

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Naturaleza jurídica y finalidad / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Consecuencias jurídicas

La solicitud de pérdida de investidura es una “una especie de juicio sancionatorio de carácter constitucional en virtud del cual un órgano judicial verifica la configuración de alguna de las causales de desinvestidura de los Congresistas previstas en la Constitución y, en consecuencia, imputa a dicho actuar la consecuencia jurídica prescrita en la Carta que no es otra que la pérdida, intemporal, del derecho político pasivo de ser elegido para un cargo público de elección popular”. Lo que se pretende determinar con esta clase de acciones públicas es si los congresistas y demás servidores públicos de elección popular, lesionan o no con sus acciones u omisiones la dignidad del cargo que ostentan, en desmedro de los principios de legalidad, democracia, transparencia y representación política y si, como consecuencia de ello, se hacen merecedores de la privación de su derecho constitucional de ser elegidos en cargos de elección popular. (...)La consecuencia de que un legislador se encuentre incurso en una de las causales de pérdida de investidura no es otra distinta a la muerte política, pues quien es privado de su investidura, además de ser separado de su función –si es que la está ejerciendo-, jamás puede volver a aspirar a un cargo de elección popular.

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las características de la acción de pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sala Dieciséis Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia del 5 de septiembre de 2018, Rad. 11001-03-15-000-2018-00320-00, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia del 19 de febrero de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI), C.P. María Adriana Marín

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el bien jurídico protegido por la acción de pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016 Rad. 11001-03-15-000-2014-03886-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro y sentencia del 28 de mayo de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI 1881-2019), C.P. William Hernández Gómez

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen de responsabilidad subjetiva en el juicio de pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016, Rad. 11001-03-15-000-2014-03886-00. C.P. Alberto Yepes Barreiro y Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Está regido por el debido proceso / PRINCIPIOS APLICABLES AL JUICIO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Principio de legalidad, pro homine, in dubio pro reo, favorabilidad, culpabilidad, presunción de inocencia y non bis in ídem

Debido a la severidad de la sanción, el proceso judicial debe salvaguardar con enorme celo el debido proceso, sin perderse de vista que a partir de la expedición de la Ley 1881 de 2018, “El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva” y, por lo mismo, no basta simplemente con establecer si la conducta reprochada al congresista se encuadra o no en alguna de las causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución, sino que es

menester demostrar, además, que las acciones u omisiones constitutivas de la falta son atribuibles a título de dolo o culpa. (...) Como quiera que el proceso de pérdida de investidura comporta el ejercicio del ius puniendi estatal, ha de darse estricta aplicación y plena observancia a las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución. (...) No puede pasarse por alto que las disposiciones de la Ley 1881 de 2018 encuentran igualmente su sustento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyas normas se consagran las garantías judiciales relativas al debido proceso, al derecho de audiencia y de defensa y la aplicación de los principios de legalidad, pro homine, in dubio pro reo, favorabilidad, culpabilidad, presunción de inocencia y non bis in ídem, así como el derecho de ser asistido por un abogado, a no estar obligado a declarar contra sí mismo, a solicitar o allegar las pruebas que se estimen conducentes y a conocer y controvertir las que se aduzcan en su contra, y, desde luego, el derecho a recurrir el fallo adverso ante juez o tribunal superior competente.

FUENTE FORMAL: CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 1

CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR CONFLICTO DE INTERESES – Noción

