909 de 2018.

1.4. La Resolución No. 1595 de 2018 no es un acto de nombramiento

En principio⁵⁷, la designación de los servidores públicos mediante el nombramiento –que da lugar a la aparición de un vínculo reglamentario que se perfecciona con la posesión– refleja la potestad discrecional del nominador, quien, atendiendo los parámetros que conforman el ordenamiento, podrá hacerla recaer sobre la persona que en su concepto se avenga de mejor manera al perfil requerido.

Si bien es una facultad reglada –en la noción de legalidad propia del Estado de Derecho todas lo están en cierta forma–, la escogencia mediante la figura del nombramiento ofrece un margen de maniobra al empleador estatal, quien deberá ponderar las calidades personales, profesionales y otra índole que puedan influir en el ejercicio de los empleos públicos.

Así las cosas, la Resolución N°. 1595 de 2018 no es el producto de una prerrogativa como la que se describe, comoquiera que la autoridad electoral no escoge deliberadamente a la persona que ocupará la curul; por el contrario, se limita a ejecutar un mandato constitucional o legal unívoco. En efecto, el reconocimiento del derecho frente al Senado o la Cámara de Representantes, a cargo del Consejo Nacional Electoral, no podrá efectuarse discrecionalmente, pues deberá atender las resultas de la contienda electoral, sin que por ello pueda entenderse que se trata de un acto de declaratoria de elección.

1.6. Conclusiones

Como se ve, el ejercicio de la nulidad electoral depende de que los actos enjuiciados sean electorales por voto popular o por cuerpos colegiados, de llamamiento o de nombramiento. Al estar demostrado que la Resolución demandada no pertenece a ninguna de estas categorías, es claro que las demandas de la referencia no debieron tramitarse bajo esta cuerda procesal. O por lo menos no para rebatir la legalidad de la Resolución N° 1595 de 2018 –que propenden por la materialización del principio de participación democrática acogido en la Carta Política de 1991, situación que permite determinarlo como un acto propiamente democrático tendiente al fortalecimiento de la oposición en el país– en los términos en que lo hicieron los demandantes dentro del proceso acumulado de la referencia.

2. CONSECUENCIAS DE LA IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO

⁵⁷ Se dice “en principio”, pues en ciertos asuntos el nombramiento no es el producto de un acto discrecional, como sucede en el contexto de la carrera administrativa.

Aun de considerarse que era procedente la acción de nulidad electoral, un punto bastante espinoso, dadas las peculiares características del sistema de designación que llevó a la provisión de la curul ocupada por la ciudadana **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ**, y que tampoco fue objeto de análisis en la sentencia de la cual me aparto, tiene que ver con cuál debió ser el acto demandado, y las implicaciones jurídico-procesales de cada una de las conclusiones posibles.

2.1. La Resolución No. 1595 de 2018 como acto definitivo

En un primer escenario, el acto definitivo y, por ende, fuente del derecho personal de la demanda, sería la Resolución No. 1595 de 2018 por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral declaró este hecho.

Siendo así, es necesario mirar que la doble militancia que se aduce deviene de la inscripción de la candidatura de la señora **ROBLEDO GÓMEZ** como la fórmula vicepresidencial que acompañó la aspiración presidencial de Gustavo Francisco Petro Urrego.

Ello significa que el acto electoral en el que se concreta el vicio en cuestión es el que declara el resultado de esos comicios, esto es, en la Resolución No. 1453 de 21 de junio de 2018 *“Por medio de la cual se declara la elección de Presidente y Vicepresidenta de la República, período 2018-2022, y se ordena expedir las respectivas credenciales”*, pues fue para ese binomio que se inscribió.

El hecho de ocupar el segundo lugar en esa jornada electoral fue lo que permitió el surgimiento del derecho personal de que trata el artículo 112 de la Constitución Política, que luego se materializó en la Resolución No. 1595 de 2018, objeto del contencioso electoral de la referencia.

Dentro de ese contexto, la última presenta una relación inescindible respecto de la primera que determina su validez y contenido, razón por la cual debieron demandarse ambos actos, so pena de que se configurara lo que jurisprudencialmente se conoce como “proposición jurídica incompleta”, lo que, en mi opinión, obligaba a un fallo inhibitorio.

Ahora, aún en el caso de que se considerara que era suficiente con demandar la Resolución No. 1595 de 2018, es lo cierto que, de cualquier manera, la doble militancia tendría que haberse configurado inicialmente respecto de la Resolución No. 1453 de 2018, que es la que concreta el objeto de la inscripción de la candidatura realizada por la demandada y la que dispone de los efectos jurídicos, cuya materialización conllevaron la atribución de la curul obtenida por la demandada en el seno de la Cámara de Representantes.

Esto es así porque, contrario a lo señalado en la sentencia aprobada por la mayoría, la doble militancia que allí se estudia no solo demandaba de una inscripción viciada, sino también de la existencia de un resultado electoral,

declarado a través de un acto administrativo pasible de control, pues si eso no se cumple, la situación sería irrelevante para el derecho contencioso electoral.

No podía haber acto declaratorio del derecho personal en el Congreso de la República, sin acto declaratorio del resultado de la elección presidencial, ya que, aunque mediatas, las resultas del proceso proselitista conllevaban la expedición del acto de otorgamiento del escaño congresal y su respectiva credencial, motivo por el que el estudio de la legalidad o, si se quiere de forma más general, de la juridicidad del acto de reconocimiento del derecho personal, implicaba el cuestionamiento del acto que declaraba los resultados, como acto originario de cuya expedición se desprendía la del segundo.

Es decir que, y aunque puede observarse una cierta autonomía en el acto que declara el derecho personal al que hace referencia el artículo 112 de la Carta Política de 1991 –pues materializa el derecho de la oposición a intervenir de forma directa en el estamento de deliberación característico de cualquier democracia–, lo cierto es que se presenta como accesorio del que decreta los resultados de la elección, razón que lleva a admitir que su fiscalización requiere entonces de una proposición jurídica completa conformada por esos dos actos.

Esta vez fue la indebida fluctuación entre agrupaciones políticas lo que suscitó que se demandara la “curul de la oposición”, pero piénsese en el escenario en que la fórmula presidencial es elegida en primera vuelta, se presentaron tres o más candidatos y se tuvo por segunda fuerza política a quienes en realidad por número de votos debieron obtener la tercera posición, ¿se podría demandar el acto que les reconoce el derecho personal a ser investidos como Senador y Representante a la Cámara sin cuestionar el acto que declaró el resultado de la elección? Claramente no, lo mismo sucedía en el asunto examinado por la Sala.

En ese orden de ideas, la fórmula de censura empleada por los demandantes no era jurídicamente admisible, pues cuestionaba la legalidad del acto que se tuvo por definitivo bajo las causales de infracción de norma superior (art. 107 C. P. y el artículo 2° de la Ley 1475) e incursión en doble militancia por el reconocimiento del derecho personal a ocupar la curul, cuando el presunto yerro se presentó en una etapa previa a esta declaratoria, lo cual obligaba a que el reproche se elevara bajo la causal de “expedición irregular” por la existencia de un motivo de ilegalidad originado en un acto preparatorio, que sería la Resolución N° 1453 de 2018, el cual trascendió al acto definitivo, es decir, a la Resolución No. 1595 de 2018.

En ese orden de ideas, como no hubo un planteamiento en esos términos no era dable que la Sala estudiara de fondo las censuras de los demandantes, porque el respeto por el principio de justicia rogada que gobierna la jurisdicción de lo contencioso administrativo se lo impedía.

2.2. La Resolución No. 1453 de 2018 como acto definitivo

La anterior explicación permitía poner en consideración otro escenario, altamente probable, y es que la Resolución No. 1453 de 21 de junio de 2018 por la cual se declaró la Elección de Presidente y Vicepresidente, y que contiene la indicación de la fórmula que ocupó el segundo lugar en esa contienda, fuera el acto definitivo, pues es el que establece el supuesto de hecho al que el artículo 112 de la Constitución y el artículo 24 de la Ley 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición) le establecen la consecuencia jurídica que motivó la presentación de las demandas acumuladas en el proceso de la referencia, pues el inciso 1º del artículo 24 de la Ley 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición) previene que la expedición de las respectivas credenciales de congresistas designados en la curul de oposición tiene lugar a la terminación de los escrutinios electorales.

Dentro de ese contexto, la Resolución No. 1595 de 2018 por la cual se declaró la existencia de un derecho personal en favor de la ciudadana **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ** pasaría a ser un mero acto de ejecución, que da cumplimiento a un imperativo normativo, lo cual refuerza el argumento de que este no puede ser catalogado como un acto electoral, de llamamiento o de nombramiento en los estrictos y precisos términos del artículo 139 del CPACA.

En este contexto, se imponía con muchas más veras que la Resolución No. 1453 de 2018 debía ser objeto de demanda; de hecho, ante ese estado de cosas sería el único pasible de control, toda vez que los actos de ejecución no son justiciables por ninguno de los medios de control de legalidad que consagra el CPACA, especialmente el de nulidad electoral, pero claramente ello no fue el objeto de la fijación del litigio que condujo a la producción del fallo de cuyas consideraciones y resolutive me aparto.

2.3. Integración de los argumentos esbozados en precedencia

Sea cual fuera el caso, es lo cierto que el enjuiciamiento de la Resolución No. 1453 de 2018 era una condición necesaria para que la Sala pudiera proveer sobre la eventual configuración de la doble militancia alegada. Sin embargo, esta no fue objeto de cuestionamiento alguno por parte de los demandantes, ni existe acepción alguna en la fijación del litigio o en el planteamiento del problema jurídico vertido en la sentencia que permita inferir que tal estudio era una opción para considerar. Desde mi punto de vista, por más indeseables que resulten ese tipo de pronunciamientos, la forma en que se trabó la litis debió conducir a una decisión inhibitoria.

Con ello, no pretendo desconocer que esta fue una de las cuestiones que pudo definirse en el auto admisorio de la demanda, y sobre las cuales sería imposible, en principio, regresar, a menos que las circunstancias particulares del caso así lo ameritaran, tal y como sucedió en el asunto puesto a consideración de la Sala. En otros términos, si la admisión del libelo introductorio llevaba a superar, a priori, este tipo de asuntos, lo cierto es que la puesta en marcha del trámite jurisdiccional permitió identificar importantes falencias en la proposición jurídica formulada en las demandas acumuladas, que debían catalizar la expedición de una sentencia

inhibitoria, comoquiera que el acto definitorio, como se explicó, no fue demandado en este proceso.

Se dice que la admisibilidad de la demandada debe, en principio, conllevar el proferimiento de un fallo de fondo que ponga punto final a la controversia sumida a consideración de los operadores judiciales, lo que se extiende al plano del Contencioso Electoral. No obstante, la admisión no puede ser catalogada como una “camisa de fuerza”, o una “cortapisa”, luego de que se advierten irregularidades que deben conllevar replantear los juicios que, con su realización, toman cuerpo, pues, como lo he manifestado⁵⁸, el estudio de la admisibilidad en los procesos electorales, de conformidad con el texto del artículo 277 del CPACA⁵⁹, **resulta ser, en todos los casos, un estudio del ponente que puede ser posteriormente modificada o, mejor, reanalizada por el pleno de la Sala**, como acontece en otros eventos del Contencioso Administrativo.

Piénsese, por ejemplo, en como el artículo 171 del CPACA prevé que en los procesos que dan pie a los trámites ordinarios –reparación directa, controversias contractuales, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho– “...*el juez admitirá la demanda...*”; o en la decisión de las medidas cautelares, reguladas en el artículo 229 *Ibídem*, que establece que la prosperidad o no de éstas dependerá del estudio que en ese sentido realice el “magistrado ponente.”

De allí que, aunque hubo admisión de la demanda, las falencias incurridas en las demandas a la hora de plantear la proposición jurídica necesaria para emprender el estudio judicial de la declaración del derecho personalísimo demandado –que exigía el cuestionamiento de la legalidad del acto declarativo de la elección presidencial para el periodo 2018-2022– imponía la expedición de un fallo inhibitorio.

El cambio en las posiciones judiciales que se ostentan en las diferentes etapas del proceso contencioso administrativo es aupado desde la propia literalidad de la Ley 1437 de 2011, luego de prescribe en el ya citado artículo 229 que “*la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento*”, permitiendo entonces al juez de la contienda mantener o apartarse del primero de los análisis que fuera por él realizado, lo que resulta del todo lógico y justo, pues solo al momento de proferir el fallo el juez cuenta, en principio, con la totalidad de los elementos jurídicos y probatorios para proveer sobre el fondo del asunto y alcanzar así, por lo menos, la verdad procesal.

3. LA CAUSAL DE DOBLE MILITANCIA ESTUDIADA NO ES APLICABLE A LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

⁵⁸ Ver aclaración de voto. Rad. 11001-03-28-000-2018-00628-00.

⁵⁹ “(...) en caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la Sala o Sección. Contra este auto sólo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación”. Es decir que cuando no existe solicitud de suspensión provisional

Las demandas acumuladas parten de un denominador común: la prohibición de doble militancia alegada, como causal de nulidad del acto demandado, cobija igualmente el proceso proselitista para la designación popular del Presidente y Vicepresidente de la República.

Esto es importante en la medida en que la Sección Quinta ha distinguido entre diversos tipos de doble militancia. En tal sentido, en sentencia de 1º de noviembre de 2012⁶⁰, la Sala resumió tal como sigue:

“... la figura de “doble militancia” tiene cinco modalidades, las tres primeras previstas por el artículo 107 de la Constitución Política y las dos subsiguientes por el legislador estatutario en la Ley 1475 de 2011. Están dirigidas a:

i) **Los ciudadanos**: *“En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.”* (Inciso 2º del artículo 107 de la Constitución Política)

ii) **Quienes participen en consultas**: *“Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.”* (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política)

iii) **Miembros de una corporación pública**: *“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”* (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política)

iv) **Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización**: *“Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”* (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

v) **Directivos de organizaciones políticas**: *“Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los*

⁶⁰ M. P. Mauricio Torres Cuervo, rad. 63001-23-31-000-2011-00311-01, demandada: GOBERNADORA DEL QUINDÍO. Reiterada, entre otras, en la sentencia de 28 de septiembre de 2015, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez rad. N°. 11001-03-28-000-2014-00057-00., demandada: REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR SANTANDER; y en la sentencia de 6 de octubre de 2016, M. P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 5001-23-33-000-2016-00077-01, demandada: DIPUTADA DEL META.



órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos” (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)”.

Teniendo en cuenta esta particular caracterización, la mayoría no advirtió que la causal de doble militancia definida para los “miembros de corporaciones públicas” no podía aplicarse a la situación bajo examen con fundamento en las explicaciones que prosiguen:

3.1. Las causales de inelegibilidad para la elección de presidente y vicepresidente de la República disponen de naturaleza constitucional

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la producción del derecho en el ordenamiento corresponde a una multiplicidad de instituciones, organizadas jerárquicamente, a la manera como Kelsen lo definiera en su Teoría Pura del Derecho.

La imbricación de competencias normativas no debe hacer olvidar que ciertos asuntos fueron asignados de forma exclusiva a determinadas autoridades, únicas facultadas para proferir las prescripciones dentro de esos ámbitos.

Con esa perspectiva debe tenerse en cuenta que la arquitectura del Estado se erige a partir de una serie de bases que son del resorte exclusivo de la Constitución Política, y otras cuyo desarrollo figura en la ley.

A esta realidad no escapan las condiciones de elegibilidad y ciertos límites para el ejercicio de dignidades públicas. En palabras de la Corte Constitucional, *“el Constituyente no ha entrado a definir en el propio texto de la Constitución Política todas las incompatibilidades e inhabilidades aplicables a los distintos cargos públicos. Buena parte de ellas son del exclusivo resorte del legislador, por disposición expresa de la misma Constitución o por cláusula general de competencia”*⁶¹.

En esta materia, pese a todas las posibilidades con las que cuenta el legislador para definir aspectos neurálgicos en punto de las condiciones de inelegibilidad a las cuales se encuentran sometidos los diversos cargos establecidos en el ordenamiento, existe un grupo limitado de cargos e investiduras frente a las que aquel no tiene injerencia directa. En la sentencia C-015 de 2014 se esgrimen consideraciones pertinentes para el caso:

“No obstante, la regla general de competencia legislativa para fijar el régimen de inhabilidades de los distintos cargos públicos encuentra una excepción en lo tocante a los cargos de Congresista o Presidente de la República, puesto que tal y como ha reconocido en anteriores oportunidades esta Corporación, los artículos pertinentes de la Constitución establecen un sistema cerrado y no facultan expresamente al Legislador para agregar nuevas inhabilidades a la

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-483 de 1998.

enumeración efectuada por el Constituyente (artículos 179[11] y 197, C.P.). Por eso, la jurisprudencia de la Corte ha concluido que “el legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.” (Énfasis fuera del texto) [12]. En igual sentido, en la sentencia C-209 de 2000 se afirmó: “Cabe destacar que, en materia de inhabilidades e incompatibilidades, la propia Carta Política se ha encargado de señalar las que le son aplicables a los congresistas (arts. 179, 180 y 181) y algunas que se predicán de la generalidad de los servidores públicos (C.P. arts. 127 y 128).”

De ese modo, es claro que en cuanto concierne al cargo de Presidente de la República, y por contera al de Vicepresidente, dada la inescindible relación que los vincula, toda previsión legal debe despojarse de cualquier alcance que establezca límites de acceso no contemplados en la Constitución Política.

Esto es lo que sucede con las normas de la Ley 1475 de 2011 que establecen reglas para evitar la doble militancia. Aunque jurisprudencialmente se le ha tratado de manera autónoma frente a las inhabilidades e incompatibilidades, es lo cierto que para lo que interesa a la acción de nulidad electoral deben tenerse como figuras equiparables, pues se trata de una situación vista con el potencial de viciar la legalidad del acto electoral, lo que de suyo la convierte en una condición de elegibilidad, o lo que es lo mismo, un límite para el acceso a cargos públicos.

En los estudios realizados por la Sala Electoral del Consejo de Estado, la doble militancia, aun cuando formalmente posea su propio peso jurídico, materialmente termina siendo una causal de inelegibilidad específica, que a las voces de lo normado en el numeral 8º del artículo 275 del CPACA se predica de las elecciones por voto popular, lo que implica que la infracción de esta regla por el acceso a dignidades bajo otras formas de designación no constituye per se causal de anulación, como ocurre con el acto demandado que reconoce un derecho personal –tal y como será desarrollado posteriormente– que es diferente al que declaró el resultado de la elección, ya que no materializó la voluntad popular de forma directa, al responder a un mandato estatuido en la Constitución y la Ley.

Esto quiere decir que al menos los supuestos del inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 no pueden servir de parámetro de control para la doble militancia, lo que reduce el análisis a la mera confrontación con la parte final del artículo 107 de la Constitución Política. Y no es que la ley no pueda fijar reglas sobre militancia que afecten incluso a quien aspira a ser presidente, lo que ocurre es que de ella



no puede surgir la inelegibilidad para el Presidente o el Vicepresidente, habida cuenta de la reserva constitucional de que dispone el acceso a este tipo de cargo, pues solo el constituyente originario o derivado podrá las condiciones que imposibilitan presentarse a esta elección.

Pues bien, como se dijo, dentro de las temáticas sobre las cuales recae la reserva constitucional se encuentra, sin duda alguna, los requisitos y condiciones de inelegibilidad de los candidatos que aspiran a acceder al cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, producto de las funciones que desempeñan al interior de la arquitectura constitucional concebida por los Asambleístas de 1991.

En efecto, a las voces del artículo 189 constitucional, el Presidente de la República es el jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa en el país, ocupando la cúspide del aparato estatal, que además de encargarse de las relaciones exteriores, ejerce la dirección de la política interna. El vicepresidente, es nada más y nada menos que quien lo reemplaza en caso de vacancia del cargo.

Estas características llevan a admitir que su régimen de elección esté regulado de forma exclusiva y, por tanto, excluyente, en la Norma de Normas, que es parámetro de validez del sistema, pues de lo contrario el acceso a dicho cargo público dependería de instancias de menor jerarquía, en el contexto de un régimen presidencial, como se predica del colombiano.

Se trata de blindar la función presidencial y, todo lo que ella acarrea, dejando en “manos” de la Constitución la determinación de los condicionamientos para el acceso, lo que incluye las inhabilidades y demás prohibiciones, como ocurre igualmente con los congresistas.

De allí que el estudio de los cargos propuestos en las demandas acumuladas debía partir de esta premisa, pues de lo contrario no superaría la evaluación de la juridicidad de un acto democrático a partir de normas que no le resultan, en principio, aplicables. De allí que, como se ha indicado en este salvamento de voto, el estudio de la legalidad del acto demandado –si se admitiera que así podía hacerse– pasará por establecer, de cara a la demanda, cuáles de las normas presuntamente infringidas podían conllevar su adelantamiento, ya que, se reitera, las condiciones de inelegibilidad para Presidente y Vicepresidente cuentan con reserva constitucional.

3.2. La literalidad las normas constitucionales no permite extender la doble militancia de miembros de corporaciones públicas a candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República

En lo que respecta a los requisitos para acceder al referido cargo, el artículo 191 *eiusdem* manda: “**ARTÍCULO 191. Para ser Presidente de la República se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años**”.



Estos condicionamientos fueron extendidos al Vicepresidente de la República, en el sentido de indicar que de él se predicán “...las mismas calidades que para ser Presidente de la República”⁶².

Ahora bien, en lo que concierne al régimen de inhabilidades aplicable, el artículo 197 de la Carta Política de 1991 consagra:

“No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente.

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya tenido la investidura de Vicepresidente o ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Auditor General de la República, Director General de la Policía, Gobernador de departamento o Alcalde”.

De la lectura de esta disposición se extraen los siguientes elementos:

- Una prohibición de elección dirigida a cualquier persona que hubiere ocupado la dignidad, sin importar el título jurídico.
- Una excepción a la anterior proscripción en favor del Vicepresidente, cuando dentro del cuatrienio, ha ejercido la calidad por menos de tres meses.
- Un mandato que limita las modalidades de reforma a la Constitución en lo que se relaciona con la reelección presidencial.
- Un régimen de inhabilidades que remite a algunas de las causales del artículo 179 Superior, relativas al (i) ordinal 1º, “*Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.*”; (ii) ordinal 4º, “*Quienes hayan perdido la investidura de congresista.*”⁶³; y (iii) ordinal 8º, “*Nadie*

⁶² Art. 204 Constitucional.

⁶³ Dentro de las causales de pérdida de investidura de Congresistas tenemos las siguientes: **Art. 109 C.P.** “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,



podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.”

- La imposibilidad para los ciudadanos que dentro del año anterior a la elección hubieren desempeñado los cargos de Vicepresidente de la República; Fiscal General de la Nación; Procurador General de la Nación, entre otros.

Por otro lado, y en punto de la prohibición de la doble militancia, el artículo 107 Superior prescribe en su inciso 12 lo que se transcribe:

“Quien **siendo miembro de una corporación pública** decida presentarse **a la siguiente elección**, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”

A la luz de lo anterior, se establece un mandato general para los ciudadanos, en el sentido de que no podrán pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político; y a los miembros de las corporaciones públicas” (Negrillas propias).

De la disposición normativa transcrita se coligen los siguientes elementos:

- **Sujeto activo:** miembros de corporaciones públicas.
- **Supuesto fáctico de la norma:** Congresista que decide presentarse “...a la siguiente elección” por un partido distinto.
- **Consecuencia jurídica:** la renuncia a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Se tiene, entonces, que las disposiciones constitucionales referenciadas no mencionan la doble militancia para los candidatos que pretenden acceder a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, toda vez que, como puede constatarse, de su literalidad no puede desprenderse tal restricción.

En este punto, se recuerda que, de conformidad el artículo 1º del Código Electoral, “...las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida”, por lo que no podrán desarrollarse sobre las mismas interpretaciones analógicas o extensivas que pretendan desconocer el alcance que puede colegirse de su propia estructura gramatical.

será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto.” **Art. 110 C.P.** “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.” **Art. 183 C.P.** “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.”



En el asunto resuelto por la Sala, por estar ausente la doble militancia del marco de elegibilidad establecido en el artículo 197 de la Carta, como se explicó, para el cargo de Presidente y Vicepresidente, y por no derivar su aplicabilidad del inciso 12 del artículo 107 de la Carta para estas dignidades no podía declararse la nulidad del acto demandado.

En efecto, la lectura del artículo 197 referido se limita como se manifestó a algunas causales de inhabilidad que retoma del listado establecido para los congresistas, así como una prohibición para algunos funcionarios de presentarse dentro del término inhabilitante de un año anterior a las elecciones por motivo de las funciones desarrolladas en estos.

3.3. La prohibición de doble militancia para miembros de corporación pública es incompatible con el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República desde un plano finalista

De manera prolija, la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁶⁴ ha señalado que la doble militancia fue incorporada al sistema jurídico colombiano para eliminar el transfuguismo y el “cacicazgo”, en principio, en las agrupaciones políticas presentes en las corporaciones públicas –el caso de elecciones uninominales merece consideraciones aparte que serán desarrolladas en los párrafos subsiguientes del presente salvamento—. En ese sentido, se manifestó:

“La prohibición de pertenencia simultánea a más de una organización política, es decir, la doble militancia, se introdujo en el sistema político colombiano con el fin de crear un régimen severo de bancadas en el que esté proscrito el transfuguismo político.

La Corte Constitucional definió la doble militancia como una “limitación, de raigambre constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas (Art. 40-3 C.P.). Ello en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular”

La doble militancia está dirigida entonces, a quienes son miembros de más de un partido o movimiento político”.

Se colige de lo anterior que la existencia de esta medida se justificó, en principio, en la búsqueda de la disciplina partidista que se vio diezmada por prácticas de incoherencia política que afectaban la función de los partidos, movimientos y

⁶⁴ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado: sentencias de 20 de noviembre de 2015, Exp. 11001-03-28-000-2014-00091-00; 12 de noviembre de 2015, Exp. 11001-03-28-000-2014-00088-00 y 28 de septiembre de 2015, Exp. 1001-03-28-000-2014-00057-00, en las que fue ponente la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



agrupaciones políticas en general, como canales de interrelación entre las fuentes del poder y la ciudadanía.

Entonces, la figura de la doble militancia pretende la congruencia del actuar político de los miembros que pertenecen a las diversas agrupaciones políticas, quienes deberán respetar las decisiones partidistas, así como sus intereses, impidiendo falsear las voluntades tendidas en algún momento entre candidatos, elegidos y éstas.

Es precisamente ello lo que explica que exista una prohibición de doble militancia para los miembros de corporaciones públicas, pues, aún dentro del marco del respeto por el bien común y el interés general, la esencia de la práctica política en estos escenarios es precisamente la parcialidad y el apego hacia las directrices partidistas en las que pugna por hacer prevalecer un determinado ideario es lo usual, e incluso lo democráticamente esperado, por el principio de representación especializado que subyace a las elecciones de Congreso, asambleas, concejos y juntas administradoras locales.

En contraposición a este enfoque, los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República responde a una lógica diversa que los excluye de la aplicación de la regla de doble militancia establecida en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política. De una manera abierta, el debate parlamentario está condicionado por la posición de la bancada; mientras que el ejercicio de gobierno que recae en la figura presidencial, aunque cuente con un respaldo ideológico de su agrupación política, debe trascender, por lo menos desde la teoría jurídica, el sesgo político.

No puede pasarse por alto que, a la luz del artículo 188 Superior, ***“El Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos.”***

Es relevante este contexto en que se inscribe la figura del primer mandatario: símbolo de la unidad nacional, garante del ordenamiento y de los derechos y libertades que otorga. Claramente el ejercicio de esa función supera las dinámicas partidistas que se dan en el seno de las corporaciones públicas, pues debe guardar concordancia con la satisfacción del interés de todos los colombianos, sin distinciones o arraigos políticos.

Así, por ejemplo, cuando en el Congreso se discurre, se hace en defensa de la ideología que representa a los electores de una determinada bancada, pero cuando el Presidente de la República dirige la política interna lo hace en nombre de todos y cada uno de sus coterráneos.

Bajo el mismo enfoque finalista, es menester precisar que, refiriéndose a la doble militancia, la Corte Constitucional expresó en la sentencia C-018 de 2018, por medio de la cual realizó el control previo de la Ley Estatutaria 1909 de 2018



(Estatuto de la Oposición), en la que se desarrolla el tema de las curules de oposición, lo siguiente:

“Adicionalmente, resalta la Corte respecto de la prohibición de doble militancia aplicable a los integrantes de las organizaciones políticas que: (i) el artículo 107 Superior prevé que si bien todos los ciudadanos tienen tanto el derecho de fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos como la libertad de afiliarse o retirarse de ellos, “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento jurídico con personería jurídica”[267]; (ii) **la prohibición de la doble militancia y del transfuguismo político, constituyen herramientas de primera línea para la consecución del fin constitucional de fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, basado en el aumento del estándar de disciplina de sus miembros e integrantes**[268]; (iii) la jurisprudencia constitucional ha reconocido “[d]esde un punto de vista formal, la mencionada prohibición busca evitar la pertenencia simultánea del elegido a dos partidos, movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, y por ende, **a dos bancadas**; desde una aproximación material, la interdicción conlleva a que el representante **no ejerza activismo en defensa de los programas, idearios o ideologías de dos organizaciones políticas al mismo tiempo**. Tal prohibición, por lo demás, tiene como corolario la sanción del “transfuguismo político”, fenómeno que afecta el normal desarrollo de la actividad del Congreso de la República, o en su caso, de las Asambleas Departamentales, los Concejos Distritales y Municipales y las Juntas Administradoras Locales. Así pues, **no se trata tan sólo de un asunto de lealtad para con la organización política que llevó al candidato a la curul, sino que está de por medio el racional funcionamiento de una Corporación Pública**”.”

Desde la perspectiva de lo señalado por dicha Corporación en sede de control abstracto de constitucionalidad, la interpretación que permitía la inscripción de la candidatura de la demandada a la Vicepresidencia de la República en el caso de la referencia no reñía con los cometidos señalados en la Carta Política, pues no hubo afectación del racional funcionamiento del Congreso de la República, en la medida en que la aspiración Vicepresidencial no tiene, *per se*, el potencial de marginar los intereses de la bancada, entendida por la Ley 974 de 2005 (de Bancadas) como el colectivo de personas que fueron elegidas por la misma agrupación política para una determinada corporación pública.

Esto se explica en que, si el espectro de acción de la bancada del Partido Verde en el Congreso de la República era precisamente dicha entidad, no puede considerarse que la legítima aspiración de la demandada para un cargo que, inclusive, hace parte de una Rama distinta del poder público se oponga a los intereses de dicha colectividad dentro del reputado órgano legislativo.

Recuérdese que la ley circunscribe el régimen de bancada al ámbito de las corporaciones públicas, pues se trata de coordinar la participación de las personas que la integran pero que fueron elegidas bajo una comunidad ideológica. Se busca asegurar la representación que esas personas tienen al interior del Congreso de la



República, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, bajo la unidad partidista.

No es de poca importancia advertir que la mencionada Ley 974 de 2005, “*por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas*”, las define así: “*Los **miembros de las Corporaciones Públicas** elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos constituyen una bancada en la respectiva corporación. || Cada miembro de una Corporación Pública pertenecerá exclusivamente a una Bancada*”.

Incluso para la actuación en bancada, el artículo 2° ejusdem previene que “*Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente y emplearán mecanismos democráticos para tomar sus decisiones **al interior de las corporaciones públicas** en todos los temas que los Estatutos del respectivo Partido o Movimiento Político no establezcan como de conciencia*”.

Si esto es así, claramente la desvinculación de la Corporación Pública para aspirar a un cargo uninominal no puede considerarse como un motivo de afectación al régimen de bancadas, precisamente porque al no hacer parte del órgano deliberativo colegiado en cuestión, no podrá desplegar comportamientos que afecten directamente la postura de la agrupación política respectiva al interior del Congreso, asamblea o concejo.

A ello se aúna que la vacante producida por la renuncia de la señora **ROBLEDO GÓMEZ** debía ser provista mediante el sistema definido en el inciso 1° del artículo 134 de la Constitución Política, conforme con el cual los miembros de corporaciones públicas “*podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral*”.

Esto significa que no podía haber defraudación de la voluntad popular por cuanto las personas que acompañaron a la referida ciudadana lo hicieron bajo la convicción de que esta representaría sus intereses al interior de la Cámara de Representantes bajo el manto del Partido Verde, y a esta representación se le dio continuidad a través de su reemplazo con un integrante de la lista presentada por la misma agrupación política.

Si la idea de las reformas políticas de 2003 y 2009, como es sabido, fue fortalecer la democracia de partidos y movimientos políticos, al punto en que se hace recaer en ellos la verdadera representación popular, este loable propósito se mantuvo incólume en la medida en que la renuncia de la demandada **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ** no dejó fisura alguna en el Partido Verde, en tanto su vacancia no afectó el número de curules que esa agrupación tenía en el Congreso de la República y, por ende, las acciones de bancada que, a partir de tal configuración numérica podía desplegar.

Los anteriores argumentos debieron llevar a la Sala en el fallo del cual me aparto a la conclusión de que la malsana conducta partidista que busca evitar la prohibición doble militancia de miembros de corporaciones públicas de que trata el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución no irradia de la misma manera al cargo de Presidente y Vicepresidente; lo cual era suficiente para denegar las pretensiones de nulidad elevadas contra la Resolución No. 1595 de 2018, por medio de la cual se reconoció un derecho personal a la señora **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ**.

4. CARACTERES DE LA CURUL ASIGNADA EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA POR LA VÍA DEL MECANISMO ESPECIAL DISEÑADO PARA LAS FUERZAS DE OPOSICIÓN AL GOBIERNO

El soporte constitucional de las curules que se otorgan en Senado y Cámara de Representantes para los candidatos que ocupen el segundo lugar en las elecciones presidenciales está dado por el artículo 112 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015 (Equilibrio de Poderes), así:

“El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el **derecho personal** a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación.

Las curules así asignadas en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes serán **adicionales a las previstas en los artículos 171 y 176**. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones⁶⁵.

⁶⁵ De conformidad con lo señalado en el artículo 171 de la Constitución Política, el Senado de la República estará integrado por 100 miembros elegidos por circunscripción nacional y 2 adicionales elegidos por en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. A esto se debe añadir lo incorporado por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017, conforme con el cual, para los períodos 2018-2022 y 2022-2026, que concede 5 curules adicionales a las del artículo 171 en favor del partido o movimiento político surgido del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal. Eso significa **que la curul especial para la oposición consagrada en el artículo 112 de la Constitución viene a ser la número 108 del Senado de la República para el período 2018-2022**. || Paralelamente, el artículo 176 de la Carta Política define las reglas para la conformación de la Cámara de Representantes, de un lado, en circunscripciones territoriales (cada departamento y el distrito capital de Bogotá conforman una de ellas) en proporción al número de habitantes, dentro de las cuales el departamento de San Andrés Providencia y Santa Catalina elegirá un representante adicional por la comunidad raizal de dicho departamento; y del otro lado, en circunscripciones especiales que elegirán 2 representantes de las comunidades afrodescendientes, 1 por la circunscripción de comunidades indígenas y 1 por la circunscripción internacional. A estas curules de la Cámara de Representantes deben adicionarse para los periodos 2018-2022 y 2022-2026 las 5 curules concedidas por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017 en favor del partido o movimiento político surgido del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal. Lo anterior se traduce materialmente en que para la Cámara de representantes se eligen 166 congresistas por circunscripciones territoriales y especiales (sin contar la curul adicional para el territorio insular, creada con el Acto Legislativo 02 de 2015, que no se ha provisto por falta de desarrollo legislativo), más los cinco escaños del partido de las antiguas FARC-EP, para un total de 171 representantes en el período 2018-2022. Es a esta cifra a la que se debe añadir **la curul adicional creada para el 2° candidato vicepresidencial como representante de la oposición en los términos del**

En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263⁶⁶.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La asignación de las curules mencionadas en este artículo no será aplicable para las elecciones celebradas en el año 2015”.

Estos apartes normativos, fueron promovidos por el Constituyente Derivado en la mencionada reforma constitucional de 2015 con el propósito de dotar de verdaderas garantías y representación a las fuerzas de oposición política, tanto en el nivel nacional como en el territorial, lo cual, en palabras de la Corte Constitucional, *“se complementa con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2007, donde se extendió a los Concejos y Asambleas la posibilidad de hacer control político a los Alcaldes y Gobernadores, así como a los secretarios del despacho”*⁶⁷.

De principio a fin, en los debates que se dieron durante el trámite del *“Proyecto de Acto Legislativo número 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado, acumulados con los Proyectos de Acto Legislativo número 02 de 2014 Senado, 04 de 2014 Senado, 05 de 2014 Senado, 06 de 2014 Senado y 12 de 2014 Senado, por medio del cual se adopta una Reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se dictan otras disposiciones (segunda vuelta)”*, que condujo a la expedición del texto normativo en cuestión, se mantuvo la referida intención, que surgió como una propuesta del partido Conservador abanderada por el Senador Eduardo Enríquez Maya, que, en las discusiones de primera vuelta al interior de la Comisión Primera de esa célula legislativa expuso:

“la propuesta consiste en que el segundo en votos para la presidencia de la república ocupe curul en el Senado, el segundo en votos para la Vicepresidencia de la república ocupe curul en la cámara y orienten el régimen de la oposición desde ese escenario, y lo propio el segundo en votos para la gobernación del departamento ocupe curul en la asamblea del departamento y el segundo en votos para la alcaldía distrital y municipal ocupe curul respectivamente en el Concejo distrital y en el Concejo municipal.

artículo 112 de la Constitución, que viene a ser la numero 172 de la Cámara de Representantes para el Período 2018-2022.

⁶⁶ El artículo 263 de la Constitución Política prescribe que para garantizar la equitativa representación de las distintas agrupaciones políticas, las curules de las corporaciones públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los votos válidos para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley. En el mismo sentido, estipula: *“La cifra repartidora resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más, el número de votos por cada lista ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos. || En las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cuociente electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cuociente. En las circunscripciones en las que se elige un miembro, la curul se adjudicará a la lista mayoritaria. || Cuando ninguna de las listas supere el umbral, las curules se distribuirán entre todas las inscritas, de acuerdo con la regla de asignación que corresponda”*.

⁶⁷ Sentencia C-018 de 2018.



Se busca que esos millares y millares de colombianos que acuden a las urnas tengan su representación legítima en estos escenarios que confiere la democracia y yo creo que así entre otras ventajas se busca que se fortalezcan los partidos, se combate la abstención, así como también se estimulan los liderazgos en la actividad política colombiana”⁶⁸.

Igualmente, en el ocaso del procedimiento legislativo que siguió esta iniciativa, el Representante a la Cámara Orlando Guerra De La Rosa le reconoció que dicha figura *“va a permitir que haya un Equilibrio de Poderes o un Equilibrio del Poder Público, porque va a permitir que a lo largo y ancho del país, las fuerzas que no ganan las elecciones puedan tener representación en estas corporaciones públicas”*⁶⁹. De hecho, los informes de ponencia con los que fue presentada la iniciativa a la Cámara de Representantes fueron del siguiente tenor:

“Asignación de curules a los segundos en lista de elecciones a Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador y Alcalde

Una de las principales características del sistema de frenos y contrapesos es que cada una de las Ramas sobre las cuales recae el Poder Público pueda ejercer un control sobre la otra con el objetivo de que el EL PODER NO SE DESBORDE A FAVOR DE UNA Rama en específico. Esta fue la idea con la que se desarrolló este esquema intrínseco en el principio de separación de poderes en ramas luego de la Revolución francesa y que ha sido adoptada por todos los sistemas políticos modernos en el marco de la vida republicana de los Estados, desde el presidencial hasta el parlamentario.

Colombia no es la excepción. La Constitución de 1991 adoptó el principio de separación de poderes y por consiguiente el sistema de frenos y contrapesos entre las Ramas del Poder Público como elemento de identidad de la Constitución. Así se puede observar a lo largo del desarrollo de nuestro sistema presidencial.

En aras de **fortalecer este sistema de frenos y contrapesos y hacer más evidente el principio de separación de poderes**, los ponentes reiteramos la propuesta de asignar una curul al segundo en votación de las elecciones a Presidente y Vicepresidente de la República, sometido a su voluntad, para que en su mismo orden ocupen un escaño en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes. Asimismo, se replica este sistema para el caso de las elecciones a Gobernación y Alcaldía, candidatos que tendrán la posibilidad de ocupar una curul en la Asamblea Departamental y en los Concejos Distritales y Municipales, respectivamente.

Esta propuesta **brindará a estos candidatos la posibilidad de ejercer un contrapeso a las decisiones del ejecutivo, pues ejercerán un control político legitimado por el caudal electoral** que escogió votar por sus propuestas las que se defenderán desde las corporaciones públicas que corresponda. Además, esta **proposición garantiza y**

⁶⁸ Gaceta del Congreso de la República No. 654 de 2014.

⁶⁹ Gaceta del Congreso de la República No. 736 de 2015.



fortalece el derecho de representación de las colectividades, pues traducirá los derechos e intereses de los ciudadanos adeptos a las propuestas de estos candidatos en políticas reales y efectivas, robusteciendo su posición de agentes de las necesidades de los electores. Todo lo anterior, se traducirá en confianza de la sociedad hacia sus Instituciones.

A modo de conclusión, las críticas que se dan alrededor de este proyecto de Acto Legislativo, deben contrarrestarse a la luz de su eje fundamental, solo así, esa serie de artículos pluritemáticos puede alcanzar una convergencia natural, no sin antes enfatizar que son los legisladores quienes están llamados a restablecer aquel equilibrio que se ha visto afectado por reformas constitucionales y legales y las prácticas políticas personalistas que han resquebrajado el modelo de pesos y contrapesos que de tiempo atrás el Estado colombiano ha adoptado en su historia republicana.

No podemos atemorizarnos por la complejidad e impacto institucional de este proyecto, sino por el contrario, realizar un esfuerzo conjunto para lograr su éxito"⁷⁰ (Negrillas propias).

El alcance que le dieron los ponentes al reputado esquema de asignación de curules, se afincó en importantes principios democráticos y de legitimidad pública, pues no se trata únicamente de reconocer una forma de representación política, sino también de aupar el ejercicio del control político, en el marco del sistema de pesos y contrapesos, a partir de un hecho electoral conocido, que busca dar fuerza operativa a una idea de gobierno que remarque en las corporaciones públicas el principio de separación de poderes.

Se trata de una propuesta que obtuvo interesantes consensos en su trasegar parlamentario, y una inusitada sensación de unanimidad en cada estadio dentro del Congreso. En tal sentido, el Senador Hernán Andrade la calificó como *“un avance para la oposición y para los partidos”*⁷¹.

El senador también conservador Roberto Gerlein expresó que su creencia en cuanto a que *“los partidos que no eligen un segundo pero que lo proponen para un cargo pueden sin necesidad de realizar una elección, recoger a esa persona para que ingrese en la lista de las corporaciones públicas”*⁷².

La senadora del partido Verde Claudia López manifestó: *“... es una muy buena propuesta que entre otras cosas le dará un escenario a quien naturalmente debe ejercer la oposición, quienes perdemos las elecciones naturalmente nuestro ejercicio es el de la oposición. Pero claro que una cosa será ejercerla desde el asfalto y otra cosa será ejercerla con la posibilidad de tener una curul en una corporación pública, nos parece que es una buena medida de garantía para el ejercicio de la oposición política”*⁷³.

⁷⁰ Gaceta del Congreso de la República No. 289 de 2015.

⁷¹ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

⁷² Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

⁷³ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.



El entonces Ministro Juan Fernando Cristo resalto que *“se fortalece la oposición a nivel nacional y territorial, la propuesta del Partido Conservador liderada por el Senador Eduardo Enríquez con la curul para los segundos en votación en elección presidencial, de gobernador y alcaldes”*⁷⁴.

Por su parte el Senador Liberal Horacio Serpa anunció: *“... votaré con gran alborozo este artículo, es necesario, es muy importante es de justicia y creo que corrigió una imperfección de nuestro sistema político y es que en las contiendas electorales los que no puedan llegar a la posición que anhelan en el caso de la Presidencia de la República, tengan un espacio para desarrollar sus labores políticas”*⁷⁵.

Y Finalmente, el Senador Jaime Amín del Centro Democrático, hizo énfasis en lo siguiente: *“Ya hemos anunciado al cierre de la discusión del informe con el que termina la ponencia del voto negativo al Centro Democrático, pero nuestra bancada hace una excepción y apoya el artículo incorporado que presenta el Senador Enríquez Maya. Muchas gracias Presidente”*⁷⁶.

No cabe duda de que la adición que se realizó al artículo 112 de la Constitución Política fue más allá de la mera asignación de una curul. Ciertamente, se trató de un intento entusiasta por otorgarle contenido material al ejercicio de la oposición en Colombia, bajo la premisa de que quien ocupa la segunda posición en la carrera por la presidencia y vicepresidencia de la República, una gobernación departamental o una alcaldía municipal asume un liderazgo natural de control en los distintos niveles del gobierno.

A partir de la literalidad de dicha disposición surgen una serie de ingredientes que definen su contenido, a saber: (i) una condición subjetiva, haber sido candidato a alguno de los cargos uninominales enlistados en dicho artículo; (ii) una causa, obtener el segundo lugar en esos comicios; (iii) una consecuencia, el surgimiento de un derecho personal en la respectiva curul durante el período de la correspondiente corporación; (iv) una relación con el número de escaños ordinarios esa corporación; y (v) las implicaciones frente al supuesto de no ejercicio del derecho personal.

El hecho de que sea el candidato que siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal es lo suficientemente claro.

Sí merecen especial consideración que se trate de un “derecho personal”, que estas curules en el Congreso de la República sean “adicionales” y que se consagre la posibilidad de “no aceptación de la curul”. Entre las dos últimas existe un vínculo indisoluble de cara a su análisis.

⁷⁴ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

⁷⁵ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

⁷⁶ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.



Aunado a lo anterior, bien merece la pena advertir que la razón por la que el Constituyente Derivado de 2015 introdujo el párrafo transitorio en la norma, que impidió hacer efectivas la esta figura de las curules de oposición para las elecciones celebradas en el año 2015 es la proximidad con las mismas.

Muy avanzada la discusión del *“Proyecto de Acto Legislativo número 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado, acumulados con los Proyectos de Acto Legislativo número 02 de 2014 Senado, 04 de 2014 Senado, 05 de 2014 Senado, 06 de 2014 Senado y 12 de 2014 Senado, por medio del cual se adopta una Reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se dictan otras disposiciones (segunda vuelta)”*, más precisamente durante el octavo debate, surgió la proposición de incluir el párrafo en cuestión. Ello suscitó inquietudes en algunos Senadores en relación con el motivo de esa adición, las cuales fueron despejadas por el coordinador ponente, Representante Hernán Penagos, así:

“Ese artículo tiene una proposición que se ha avalado, en el sentido de que esa disposición, que los segundos puedan estar en los Concejos, Asambleas y Congreso, solo se aplique o más bien no se aplique para las elecciones de este año, es decir las regionales de octubre, por muchas razones.

Pero resumo simplemente diciendo, porque esas elecciones se vienen ya en los próximos meses, de alguna manera las cartas están muy jugadas, los partidos ya tienen unas cuentas establecidas, unas cifras repartidoras referenciadas, unas expectativas en materia de curules o más bien esta cifra repartidora pues se cambiaría con esta decisión.

Entonces la idea es aprobar el artículo como viene en la ponencia, agregándole el transitorio en el sentido de que no se aplicaran para las elecciones del mes de octubre”⁷⁷.

La intención, entonces, fue evitar que se alteraran las reglas para una contienda electoral que se encontraba en curso al mismo tiempo en que el proyecto de reforma constitucional atravesaba su recta final.

Con estas claridades y con miras a contextualizar con mayor exactitud el derecho personal de que trata el artículo 112 de la Carta Política, conviene señalar que los artículos 24 y 25 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición) desarrollan la norma constitucional respecto de los congresistas y miembros de corporaciones pública territoriales, tal como sigue:

“ARTÍCULO 24. CURULES EN SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos Presidente y Vicepresidente de la República, tendrán el **derecho personal** a ocupar, en su orden, una curul en el Senado de la República y otra en la Cámara de Representantes, durante el periodo de estas corporaciones, e **integrarán las comisiones primeras constitucionales de las**

⁷⁷ Gaceta del Congreso de la República No. 736 de 2015.



respectivas cámaras. Terminados los escrutinios electorales, la autoridad electoral les expedirá las respectivas credenciales.

Quienes resultaren elegidos mediante esta fórmula, serán **miembros adicionales**⁷⁸ de las actuales comisiones constitucionales permanentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes y, con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 60 de esta ley y harán parte de bancada de la misma organización política.

ARTÍCULO 25. CURULES EN LAS CORPORACIONES PÚBLICAS DE ELECCIÓN POPULAR DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones. Con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 70 de esta ley y harán parte de la misma organización política⁷⁹.

Posterior a la declaratoria de elección de los cargos de Gobernador, Alcalde Distrital y Municipal y previo a la de las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación, deberán manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.

Otorgadas las credenciales a los gobernadores y alcaldes distritales y municipales, la autoridad electoral les expedirá, previa aceptación, las credenciales como diputados y concejales distritales y municipales a los que ocuparon los segundos puestos en la votación para los mismos cargos y aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la

⁷⁸ Como se explicó en notas anteriores. Esta curul especial dictada bajo la égida de la oposición se suma a las 102 curules permanentes del Senado de la República de que trata el artículo 171 de la Constitución Política, y las 5 transitorias otorgadas a la Agrupación Política que surgió del Acuerdo Negociado en la Habana y celebrado en el Teatro Colón de Bogotá a finales del año 2016. Como Igualmente se señaló, otras de estas curules de oposición se suman a las 166 permanentes de Representantes a la Cámara que derivan del artículo 176 de la Constitución (sin contar la que aún no se reglamenta para el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina) y las 5 transitorias que el referido “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” concedió a las FARC en dicha Cámara.

⁷⁹ En relación con la pertenencia a la misma organización política que avaló la candidatura al cargo unipersonal que derivó en la configuración del derecho personal en cuestión dentro la corporación pública, es menester recordar que el artículo 1º de la Ley 974 de 2005, “*por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas*”, previene que “*Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos constituyen una bancada en la respectiva corporación. || Cada miembro de una Corporación Pública pertenecerá exclusivamente a una Bancada*”. De igual manera el artículo 2º ejusdem, estipula en torno a la actuación en bancada que “*Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente y emplearán mecanismos democráticos para tomar sus decisiones al interior de las corporaciones públicas en todos los temas que los Estatutos del respectivo Partido o Movimiento Político no establezcan como de conciencia*”. De lo anterior se infiere que la Ley 1909 de 2018 establece una relación de sujeción político-partidista, en el sentido amplio de la expresión, para el ejercicio de la función congresual bajo la investidura que se confiere a la fórmula presidencial que ocupó el segundo lugar en tales comicios.



Constitución para la distribución de las curules restantes de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales⁸⁰.

Si no hay aceptación de la curul se aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución Política para la distribución de todas las curules de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales por población.”

Como se dijo, del marco jurídico-político en el que se inscriben ambas previsiones normativas (constitucional y legal) y de sus antecedentes emerge con meridiana claridad que tienen por objeto estimular y dotar de garantías y derechos verdaderos a las fuerzas políticas que realizan oposición al Gobierno, tanto a nivel nacional como territorial. Inclusive, la Corte Constitucional, sobre el particular, reconoció que “... *es clara la exposición de motivos del PLEEO⁸¹ objeto de revisión al señalar que [e]l Acto Legislativo 02 de 2015 incluyó dentro de esta norma y con el claro propósito de estimular el ejercicio de la oposición que de forma natural correspondería a quien ha perdido la elección*’.”⁸².

Pues bien, el Estatuto de la Oposición ratifica los postulados constitucionales definidos para la curul de oposición, sometiendo su ejercicio, en todos los casos, al régimen de bancadas; concretando, para el caso de los Congresistas, su asiento “adicional” en las respectivas comisiones primeras constitucionales; y definiendo, para los miembros de corporaciones públicas territoriales, el procedimiento de aceptación o rechazo de su curul “fundamental” (no adicional).

Esto último resulta de cardinal importancia, pues constituye uno de los elementos diferenciales respecto de las curules que se obtienen por los mecanismos ordinarios que tienen por objeto las elecciones parlamentarias o las territoriales a través de las cuales se conforma la base de las referidas instituciones. Poder rehusar la curul es una consecuencia de la tipología del derecho adquirido por ser el siguiente en votos respecto del candidato electo a alguno de los cargos uninominales de que trata el artículo 112 Superior. En otras palabras, la no aceptación a la que se hace referencia deviene de que se trate de un “derecho personal”, que al ser catalogado de la misma manera para la curul del Congreso y para las demás, opera para ambas de la misma manera.

Cuando la reputada norma estipula que “*en caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263*”, lo que realmente hace es definir un parámetro de orden democrático, habida cuenta que, en virtud de lo señalado en el inciso inmediatamente anterior, para las corporaciones públicas territoriales esta curul “de oposición” no incrementa el número de asientos en la correspondiente duma departamental o concejo distrital o municipal.

⁸⁰ Tal como se explicará más adelante, la aceptación de la curul tiene que ver con el ejercicio facultativo del derecho personal; y su “no aceptación” con la provisión de la curul a partir del sistema de repartición del cuociente electoral aplicado entre todos los candidatos que, en su momento, recibieron los votos emitidos para la respectiva corporación popular.

⁸¹ Proyecto de Ley Estatutaria.

⁸² Sentencia C-018 de 2018.

Nótese que para ese ámbito territorial el Constituyente Derivado de 2015 confeccionó un modelo de acuerdo con el que la no aceptación de esa curul conlleva la aplicación del esquema de repartición consagrado en el artículo 263 de la Carta Política, conforme con el cual *“las curules de las Corporaciones Públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los votos válidos para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley”*.

En términos más sencillos, lo que se busca con la invocación del artículo 263 Superior es que esa curul de la corporación territorial que queda vacante por la no aceptación del candidato que ocupó el segundo lugar en la pugna por ser el primer mandatario del ente territorial en el que opera esa Corporación Pública sea ocupada por la persona a la que le hubiera correspondido según el reparto ordinario que se hizo en las elecciones en las que resultaron electos los demás miembros de dicha corporación.

Obsérvese que no se apela al sistema de listas de que trata el artículo 134 de la Constitución Política, según el cual *“los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente **en la misma lista electoral**”*.

Esto refuerza la idea de que, más allá del aval que se recibe de la agrupación política para ocupar el cargo unipersonal, el derecho a la curul que se logra por el candidato que ocupa el segundo lugar en la elección de gobernador o alcalde es del candidato individualmente considerado, es un “derecho personal”, no un derecho del partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos.

Exactamente lo mismo ocurre con la curul que la fórmula de Presidente y Vicepresidente de la República que sigue en votos a la ganadora obtiene en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, respectivamente. La única diferencia estriba en que por tratarse de curules “adicionales” no es necesario efectuar alguna suerte de redistribución, ya que esta no quitó espacio a alguna persona que tenía el derecho bajo el voto popular inserto en el marco de las elecciones propiamente parlamentarias.

Así la consecuencia de no aceptar la curul “de oposición” en el Congreso de la República es una suerte de “silla vacía”, precisamente por la naturaleza personalista del derecho a ocuparla, lo cual no se puede confundir con el deber de ejercicio partidista o de bancada que en lo sucesivo se pasa a explicar.

En concordancia con lo expresado en líneas previas, cabe mencionar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-018 de 2018, por medio de la cual realizó el

control previo de la Ley Estatutaria 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición), refiriéndose al artículo 24 *ejusdem*, señaló:

“Cuando este artículo incorpora a los candidatos a presidente y vicepresidente a su respectiva organización política, responde a la no personalización de la política, pues más que el reconocimiento a una persona determinada, **la curul que estos candidatos pueden ocupar, responde a un respeto por las ideas políticas que aunque derrotadas en la regla de la mayoría, recibieron un apoyo significativo de los ciudadanos en ejercicio de su derecho a la participación política, en ejercicio de su derecho al voto**”.

Asimismo, en relación con la proscripción del alcance “personalista” de la política y el ejercicio de bancada por parte del titular de esa curul especial al que obliga la Ley 1909 de 2018 el Alto Tribunal precisó lo siguiente: *“A su vez, señala que en dichas corporaciones colegiadas harán parte de la organización política a la cual pertenecen, es decir, tal como sucede con el candidato a presidente y vicepresidente el legislador estatutario busca fortalecer el ejercicio de la oposición política canalizada a través de partidos y movimientos políticos y **no recurriendo al ejercicio personalista de la política**”*.

En cuanto el contenido macroscópico del derecho a la oposición, cabe mencionar que la Corte distinguió en la reputada sentencia, que constituye norte ineludible en la comprensión del Estatuto de la Oposición, que los derechos que se ofrecen en el marco del artículo 112 Superior para su ejercicio son grupales, y van más allá de las garantías individuales consagradas en el artículo 40 para el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. En tal sentido, de dicha providencia se extrae:

“291. Como se evidencia en la tabla anterior, mientras el artículo 40 previó un derecho para todos los ciudadanos a participar en el control del poder político, el artículo 112 prevé unas garantías para los partidos y movimientos políticos declarados en oposición. Por su parte, la posibilidad de fundar partidos, movimientos y agrupaciones políticas es un derecho político de los ciudadanos, que además tiene una estrecha relación con el derecho de libertad de asociación y de la libre expresión. Por otro lado, también es un derecho de los ciudadanos el participar en el control del poder político; para esto la Constitución Política no sólo garantiza el derecho a la libre expresión y difusión de las ideas, sino que prevé mecanismos tales como la revocatoria del mandato de los elegidos, y la posibilidad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley (ver *supra*, sección II.D).

(...)

293. En efecto, el ejercicio de los derechos políticos no se agota en la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, ni mucho menos se limita las actividades que éstos canalizan. Puede afirmarse entonces que **los partidos, movimientos y agrupaciones políticas son necesarios para la existencia de una sociedad democrática, pero no son suficientes para la materialización de los derechos políticos que acarrea la participación de los ciudadanos**.

En efecto, los partidos son un medio para contribuir al fin de constituir una sociedad democrática.

294. Así el ejercicio del control político indirecto por parte de los ciudadanos es una consecuencia del pluralismo (art. 1 Superior) que se deriva del derecho a la libertad de expresión que le asiste a todas las personas (art. 20 Superior) y del derecho a la participación que tienen todos los ciudadanos (art. 40 Superior) así como de “las libertades de reunión (CP. art. 37) y asociación (CP. art. 38). El ejercicio político de la crítica requiere de la intercomunicación entre las personas; de lo contrario las voces disidentes se desvanecen y pierden eficacia, especialmente en la sociedad actual en la que lo político, entre otros aspectos de la vida social, pasa por el tamiz de los medios de comunicación”.

295. De otro lado, se encuentra el artículo 112 de la Carta, que **no reconoce un derecho a las personas o a los ciudadanos, como lo hace el artículo 40 Superior, sino que establece una garantía para aquellos partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición del Gobierno** (ver supra, numerales 270 a 282). Producto de dicha declaratoria, y como consecuencia directa de la necesidad de garantizar el ejercicio pacífico e institucional de la oposición política, el constituyente previó que el ejercicio de la oposición estaría ligado, inexorablemente, al ejercicio de ciertos derechos que allí plasmó, tales como (i) el acceso a los documentos, que se encuentra ligado al derecho de petición consagrado en el artículo 23 la Constitución, (ii) al derecho a acceder a los medios de comunicación social del Estado o a aquellos que hagan uso del espectro electromagnético, el cual se encuentra íntimamente ligado con el derecho fundamental a expresarse y difundir libremente las ideas, consagrado en artículo 20 de la Constitución, o (iii) al derecho de réplica en los medios de comunicación, el cual no solo va ligado a la libertad de expresión, sino también con la protección del buen nombre, contenido en el artículo 15 de la Constitución. De lo anterior, se hace entonces evidente que el constituyente decidió otorgarle una garantía institucional al ejercicio de la oposición política, la cual va ligada al ejercicio de derechos fundamentales autónomos”.

Con todo, debe tenerse en cuenta que la noción de “oposición”, aun en el entendido del referido Tribunal, se inscribe dentro de un marco de reconocimiento institucional, que otorga prerrogativas a las fuerzas legítimamente constituidas. Se es oposición, dentro de ese contexto jurídico particular, cuando se es parte de un partido o movimiento que así se declare con las formas que establece la Ley 1909 de 2018 respecto del Gobierno. Lo anterior, se insiste, desde una perspectiva global del tema.

Desde un plano un poco más específico, que es el de la “curul de oposición” propiamente dicha, –que no se puede confundir con el ejercicio de la oposición que tiene lugar una vez se adquiere la investidura con la toma de posesión del cargo–, otras son las consideraciones que se deben mirar, pues no se puede considerar opositor al candidato que ocupa el segundo lugar en las elecciones presidenciales, de gobernador o de alcalde, por ese solo resultado electoral, pues una cosa es tener el “derecho personal” a ocupar el cargo, y otra la manera como

debe ejercerse en caso de que se acepte la curul, tal y como se detallará en párrafos siguientes del presente salvamento de voto.

De los textos jurisprudenciales transcritos emergen una serie de insumos jurídicos que correlacionan el carácter personal del derecho de acceso al órgano legislativo y el ejercicio de la función congresual, frente a los cuales devienen en imperiosas ciertas precisiones.

El hecho de que el derecho a la curul en cuestión sea “personal” debe dimensionarse desde por lo menos tres puntos de vista: (i) el de la simple distinción propia del derecho civil entre derechos reales y personales; (ii) el de que no se trata de un derecho de la agrupación política, sino de la persona en quien recae; y (iii) el que su configuración no se supedita al sistema de fórmula, lo que quiere decir, que tanto el excandidato a la presidencia como el ex candidato a la vicepresidencia son autónomos para definir, por separado, si aceptan la curul que les correspondería en el Congreso. Veamos:

La primera perspectiva permite remontar a lo normado en el artículo 664 del Código Civil, que enseña que *“Las cosas incorporales son derechos reales o personales”*. Dentro de ese espectro, el artículo 665 previene que *“Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. || Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda* y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales*. Por su parte, el artículo 666 de la misma codificación indica que *“Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”*.

Dos aspectos importantes de esta primera mirada emergen de la facultad dispositiva que recae sobre estos derechos. En el campo del derecho personal, que es el que interesa al presente salvamento, bien puede acudir a las glosas del artículo 15 del mismo Código Civil, conforme con el cual *“podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”*. Claramente, es el caso del “derecho personal” de que tratan los artículos 112 de la Constitución y 24 del recién creado Estatuto de la Oposición, que se hace recaer explícitamente sobre el candidato que ocupa el segundo lugar en alguno de los procesos electorales referidos en tales normas.

Ahora, es cierto que a las voces de lo prescrito por el artículo 761 en armonía con lo dispuesto en el artículo 673 ibídem y demás normas concordantes del Código Civil, la figura del “derecho personal”, en abstracto, admite la posibilidad de “tradición” como modo de adquirir el dominio. Sin embargo, para el caso de la curul de oposición, ello de ser puesto en paralelo con la consecuencia de su “no aceptación”, que es una suerte de “silla vacía” en cuanto al Congreso de la República concierne, y la aplicación del esquema de distribución del artículo 263

de la Carta Política en tratándose de las demás corporaciones públicas, como garantía de respeto del sistema democrático y del mejor derecho a partir de la representación que concierne a las distintas agrupaciones políticas enfrentadas en la contienda electoral que sirvió para definir la base de las respectivas asambleas y concejos.

Pasando a otro punto focal, que la norma permita a los beneficiarios de la curul “de oposición” rehusarse a ser congresistas, diputados o concejales en virtud del derecho personal adquirido, implica de por sí una diferencia sustancial entre la naturaleza del acto por medio del cual se materializa el acceso a la curul (voto indirecto) y la que se deriva del sistema de designación ordinario (voto directo).

En tratándose de elecciones parlamentarias, los elegidos tienen la obligación de tomar posesión del cargo, so pena de incurrir en causal de pérdida de investidura (C. P. art. 179), esto se debe al compromiso que tienen con sus electores, el cual se encuentra protegido por los principios *pro electorem* y *pro electoratem* –en los términos defendidos por la jurisprudencia en vigor de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁸³–, propios del **sistema** de elección por voto popular.

Es por ello que la posibilidad de aceptar el cargo, entendida como un derecho personal, responde a una dinámica completamente distinta, por cuanto en este evento no se busca asegurar la voluntad electoral de los sufragantes frente a la elección de una determinada dignidad, sino de conceder la posibilidad a los representantes de una fuerza política identificada en términos cuantitativos (por el número de votos) de constituirse en un espacio diferente como voceros de una facción opuesta a la del gobierno legítimamente constituido.

Y es que no puede ser otra la interpretación, por cuanto lo contrario supondría aceptar que los candidatos enfrentados en una contienda se encuentran privados de la potestad de reconciliar sus posiciones una vez finalizados los comicios; o que la persona vencida electoralmente tenga la obligación de asumir una curul a la que no aspiró y, por contera, desempeñar unas funciones para las que podría no estar preparado; o que, contra todo pronóstico, el Gobierno no pueda operar sin la existencia de fuerzas que le hagan oposición política –deseable en toda democracia, mas no indispensable– desde las corporaciones populares.

Por eso la comprensión del “derecho personal” al que se refiere el artículo 112 de la Constitución Política tiene que armonizarse con el contexto de las garantías de la oposición; muy distinto al del derecho a elegir y ser elegido que se concreta en este caso en la aspiración presidencial o vicepresidencial.

Tal circunstancia torna incompatible la figura de la doble militancia con esta forma especial de designación de congresistas y demás miembros de corporaciones

⁸³ Cfr. M. P. Alberto Yepes Barreiro, sentencia de unificación de 7 de junio de 2016, rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, demandada: GOBERNADORA DE LA GUAJIRA. En dicha oportunidad, la Sala se decantó por la tesis conforme con la cual “... *el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores)*”.

públicas, pues no hay manera de confrontar la pertenencia a una agrupación política con la inscripción de una determinada candidatura en proceso de elección por voto popular, ya que el mecanismo de “oposición” en cuestión escapa a esta realidad, en cuanto, se repite, en este último no se consuma ninguna voluntad popular.

En estos eventos el pueblo vota por una fórmula presidencial, no por un aspirante al Congreso de la República. Cada voto depositado tiene la intención de poner en el primer lugar a su destinatario, y el hecho de que ello lo sitúe en un segundo escaño es apenas una “contingencia electoral” que activa una prerrogativa individual, no un mandato popular.

Cuando la Corte Constitucional defiende en la sentencia C-081 de 2018 que lo consagrado en el artículo 112 de la Carta, y desarrollado por el artículo 24 del Estatuto de la Oposición *“busca fortalecer el ejercicio de la oposición política canalizada a través de partidos y movimientos políticos y no recurriendo al ejercicio personalista de la política”*, se refiere a que el ejercicio de la oposición debe tener como vehículo la agrupación política a la que pertenece el servidor designado en estas particularísimas condiciones. Empero, desde luego, una cosa es el respeto por el sistema de bancadas durante el desempeño del cargo, y otra, muy distinta, la titularidad del derecho a acceder al mismo. En condiciones normales, el derecho a la curul es del partido que recibió los votos para la elección de congresistas; en el contexto del mencionado mecanismo de oposición, es de la persona que ocupó el segundo lugar en las elecciones presidenciales.

En ese orden de cosas, es menester precisar que, en el asunto de la referencia, la posibilidad de acceder al cargo no es de la agrupación política o para la defensa de los intereses que a esta le asisten –que es una de las cosas que se defiende a través de la doble militancia–, sino de la persona que ocupó el segundo lugar en la carrera presidencial y dentro del marco de un esquema de roles que opera bajo la dinámica tríplice de “oficialismo”, “independencia” y “oposición”.

Es tanto así que para el caso del congreso no se prevé fórmula para proveer tal vacante si su depositario no la acepta; mientras que en el caso de corporaciones territoriales (asamblea departamental o concejo municipal), esta se provee por el mecanismo ordinario de previsto en el artículo 263⁸⁴ de la Constitución, entre

⁸⁴ “ARTÍCULO 263. <Artículo modificado por el artículo 21 del Acto Legislativo 2 de 2015, anteriormente era el artículo 263-A. El nuevo texto es el siguiente:> Para garantizar la equitativa representación de los Partidos y Movimientos Políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las Corporaciones Públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los votos válidos para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley. || La cifra repartidora resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más, el número de votos por cada lista ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos. || En las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cuociente electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cuociente. En las circunscripciones en las que se elige un miembro, la curul se adjudicará a la lista



todas las listas presentadas para los comicios en los que normalmente se eligen tales dignatarios, tal y como se explicó en líneas previas del presente salvamento de voto.

Para finalizar, conviene poner de presente que el hecho de que el Congreso de la República sea el órgano representativo por excelencia, y la democracia el vehículo para su configuración, no quiere decir que bajo toda circunstancia deba entenderse que el voto popular es la única fuente catalizadora del acceso a dicha corporación, o a otra similar. El ejemplo más notorio de ello lo constituyen las curules que la Constitución Política concede directamente a la fuerza política que surgió del Acuerdo negociado en la Habana y celebrado en el Teatro Colón de Bogotá a finales del año 2016. Por ende, no debe sorprender que se confieran prerrogativas democráticas, bajo esquemas de designación especiales, a las fuerzas de oposición que participaron de una determinada elección a cargos uninominales en comicios autónomos y tradicionalmente concurridos, que ameriten una lectura distinta por parte del juez de lo electoral.

De conformidad con lo señalado en el artículo 171 de la Constitución Política, el Senado de la República estará integrado por 100 miembros elegidos por circunscripción nacional y 2 adicionales elegidos por la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.

A esto se debe añadir lo incorporado por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017, conforme con el cual, para los períodos 2018-2022 y 2022-2026, que concede 5 curules adicionales y transitorias a las del artículo 171 en favor del partido o movimiento político surgido del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal.

Eso significa que la curul especial para la oposición consagrada en el artículo 112 de la Constitución viene a ser el número 108 del Senado de la República para el período 2018-2022.

Paralelamente, el artículo 176 de la Carta Política define las reglas para la conformación de la Cámara de Representantes, de un lado, en circunscripciones territoriales (cada departamento y el distrito capital de Bogotá conforman una de ellas) en proporción al número de habitantes, dentro de las cuales el departamento de San Andrés Providencia y Santa Catalina elegirá un representante adicional por la comunidad raizal de dicho departamento; y del otro lado, en circunscripciones especiales que elegirán 2 representantes de las comunidades afrodescendientes, 1 por la circunscripción de comunidades indígenas y 1 por la circunscripción internacional.

A estas curules de la Cámara de Representantes deben adicionarse para los periodos 2018-2022 y 2022-2026 las 5 curules concedidas por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017 en favor del partido o movimiento político surgido del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal.

mayoritaria. || Cuando ninguna de las listas supere el umbral, las curules se distribuirán entre todas las inscritas, de acuerdo con la regla de asignación que corresponda”.



Lo anterior se traduce materialmente en que para la Cámara de representantes se eligen 166 congresistas por circunscripciones territoriales y especiales (sin contar la curul adicional para el territorio insular, creada con el Acto Legislativo 02 de 2015, que no se ha provisto por falta de desarrollo legislativo), más los cinco escaños del partido de las antiguas FARC-EP, para un total de 171 representantes en el período 2018-2022.

Es a esta cifra a la que se debe añadir la curul adicional creada para el 2° candidato vicepresidencial como representante de la oposición en los términos del artículo 112 de la Constitución, que viene a ser la número 172 de la Cámara de Representantes para el Período 2018-2022.

Del anterior recuento, se mira que existen unas curules permanentes en el Congreso de la República que obedecen a la lógica inserta en los artículos 133 y 160 de la Carta Política. El primero previene que *“Los ciudadanos **eligen en forma directa** Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale”*; el segundo, que *“Los miembros de cuerpos colegiados **de elección directa** representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. (..) || El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”*.

Este es el modelo que emerge en correlación con los Senadores y Representantes a la Cámara que se designan popularmente bajo el modelo de **elección directa**, que cobija también los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República.

La hipótesis que resulta del *“Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”*, resulta un poco más compleja, en la medida en que los artículos transitorios 2° y 3° que incorpora el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017, de un lado, consultan un escenario de elección directa para dicha agrupación, que permite ocupar escaños en el Congreso en las mismas condiciones que cualquier aspirante, pero, del otro lado, establece una fórmula subsidiaria que, en todo caso, les garantiza hasta 5 curules adicionales en el Senado y otras 5 en la Cámara de Representantes para los períodos 2018-2022 y 2022-2026. Se trata de un sistema de designación que conjuga elementos de elección directa con otros factores que podrían llamarse de **designación nominativa**, en signo de metáfora con el derecho cambiario que confiere un beneficio que solo puede ser cobrado por la agrupación política en nombre de la cual se expide.

Lo llamativo, por decir lo menos, de esta figura es que se imbuje de matices carentes de contenido eleccionario, que hacen cuestionable la causal de nulidad electoral de doble militancia que recae sobre los actos de elección por voto popular, pues en el caso de configurarse esa “designación nominativa” no habría

electores que defraudar, como si sucede con las curules que se provee bajo el sistema de “elección directa”.

Por último, está la designación de curules que se realiza en ejercicio del “derecho personal” embebido en los artículos 112 Constitucional y 24-25 de la Ley 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición). Claramente no se trata de una “elección directa”, toda vez que la contienda electoral que le precede tiene por objeto la provisión de cargos unipersonales, entiéndase Presidente y Vicepresidente de la República, gobernador departamental y alcalde distrital o municipal. Tampoco se subsume en la tipología que he resuelto llamar “designación nominativa”, porque no se perfila hacia la ocupación de curules que la Constitución reserva a una determinada agrupación política, habida cuenta que la curul “de oposición” tiene nombre propio, y emerge del reconocimiento de la representatividad de una fuerza política encarnada por el ciudadano que se ve aupado por un hecho político, como es la calidad factual que denota obtener la segunda votación más alta en la pugna por alguna de las reputadas representaciones unipersonales.

En este caso la configuración del mentado “derecho personal”, a lo sumo podría ser el producto de una **consecuencia indirecta**, cuya materialización en el seno de la corporación pública de ninguna manera puede ser entendida como la expresión unívoca de la voluntad popular, sino como el otorgamiento de una garantía del control político y en el sistema de pesos y contrapesos que conjuga oficialismo, independencia y oposición legítimamente constituida.

Por ello no resulta para nada plausible el lapidario apotegma con el que la mayoría promovió como electoral pasible de control a causa de la doble militancia aquel por medio del cual se reconoció la existencia de un “derecho personal” en favor de la ciudadana **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ**.

En retrospectiva, el acto que fue objeto de las demandas acumuladas en el proceso de la referencia se profirió por la autoridad electoral con el propósito de dotar de verdaderas garantías y representación en el Congreso de la República a las fuerzas de oposición política, en el marco del sistema de pesos y contrapesos, a causa de la posición de una fórmula de candidatos particulares y concretos (Petro-**ROBLEDO**) en la pugna por la Presidencia y Vicepresidencia de la República del período 2018-2022, respectivamente, con la titularidad suficiente para aceptar o rehusar la investidura ofrecida por el artículo 112 de la Constitución Política y el artículo 24 del Estatuto de la Oposición –bajo causas ajenos a la “elección directa”–, más allá de que el ejercicio propiamente dicho de la función congresual debiera consultar reglas de militancia política y bancada.

Todas estas razones se aunaban a las expresadas en acápites anteriores para descartar el pedido de nulidad electoral dirigido en contra del acto por medio del cual se reconoció un derecho personal a la ciudadana **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ**, y así debió declararlo el fallo respecto del cual plasmo mi disenso.

5. LA EXPRESIÓN “SIGUIENTE ELECCIÓN” SE REFIERE A LA ELECCIÓN EN LA MISMA CORPORACIÓN PÚBLICA

Uno de los problemas neurálgicos de la discusión que convocó a la Sala, y que dio lugar a la decisión que motiva la presentación de este salvamento de voto, se yergue en torno al alcance hermenéutico que se debe conferir a la expresión “siguiente elección” contenida en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política, así. *“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la **siguiente elección**, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”*.

Mis reparos frente a la forma en que la mayoría abordó esta problemática se contraen a lo siguiente:

5.1

. La decisión se sustenta en el análisis descontextualizado de un antecedente jurisprudencial de la Sección Quinta

Para arribar a la conclusión de que *“...necesariamente debe entenderse aquella que sigue para las corporaciones públicas y para cualquier cargo de elección popular”* la sentencia aprobada por la mayoría afirma estar reiterando una postura de esta misma Sala contenida en la sentencia de 6 octubre de 2016⁸⁵ en la que presuntamente se estableció esa tesis.

Lo primero que debo señalar es que la invocación de dicho antecedente jurisprudencial se realiza de una manera que confunda el sentido de la verdadera tesis expuesta en él. Así se transcribió:

“Advierte la Sala que la regulación establecida en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, en materia de doble militancia política, está dirigida especialmente a quienes aspiren a ser elegidos en los cargos de elección popular y en las corporaciones públicas y a quienes ya fueron elegidos y ostentan la investidura en dichas modalidades.

Respecto de quienes resultaron elegidos en las corporaciones públicas, conserven la investidura y luego decidan presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político diferente al cual representan, la norma señaló que deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones al nuevo debate electoral.

A partir de este marco específico, considera la Sala que la siguiente elección prevista en la norma, para efectos de la prohibición legal, está referida a los comicios fijados por la ley para la elección de los miembros de las corporaciones públicas y los diferentes cargos de elección popular. (Negritas fuera del texto).

⁸⁵ Rad. No. 05001-23-33-000-2015-02592-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Si bien, de la anterior cita podría inferirse que, en efecto, la expresión “siguiente elección” puede aludir a cualquier otro certamen electoral –sea para la misma corporación o para otro cargo de elección popular–, el párrafo inmediatamente siguiente del fallo que se trae como antecedente y que sirve de fundamento para la tesis que supuestamente se reitera, expresa lo siguiente: *“El sentido de la norma no puede ser entendido de otra manera cuando su texto fue claro al establecer pautas destinadas a quienes ocupan **un cargo en las corporaciones públicas y buscan alcanzar una dignidad de similar naturaleza**, por otro partido, en el periodo que sigue al que está en curso”*.

La inclusión del anterior párrafo hubiera supuesto un giro contundente a lo que la mayoría tuvo como “reiteración”, pues, contrario a lo esgrimido en el fallo de la referencia, lo que se determina en el antecedente citado es que las “pautas” que enmarcan la doble militancia en la causal de los congresistas que deben renunciar 12 meses antes de las inscripciones se dirige a aquellos que *“**buscan alcanzar una dignidad de similar naturaleza**”*.

La transliteración en la sentencia de la cual me aparto deja entrever que se trata de cualquier otra elección la que obliga al congresista a renunciar, pero de haberse extraído la idea completa del antecedente en cita, se habría llegado a la conclusión de que la expresión “siguiente elección” cobija **a quienes pretenden continuar en el congreso**, pero no para quienes aspiren a una curul o cargo de elección popular diferente.

Debo señalar que el fallo citado que data del 6 octubre de 2016 ya fue objeto de pronunciamiento por parte del CNE en la resolución que resolvió la solicitud de revocatoria de la inscripción de la señora **Viviane Morales**, decisión administrativa que, si bien no resulta vinculante, me permite demostrar que, de la lectura íntegra de dicha providencia judicial, se arriba a una conclusión diametralmente opuesta a la que se pretende demostrar en el proyecto. Veamos lo que manifiesta dicha autoridad:

“Conforme al precedente señalado, es claro que la prohibición de doble militancia está dirigida tanto a miembros de corporaciones públicas, como a quienes ostentan cargos uninominales de elección popular. No obstante, cuando el alto tribunal señala que el concepto siguiente elección lleva implícito que se pretenda ‘alcanzar una dignidad de similar naturaleza’, **se podría colegir una hermenéutica dirigida a que la renuncia al menos 12 meses antes del primer día de inscripciones de candidaturas, solo debe ser exigible en tratándose de miembros de corporaciones públicas que aspiran a ser reelegidos**”.

Si esto es lo que entiende la autoridad electoral, piénsese en cual pudo haber sido el alcance que la ciudadanía en general le dio a lo dicho por la Sección Quinta en la providencia del 6 de octubre de 2016 –lo cual tiene unas implicaciones que se expondrán en acápites subsiguientes del presente escrito–.

A todo lo anterior se suma que el fallo citado contiene un párrafo del siguiente tenor literal: “Desde este punto de vista, **estima la Sala que la norma [artículo 2º de la Ley 1475 de 2011] no es aplicable a otros eventos de carácter electoral cuya finalidad sea diferente de las elecciones convocadas, con alcances generales, para escoger a quienes ocuparán los cargos de elección popular y las corporaciones públicas**”.

La confrontación de esta premisa con el caso concreto debió llevar a la Sala a advertir que la demandada se inscribió como candidata dentro de un proceso electoral para elegir presidente y vicepresidente de la República –aspiración que no concretó–. Empero, en virtud del artículo 112 de la Constitución Política y 24 de la Ley 1909 de 2018 obtuvo su curul en la Cámara de Representantes como reconocimiento de un derecho personal.

En suma, no es admisible afirmar que a partir del pronunciamiento invocado esta Sección hubiera fijado su postura en el sentido de entender que la expresión “siguiente elección” alude a cualquiera a la que el congresista decida participar, como lo hace ver la sentencia de la cual discrepo; por el contrario, dicha providencia, más bien puede conducir a la intelección opuesta, como lo es que el obligado a renunciar es aquel que desea cambiar de partido para continuar en el Congreso de la República –o en la misma corporación pública–.

5.2. La interpretación de la Corte Constitución respecto de la expresión “siguiente elección”

En concordancia con lo explicado, resulta imperioso poner de presente que la Corte Constitucional, en la sentencia C-303 de 2010, al analizar el contenido del parágrafo transitorio 1º⁸⁶ del Acto Legislativo de 2009, expuso diversas razones que conducen a entender la expresión “siguiente elección” dentro de un contexto de reelección. Por lo pertinente que resultaba para el caso, la cito *in extenso*:

“Como se observa, la modificación introducida por la reforma política de 2009 fortalece el sistema de partidos y, por ende, la representación democrática en al menos cuatro planos diferenciados: (i) el mantenimiento de la prohibición de la doble militancia, instaurada en la reforma política de 2009; (ii) el establecimiento de un régimen sancionatorio estricto, pues va hasta la pérdida de la personería jurídica, para los partidos y movimientos políticos que avalen candidatos, elegidos o no elegidos, que resulten condenados por delitos relacionados con el vínculo a grupos armados ilegales o al narcotráfico; (iii) la promoción de los mecanismos democráticos internos de partidos y movimientos políticos, dirigidos a la adopción de decisiones y la definición de candidatos a cargos de elección popular; y (iv) **la constitucionalización de una regla estricta para el cambio de partido con miras a la siguiente elección**, que obliga a que los

⁸⁶ **Parágrafo transitorio 1o.** Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, autorizase, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del presente acto legislativo, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia.



miembros de las corporaciones públicas que opten por esa posibilidad, a renunciar a la curul que ostentan al menos un año antes **del primer día de inscripciones de las candidaturas para el periodo siguiente**. A esta regla es aparejada la prohibición a quien se haya presentado a una consulta interna dentro de un partido o movimiento político, **para que se candidate en el mismo proceso electoral avalado por una agremiación distinta**.

22. Estas fueron finalidades queridas por el constituyente derivado en el trámite del proyecto de ley. Así, en aras de comprender a cabalidad el contexto de la reforma al sistema de partidos prevista en el Acto Legislativo 1º de 2009, se muestran pertinentes las consideraciones planteadas en el informe de ponencia para cuarto debate en segunda vuelta en Senado de la República, el cual propuso a esa corporación idéntico texto al que resultó finalmente aprobado:

“1. Responsabilidad de los partidos. Prohibición y sanción de la doble militancia.

El primer artículo del proyecto propone modificar el artículo 107 de la Constitución Política, estableciendo como principios rectores de la organización de partidos y movimientos políticos, la transparencia, la equidad de género, objetividad y moralidad, así como la obligación constitucional de presentar y divulgar sus programas políticos.

Se propone también establecer un régimen de responsabilidad a los partidos por violaciones y contravenciones a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación. Para garantizar la aplicación de estos principios se impondrían sanciones que van desde multas, devolución de los recursos percibidos por el sistema de reposición de votos, y cancelación de la personería jurídica.

De este modo, se establecería un marco adecuado de responsabilidad directa sobre partidos y movimientos, distinta a aquella derivada de la conducta individual de sus miembros.

Si bien la Constitución vigente señala la prohibición a los ciudadanos para pertenecer de manera simultánea a más de un partido o movimiento político, **se define la doble militancia y se propone que quien haya sido elegido por un partido o movimiento pertenezca a este hasta el final de su periodo y en caso de que quiera renunciar al mismo, deberá igualmente renunciar a su curul**. Tampoco podrán apoyar candidatos de otros partidos si no han sido avalados por su partido de origen. Quien viole estos preceptos podrá ser sancionado con la pérdida de la curul o el cargo. **Lo anterior con el propósito de establecer nuevos mecanismos para fortalecer partidos y movimientos y ponerle cortapisa a una de las prácticas que más afecta la legitimidad de los partidos políticos y se constituye en una grave burla a la representación ciudadana.**

La implementación de este esquema impone como sanción la pérdida de curul (corporaciones) o el cargo (uninominales) según el caso, de acuerdo con el procedimiento que sea legalmente fijado.

Para quienes decidan aspirar por un partido diferente se establece la posibilidad de renunciar al mismo hasta doce meses antes del primer día fijado para la inscripción para las siguientes elecciones, renunciando también a la respectiva curul. Para quienes hubieren renunciado dentro de los doce meses anteriores a las elecciones de 2010, se prevé la posibilidad de cambio de partido.

Como medida transitoria que permita las reagrupaciones que requiera la implementación del nuevo marco constitucional, se autoriza a los miembros de cuerpos colegiados, durante los dos meses siguientes a la vigencia del Acto Legislativo, para inscribirse por un partido distinto sin necesidad de renunciar a la curul que ocupe.⁸⁷ (Subrayas y negrillas no originales).

Estas consideraciones denotan que el Congreso tuvo en cuenta los efectos lesivos que para la disciplina de partidos y la representación democrática tiene la doble militancia y el transfuguismo político, por lo cual incorporó en la reforma política de 2009 una sanción grave para los miembros de corporaciones públicas que incurrieran en esas conductas, consistente en la pérdida de la curul, según lo definiera la ley. Esto explica, del mismo modo, la existencia del parágrafo transitorio acusado. Ante una nueva realidad de reglas más estrictas para el cambio de partido o movimiento político, respecto del diseño normativo previsto por la reforma política de 2003, **el constituyente derivado consideró necesario fijar una norma de transición que permitiera que los miembros de corporaciones públicas que al momento de la reforma, desafilarse del partido o movimiento político que los había avalado, sin que incurrieran en las sanciones previstas por ese nuevo régimen, sanciones que, por supuesto, no existían cuando el miembro de la corporación pública había obtenido su investidura.**

A este respecto debe destacarse una razón de índole material, relativa a la vigencia del Acto Legislativo 1º de 2009, que también explica la norma transitoria acusada. Como se expuso en precedencia, la condición prevista por la reforma política de 2009, **los miembros de las corporaciones públicas que optaren por presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político** distinto, debían renunciar a su curul un año antes del primer día de inscripciones. **Para el caso de los congresistas, esta norma acarrearía que no pudieran hacer uso de la opción de cambio de partido, puesto que al momento en que entró en vigencia el Acto Legislativo, el término para renunciar a la curul ya se encontraba vencido respecto de las elecciones para el periodo constitucional 2010-2014.** En efecto, según lo dispone el artículo 88 del Código Electoral, modificado por el artículo 4º de la Ley 62/88, **el término de inscripción de candidatos para las corporaciones públicas de elección popular vence el primer martes del mes de febrero del respectivo año.** Por ende, para el 14 de julio de 2009, fecha en que fue promulgado el Acto Legislativo 1º del mismo año, el plazo de un año al que se hizo referencia había caducado” (Negrillas fuera del texto original).

⁸⁷ Cfr. Gaceta del Congreso 427/09, p. 3.

En ese contexto es dable afirmar que para la Corte la expresión “siguiente elección” alude “al periodo siguiente”, lo que equivale a que **el congresista que desee continuar con su curul bajo las toldas de otra agrupación política es el llamado a renunciar 12 meses antes a la inscripción de su candidatura, y no el congresista que desee aspirar a una dignidad distinta, como equivocadamente lo entendió la mayoría**. No de otra forma se entiende la inclusión del parágrafo transitorio del artículo 107 Superior, que entró en vigencia una vez vencido el plazo para las elecciones parlamentarias siguientes.

En efecto, explicó la Corte Constitucional que el constituyente derivado con la expedición del acto legislativo se encargó de definir e imponer consecuencias a quienes incurrieran en doble militancia, al punto que estableció que quien resultare elegido luego del apoyo de un partido o movimiento político debería pertenecer al mismo “hasta al final de su periodo”, nótese que la obligación del congresista con la agrupación política que lo avaló termina con la finalización del periodo de la dignidad alcanzada.

Ahora, la renuncia establecida doce meses anteriores de la inscripción de candidatos, debe entenderse que solo resulta obligatoria para aquellos congresistas que deseen aspirar a la misma curul que ya ostentan pero que buscan su reelección con un apoyo político diferente, dimisión que procura por el fortalecimiento y legitimidad de las agrupaciones políticas y en defensa de la representación ciudadana.

Lo anterior explica la necesidad del parágrafo transitorio del artículo 107, pues como lo manifestó la propia Corte para la fecha de expedición del acto legislativo, los términos para renunciar en debida a forma **para aquellos congresistas que deseaban cambiar de apoyo político y aspirar a continuar en el congreso ya habían fenecido**, lo que obligó al establecimiento de un plazo más corto, para no perjudicar a quienes no habían presentado su dimisión, pues no era condición necesaria.

Debo resaltar que claramente dicha transitoriedad solamente se dirigió a los miembros de cuerpos colegiados, pues solo serán ellos quienes puedan buscar reelección con apoyo de la misma o diferente colectividad política, lo que equivale a que la siguiente elección solo podrá ser en procura de alcanzar la misma dignidad.

En este orden de ideas, la renuncia así entendida no puede extenderse, como equivocadamente lo hace el fallo del cual me aparto, a cualquier otra elección diferente a la que busca la continuidad en la corporación asignada porque así se llega al absurdo de que incluso, en casos como el presente en el cual la doctora **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ** de manera tácita ya había aceptado con su no inscripción para las próximas elecciones a Congreso, su deseo de no continuar siendo parte del Congreso, con lo cual se tendría por superado la condición impuesta por el acto legislativo según el debería culminar el periodo para el cual resultó elegida, con lo cual respectó a su colectividad e incluso a sus votantes,

siendo esto así no se comprende como pudiera incurrir en doble militancia, cuando el propósito de dicha figura se encuentra superado, en su particular caso.

No puede, desconocerse que más allá que la demandada haya obtenido una curul como Representante a la Cámara, su verdadera aspiración electoral y a la cual realmente se inscribió fue a la Vicepresidencia de la República, lo que una vez más demuestra que **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ, no se inscribió por un partido o movimiento político diferente al que la avaló para ser congresista**, situación por la cual no puedo compartir que con su conducta haya incurrido en doble militancia.

5.3. No es dable completar por vía de interpretación restrictiva normas jurídicas que limitan derechos fundamentales

Aun en el evento de superarse los óbices referidos en los precedentes acápites, como bien lo reconoció la mayoría, la norma constitucional no definió de forma directa el significado de la expresión “siguiente elección”. Siendo así no le corresponde al operador jurídico completar la norma, con interpretación que sacrificaba el derecho de acceso a cargos públicos.

En efecto, entendida la aplicación de la causal de doble militancia como una limitación al ejercicio del poder político, las normas que la regulan deben ser **interpretadas restrictivamente**, so pena de socavar en este caso derechos políticos de los ciudadanos. Si la expresión “siguiente elección” es carente de definición expresa, insisto, no es el juez de lo electoral el llamado a suplir tal vacío.

De cualquier manera, la tesis por la que optó la mayoría, según la cual corresponde al congresista renunciar un año antes de la inscripción a cualquier elección –corporación o cargo uninominal–, resulta ser, de entre todas las posibles, la más lesiva para los derechos del demandado⁸⁸ y por obvias razones también para sus votantes⁸⁹.

⁸⁸ Dentro de los derechos políticos relevantes para el procedimiento electoral, se destacan los derechos relacionados con el sufragio como lo son el derecho a elegir y a ser elegido, y el derecho y deber al voto. En particular, sobre el derecho al voto se debe recalcar que: || “Según lo tiene establecido la jurisprudencia constitucional, el voto se erige en pilar fundamental de todo sistema democrático, en la medida en que comporta el mecanismo idóneo para garantizar la participación ciudadana en la conformación, ejercicio y control del poder político. En palabras de la Corte, además de ser una manifestación de la libertad individual, ya que le permite a la persona expresarse voluntariamente escogiendo al candidato de su preferencia, el voto constituye la base de la legitimidad y funcionamiento de la democracia instituida, pues garantiza la intervención directa de la población en los procesos electorales, y más concretamente, en los de elección de sus propios representantes o gobernantes **Sentencia C-224 de 2004.**

⁸⁹ Sobre este aspecto en auto de 3 de junio de 2016, demandados: Concejales de Cartagena, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 2016-00070, se dijo: “Por otra parte, el procedimiento electoral también responde a la obligación de respetar y garantizar los derechos que se derivan de un sistema democrático, es decir los derechos políticos. Este tipo de derechos se halla consagrado en el artículo 40⁸⁹ de la Constitución Política, pero a su vez es reconocido por varios tratados internacionales de derechos humanos⁸⁹ de los cuales Colombia es Parte. La importancia de estos derechos radica, como lo ha establecido la Corte Constitucional, en que: || “Los derechos políticos son los instrumentos de los ciudadanos para participar en la construcción colectiva del Estado. Surgen en cabeza de quien es parte de una comunidad política organizada, que se determina de forma autónoma y colectiva, a partir de las decisiones de cada uno de sus miembros. Por lo tanto, su concepción, se alimenta del principio de soberanía popular. En general, los asuntos de interés



Ya se ha dicho que la demandada no se inscribió a un proceso electoral para continuar en el Congreso. Ese hecho debía ser analizado a partir de la finalidad última de la causal de doble militancia argüida, cual es el respeto para con la colectividad que la avaló y la apoyó en la consecución de su curul para el período 2014-2018.

Bajo esas glosas, cabía preguntarse si la responsabilidad de la acusada terminaba con el hecho de no aspirar a seguir siendo parte del Congreso, al postular su nombre a un cargo uninominal en el cual no afectaría el régimen de bancadas. La respuesta, debió ser positiva; es decir, bastaba con que **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ**, aspirara a otra elección diferente a la de Congreso, para que pudiera inscribirse con el apoyo de otra colectividad política sin serle obligatorio renunciar doce meses antes de la inscripción y sin estar inmersa en la conducta de doble militancia.

Conclusión a la que se arriba a partir de las razones expuestas en capítulos anteriores del presente escrito, según las cuales la doble militancia no es aplicable a la elección de presidente y vicepresidente de la República, como también que la expresión “siguiente elección” contenida en el artículo 107 de la CP, refiere a la misma dirigida a elegir congresistas.

Ahora, si bien la demandada llegó a la Cámara de Representantes como reconocimiento de un derecho personal derivado del estatuto de la oposición, no se puede desconocer que para ello tuvo un respaldo indirecto en las urnas, que si bien fue insuficiente para situarla en la vicepresidencia de la República, le merecía a sus votantes una consideración diferente por parte de la Sala a la hora de declarar la nulidad electoral con base en la doble militancia causal que, como ya se precisó, no tenía la claridad necesaria para producir la consecuencia dictaminada en el fallo del cual me aparto.

En resumidas cuentas, a mi modo de ver, ante la existencia de diversas posibilidades de interpretación del enunciado contenido en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política y su concordancia práctica con el artículo 112 *ejusdem*, debió preferirse la interpretación más favorable, esto es, aquella que permitiera la conservación del derecho de acceso a cargos públicos, la eficacia del voto y los derechos de la oposición y, en consecuencia, en razón de la no configuración de la doble militancia de la demandada, se debieron negar las pretensiones de la demanda electoral y con ello permitir que la demandada ejerciera el derecho a la oposición desde su curul en la Cámara de Representantes, derivado de su “derecho personal” reconocido constitucional y legalmente.

DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA INTERPRETACIÓN MÁS BENÉFICA

que reúnen a la comunidad política, y hacia donde se proyectan los derechos políticos, tienen que ver con el ejercicio del poder público y la toma de decisiones colectivas, aspectos que exigen “reglas dentro de las cuales se desarrolla la relación gobernantes- gobernados (...) donde la definición de los derechos políticos configura los límites y garantías que tienen los ciudadanos, frente a las formas o instituciones de gobierno”.

Y es que la aplicación de este principio hermenéutico –hago referencia a aquel que privilegia la interpretación más favorable o benévola sobre las que se presentan como restrictivas o limitadoras del alcance de los derechos– no contraría **mi posición positivista**⁹⁰ del derecho; muy por el contrario la reafirma, pues lejos de fundarse en presupuestos extraños a la Ciencia del Derecho, se apropia de los que ofrece el ordenamiento para garantizar un entendimiento pro persona, aupado no solo en el orden interno⁹¹ sino igualmente en el internacional⁹².

En efecto, el empleo de los principios jurídicos para la resolución de los casos difíciles no es un método que se ubique en las antípodas de las construcciones positivistas del derecho, idea que aunque se extendió durante gran parte de la historia de la filosofía jurídica⁹³, ha alcanzado algunas morigeraciones con el transcurrir de los años.

El dilema entre el derecho natural y el derecho positivo se ha visto así difuminado –por lo menos en uno de sus puntos nodales– por cuanto las concepciones principialísticas no resultan exclusivas de las visiones naturales de la Ciencia Jurídica –en las que la validez y la existencia de la norma penden de su avenencia a los valores abstractos, accesibles mediante el uso de la razón⁹⁴– sino que irradian las perspectivas positivas que, si bien propenden por el negacionismo de principios morales⁹⁵ para la identificación de los fenómenos normativos, no desconocen la pervivencia de principios jurídicos como elementos esenciales dentro de los diferentes sistemas.

Lejos de ser el producto del azar, la lógica del positivismo suave o flexible⁹⁶ encuentra apoyo en la propia génesis de los ordenamientos jurídicos, ya que para nadie es un secreto que la formación de los sistemas suelen responder, e incluso reflejar las aspiraciones y pautas sobre las cuales convergen los asociados, patrones que se materializan y traducen, en muchos de los casos, en verdaderos principios que explican el origen mismo de los órdenes normativos, y que de suyo garantizan su estabilidad y duración. En otros términos, la aplicación nomoarquica del derecho resulta ser la puesta en marcha del propio ordenamiento que inserta, en forma de principios, los pactos que, sobre lo esencial, han suscrito los asociados.

⁹⁰ POSITIVISTA, que no necesariamente técnico jurídica, y nunca meramente pragmatista.

⁹¹ Ver en ese sentido: Corte Constitucional. Sentencia T-522 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2018-00069-00. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sentencia de 13 de diciembre de 2018.

⁹² Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁹³ Las primeras teorías que crearon diferencias insalvables entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo aparecen el siglo XIX en las obras de Bentham y Austin.

⁹⁴ John Finnis. Ley natural y derechos naturales. 1980.

⁹⁵ Ello, principalmente, por cuanto, las concepciones morales varían social y temporalmente. Es lo que se conoce como el escepticismo moral desde la filosofía del derecho positivo.

⁹⁶ Como es denominado por algunos autores esta modalidad de positivismo. Ver, Consejo Superior de la Judicatura. Filosofía del Derecho. Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayaz. 2002. Bogotá. Pp. 45 y ss.

Pero más allá de la formación de los fenómenos normativos, la no incompatibilidad entre principialística y positivismo se desprende de los discursos doctrinales de los más importantes exponentes de esta perspectiva, a saber, Hans Kelsen y Herbert Hart.

En lo que respecta al primero, el praguense estructura su concepción jurídica en la formulación de una propuesta que aquél denomina como la “Teoría Pura del Derecho”, en la que para el examen de esta ciencia se prescinde de elementos sociológicos, políticos y morales, limitándose al estudio de la validez de las normas del que depende la legitimidad del orden normativo.

En palabras de Kelsen, y contrariando así la posibilidad de fijar un conjunto de principios morales universales que explique la existencia de los sistemas jurídicos:

“Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional.”⁹⁷

Este autor elimina cualquier consideración de tipo moral de su discurso jurídico, fijando toda su atención en la validez de las prescripciones normativas que, para ser tenidas como tal, deben haber sido creadas según los procedimientos establecidos en el orden, de conformidad con los postulados que incluyen normas superiores, en cuya cúspide se encuentra una norma fundante básica que, al interior de los regímenes constitucionales como el colombiano, es la Constitución, comprendida en su sentido lato⁹⁸.

El ordenamiento –su legitimidad, validez y existencia– gravita en torno a una norma que de suyo se muestra como principialística⁹⁹, pues compila la esencia de las visiones que guían el camino de los Estados, estableciendo el derrotero u hoja de ruta de las instituciones que se erigen en su jurisdicción con el propósito de cumplir y satisfacer las necesidades básicas de aquellos que decidieron otorgar “cuotas” de libertad para vivir en sociedad, a la manera como fuese planteado por Juan Jacobo Rousseau, en su tratado del Contrato Social.

De allí que la puesta en marcha de los principios jurídicos para la adopción de decisiones no resulte ser el producto de una concepción moral que se pretende implantar en un caso en específico. Esta responde a una imposición que se desprende de las normas constitucionales que, para el caso colombiano, establecen la aplicación preponderante de las normas favorables sobre las que no

⁹⁷ Teoría Pura del Derecho. 1981.

⁹⁸ Esto es, con la inclusión de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y derecho internacional humanitario.

⁹⁹ Basta con observar los títulos I y II de la Constitución de 1991 para convencerse de ello, denominados, respectivamente, “De los principios fundamentales” y “De los derechos, las garantías y los deberes.”

lo son, tal y como se colige de, entre otros, los artículos 29¹⁰⁰ y 53¹⁰¹ de la Carta de 1991, con ámbitos de aplicación diversos.

En lo que atañe al segundo, el jurista inglés admite en su obra cumbre, “*El concepto del derecho*”, las implicaciones que los principios disponen dentro de los ordenamientos que, en muchos de los casos, se presentan como reglas de reconocimiento que determinan la validez de las demás prescripciones normativas que conforman los órdenes jurídicos.

En la perspectiva de Hart, la relación entre el derecho y la moral –que en definitiva explica la diatriba entre iusnaturalismo e iuspositivismo– no es excluyente, por cuanto; **(i)** históricamente el derecho ha sido influido por las doctrinas morales; **(ii)** las normas jurídicas reflejan principios morales; **(iii)** los ordenamientos jurídicos incorporan reglas morales; incorporación que, una vez efectuada, permite identificar principios aplicables a los casos que se someten al escrutinio judicial de los jueces¹⁰². La imbricación positivismo–nomoárquica se presenta, así como clara y propende por vínculos que determinan el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ahora bien, mi concepción positivista del derecho debe ser distinguida de otro tipo de perspectivas que han tenido cabida en otras latitudes¹⁰³, direccionadas por una lógica que ha sido conocida como la técnico–jurídica, desarrollada a partir de las elucubraciones que en la Universidad de Sassari (1910) hiciera el célebre penalista Arturo Rocco en su discurso “*El problema y el método de la ciencia del derecho penal*.”

Según esta dogmática jurídica, la concepción del derecho debe partir del estudio escrupuloso y estricto del derecho, sin que para ello pueda apostarse a otro tipo de presupuestos como los sociológicos o culturales que, agrupados en una sola categoría podríamos llamar circunstanciales, pues éstos distorsionan el objeto de lo jurídico.

En palabras de Fernando Velásquez Velásquez¹⁰⁴, quien comentado la obra de Rocco, expresa:

“Por ello, añadía [Rocco] que tan solo el derecho positivo vigente, único que la experiencia señala y en el cual solamente puede encontrarse el *objeto de una ciencia jurídica* como lo es el derecho penal y como debe

¹⁰⁰ “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

¹⁰¹ Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”

¹⁰² Consejo Superior de la Judicatura. Filosofía del Derecho. Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayaz. 2002. Bogotá. Pp. 45 y ss.

¹⁰³ Sobre todo, en Italia y Alemania.

¹⁰⁴ Manual de Derecho Penal. Parte general. Temis. 2004. Pp. 179 y ss.



y ja de continuar siéndolo, desmentidos ya los oráculos de una antropología tan cómo como inexacta.”

Y manifiesto que me aparto de esta teoría del derecho, por cuanto, contrario a lo que ella propugna, considero que las normas y principios que estructuran los ordenamientos deben ser empleadas y, por consiguiente, interpretadas para la solución de los casos, a la luz de las circunstancias modales que rodean su puesta en marcha, pues no habría de más descontextualizado que la aplicación dogmática del derecho, tal y como sucedió en el fallo que motiva este salvamento de voto, en el que se prescindió el estudio de la condición de inelegibilidad atribuida en la demanda, sin tomar en cuenta la materialización que del derecho de oposición pretendía ese nuevo instituto electoral.

De allí que, conjugado con esta situación, la aplicación de la hermenéutica más favorable debía conllevar la denegatoria de las pretensiones del escrito introductorio, no como tesis que desconoce los postulados del orden jurídico, sino como posición conceptual que permite reafirmarlo, si se comprende que su fin último es la protección y salvaguarda de los derechos de los asociados.

6. IMPLICACIONES DEL APOYO PÚBLICO EN LAS CAMPAÑAS PRESIDENCIALES EN TORNO A LA FIGURA DE LA COALICIÓN

La doble militancia que la mayoría le censuró a la demandada partía de su pertenencia al Partido Alianza Verde por el cual ocupó una curul en la Cámara de Representantes dentro del período 2014-2018 y posterior inscripción como candidata de la coalición conformada por el Grupo Significativo de Ciudadanos Colombia Humana y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS), en fórmula con el aspirante a la Presidencia, Gustavo Francisco Petro Urrego.

Pues bien, un aspecto, a mi juicio trascendental, que dejó de ser analizado por la Sala deviene del hecho que la aspiración presidencial del Partido Verde culminó con los resultados obtenidos en los comicios de primera vuelta. Con posterioridad a ello el país conoció que varios miembros de esa colectividad manifestaron públicamente su apoyo a la fórmula presidencial integrada por los señores Gustavo Petro y **ÁNGELA ROBLEDO** y otros tantos por el voto en blanco, teniendo proscrito apoyar a la fórmula conformada por los entonces candidatos Iván Duque Márquez y Martha Lucía Ramírez.

Esto es significativo en la medida en que el inciso 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 establece que ***“en el caso de las campañas presidenciales también formarán parte de la coalición los partidos y movimientos políticos que públicamente manifiesten su apoyo al candidato”***.

Ahora, ciertamente el acontecimiento en cuestión no estaba debidamente documentado en el expediente, sin embargo, la posibilidad de mirarlo bajo las cuerdas del **“hecho notorio”**¹⁰⁵ era un asunto que merecía ser analizado,

¹⁰⁵ En relación con los alcances de esta figura, reitero el marco jurídico decantado en auto de Sala Unitaria de proferido el 19 de diciembre de 2016 (rad. 2016-00081), con ponencia de la suscrita magistrada, así: Según el artículo 167 del Código General del Proceso “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. || En este orden, si bien el registro

teniendo en cuenta que la **presunción de legalidad** que envuelve a los actos administrativos impone al juzgador resolver de forma congruente las censuras de las partes, pero viendo el panorama jurídico en su integridad.

Ello sin contar con que, por ser el primer caso de esta naturaleza que se presentaba en el país, era la oportunidad perfecta para que la Sala sentara jurisprudencia al respecto, mediante un estudio que permitiera a toda la comunidad jurídica disipar dudas para eventos futuros, y propender por la coherencia del ordenamiento.

Es sabido que cada agrupación política –individualmente considerada o en coalición, según el caso– podrá inscribir candidatos únicos para elecciones de cargos uninominales (art. 236 C. P.). No obstante, el citado artículo de la Ley 1475 de 2011 estableció una regla especial de coalición para el caso de las elecciones presidenciales, única contienda electoral en Colombia que contempla la segunda vuelta, que ameritaba un estudio más amplio que el que se realizó en la sentencia respecto de la cual salvo mi voto.

Lo anterior, para saber hasta dónde el apoyo parcial del Partido Verde suponía la existencia de una coalición para la segunda vuelta que eliminara cualquier posibilidad de doble militancia, pues, en últimas, la demandada fue congresista por

noticioso de esta clase de hechos acrecienta los elementos de convicción en poder del operador jurídico para resolver el asunto litigioso puesto a su consideración, ello no implica de forma alguna que el hecho exija su probanza, ya que, “se repite, su apreciación o cognición por una generalidad, hace innecesaria su [demostración].” (Consejo de Estado. Sala Plena. Rad. nº. 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI). C.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandado: Alfredo Rafael Deluque Zuleta). || En palabras de la Corte Constitucional, el hecho notorio es “aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo.” (Auto 035 de 1997). || En este mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que “los hechos notorios son hechos públicos, conocidos tanto por las partes como por un grupo de personas de cierta cultura, que pertenecen a un determinado círculo social o gremial.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. nº. 25000-23-24-000-2005-01438-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia de 14 de abril de 2016.) || De lo anterior se desprende que para poder acuñar a un hecho la condición de notorio, con las consecuencias jurídicas que esto acarrea, resulta patente evidenciar que (i) su conocimiento es general por parte de las personas que conforman una determinada comunidad, sin importar que esta sea del orden local, regional o nacional, así como (ii) la certeza de esta divulgación por parte del juez (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. EXP. nº. 7328. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia de 21 de mayo de 2002) || Ahora bien, la notoriedad del acontecimiento no puede ser entendida en términos absolutos, puesto que ello vaciaría de sentido el concepto mismo de hecho notorio o público. || Lo anterior significa que para poder admitir el carácter de notoria a una situación fáctica cualquiera, en el contexto de un proceso jurisdiccional, no es menester que el mismo sea conocido o admitido por **todos** los sujetos de una sociedad determinada; en efecto, basta con que **muchas de ellas** lo reconozcan para que el juez, en su espontáneo entendimiento, puede declarar la notoriedad del hecho que se alega. || Asimismo, la notoriedad no pende de la perennidad o no del acontecimiento, sino de que éste exista en el momento en que debe ser valorado por parte del operador judicial, pues, como acertadamente lo establece Devis Echandía –Hernando Devis Echandía. Teoría General de la Prueba Judicial. Fidenter. Buenos Aires. T. I. 1970. Págs. 221 y ss. : “ Para ello resulta conveniente adoptar un criterio restringido, que reduzca los casos concretos a los que realmente no ofrezcan duda razonable sobre la existencia del hecho; pero sin llegar a extremos que conduzcan a soluciones ilógicas, como sucede con las exigencias de que sea conocido y aceptado por todo el mundo, o de que sea un hecho permanente y no transitorio, pues uno de los últimos (un terremoto o una inundación con características de calamidad pública), puede revestir mayor notoriedad y aparecer más cierto que muchos permanentes.”– , ciertos de carácter transitorio, revisten una mayor notoriedad.



ese partido, y recibió, así no fuera totalmente, su apoyo político para la recta final de la disputa por la Casa de Nariño.

A mi juicio, no era viable declarar la nulidad del acto de elección sin haber abordado este estudio, comoquiera que se trataba de una circunstancia de orden factual con el potencial de conducir a la Sala a una decisión contraria a la que finalmente adoptó la mayoría.

9. CONCLUSIONES:

El auto admisorio de la demanda no es óbice para que la Sala en la sentencia verifique competencia para decidir y procedimiento que se debe adelantar.

El acto demandado no era pasible de ser juzgado vía medio de control de nulidad electoral, por ser de mera ejecución, por tanto, lo procedente era anular todo lo actuado, hasta el auto admisorio inclusive, o dictar fallo inhibitorio.

Para juzgar la designación de **ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ** era lo propio acusar la legalidad, vía nulidad electoral, del acto declaratorio de la elección del Presidente y Vicepresidente de la República.

De superarse lo anterior, resulta evidente que las pretensiones debieron ser denegadas por inexistencia de la alegada doble militancia.

La modalidad de doble militancia consagrada en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución no resulta aplicable a la elección de presidente y vicepresidente de la república, porque se refiere exclusivamente a la reelección de miembros de corporación públicas.

Las causales de inelegibilidad para la elección de presidente y vicepresidente de la República disponen de naturaleza constitucional y no legal.

El acto demandado se profirió por el CNE con el propósito de dotar de verdaderas garantías y representación en el Congreso de la República a las fuerzas de oposición política, más allá de que el ejercicio propiamente dicho de la función congresual debiera consultar reglas de militancia política y bancada.

La curul obtenida por la demandada no deviene directamente del favor popular sino de un derecho personal que materializa el otorgamiento de una garantía del control político y en el sistema de pesos y contrapesos que conjuga oficialismo, independencia y oposición legítimamente constituida.

La expresión “siguiente elección”, contenida en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política se refiere a la próxima a realizarse para la misma corporación pública y, por contera, no debe entenderse como aquella que sigue para cualquier elección popular, pues eso no está definido por la norma constitucional y tampoco puede ser el operador jurídico quien fije su alcance.



Se omitió valorar que finalmente, como hecho notorio en la segunda vuelta, que una fracción del partido verde apoyó a la demandada en su aspiración a la vicepresidencia, esto de conformidad con el inciso 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, no permitiría la configuración de la doble militancia.

Por las anteriores breves razones, considero que la denegatoria no debió darse bajo el supuesto que lo hizo la mayoría, por ende, tampoco debía acudirse a la figura de La jurisprudencia anunciada que como mecanismo de seguridad jurídica yo misma introduje a la Sección Quinta, también tomada en buena hora por la Sala Plena de la Corporación y confío en que muy pronto también por las demás altas Cortes o incluso que tal institución se normatice por el Congreso de la República, sino por la evidente necesidad de protección de los derechos de la oposición y porque la causal de ataque a la Senadora **ROBLEDO GÓMEZ**, no es constitutiva de causal de anulación del acto de su designación.

En los anteriores términos dejo presentada mi aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