[L]os congresistas tienen el ineludible deber ético de declarar motu proprio, en forma franca, oportuna y transparente, la existencia de todas aquellas razones, circunstancias o situaciones de orden personal o familiar que les impida participar en los debates y votaciones propios de su función legislativa, con la objetividad, independencia e imparcialidad que se espera de ellos y, en general, de todos los servidores públicos. Al fin y al cabo “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”, y no propiamente para valerse de las potestades, atribuciones y prerrogativas de que se hallan investidas, para abogar a favor de sus mezquinos intereses personales, pues ello resulta contrario al horizonte deontológico anteriormente mencionado. (...) [N]o aplican en aquellos eventos en los cuales se encuentra involucrado o concernido el interés de toda la colectividad o de un grupo indeterminado de personas, incluyendo los intereses que en pie de igualdad con las demás personas pudieren tener los propios congresistas (...). Expresado de otra manera, las situaciones personales susceptibles de cuestionamiento en estos procesos son solo aquellas que interfieren en el debido y correcto cumplimiento de los deberes y obligaciones inherentes a la tarea legislativa y de control político y que por ello afectan “las reglas de transparencia e imparcialidad que gobiernan la deliberación democrática en el foro legislativo (...), lo que, a la postre, perturba el proceso de toma de decisiones”. Vale la pena abrir un paréntesis aquí para puntualizar que, si “las leyes son la expresión de la voluntad general”, tal como lo pregonó hace siglos Juan Jacobo Rousseau, mal puede pensarse que es admitido valerse de una investidura parlamentaria para participar en debates y/o votar leyes amañadas o arbitrarias, gestadas en la voluntad particular o el capricho de un congresista, pues es claro que en un régimen que pretende ser democrático y de derecho como el nuestro, la condición de servidor público elegido popularmente solo puede ser empleada al servicio del interés general, honrando en forma permanente la investidura conferida por los ciudadanos en las urnas. En suma, cualquier uso desviado que se haga de esas atribuciones o potestades legislativas con el propósito soterrado de obtener unos beneficios, ventajas o utilidades de orden

personal, además de defraudar la confianza de los electores, constituye per se una grave infracción a los postulados de la Carta Política y una trasgresión inaceptable de los principios éticos que deben inspirar el cumplimiento de las tareas legislativas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183 NUMERAL 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 182 / LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 18 / LEY 1828 DE 2017 – ARTÍCULO 10

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, ver: Consejo de Estado, Sala Sexta Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia del 16 de julio de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2019-02830-00(PI), C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de septiembre de 2002, Rad. 11001-03-15-000-2002-00447-01, C.P. Roberto Medina López

CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES – Requisitos de configuración / CONFLICTO DE INTERESES – Concepto jurídico indeterminado

[E]n aras de garantizar el equilibrio que debe existir entre los derechos del congresista y la aplicación estricta de la ley en aquellos casos en los que se alega la violación del régimen de conflicto de intereses, la Sala Plena Contenciosa del Consejo Estado ha enfatizado que para la configuración de la causal deben reunirse los siguientes elementos o requisitos: a.- Que el congresista haya participado efectivamente en la deliberación y votación de los actos legislativos, leyes y/o en el trámite y decisión de otros asuntos que fueron sometidos a su conocimiento. b.- Que al hacerlo, el congresista haya tenido un interés económico o moral de naturaleza personal, directo, particular y actual que pugne con el interés general. En ese orden de ideas, debe enfatizarse que no cualquier interés es suficiente para que se configure esta causal de pérdida de investidura, “pues se sabe que sólo lo será aquél del que se pueda predicar que es directo, esto es, que per se el alegado beneficio, provecho o utilidad encuentre su fuente en el asunto que fue conocido por el legislador; particular, que el mismo sea específico o personal, bien para el congresista o quienes se encuentren relacionados con él; y actual o inmediato, que concorra para el momento en que ocurrió la participación o votación del congresista, lo que excluye sucesos contingentes, futuros o imprevisibles. También se tiene noticia que el interés puede ser de cualquier naturaleza, esto es, económico o moral, sin distinción alguna”. (...)En efecto, al ser el conflicto de interés un concepto jurídico indeterminado, cuyos contornos epistemológicos son bastante inasibles, etéreos e imprecisos, se impone la realización de un riguroso “ejercicio hermenéutico de las situaciones de carácter moral o económico que puedan inhibir a un congresista de participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración”, tomando en cuenta “las coordenadas de la realidad o circunstancias que rigen cada caso concreto”. (...)En ese sentido, es preciso que la ventaja, beneficio o provecho personal del congresista pugne con el interés general que representa por razón de su investidura (...). c.- Que a pesar de tener un interés directo que rivaliza con el interés general, el congresista incumpla con su deber de manifestar el impedimento para participar en los debates y/o votaciones a que haya lugar, o que, existiendo razones fundadas, objetivas y plausibles para ello, haya prosperado contra él alguna recusación. Dicho de otra forma, este requisito de la causal debe considerarse cumplido cuando, a pesar de existir razones objetivas y plausibles que indican que los intereses privados del congresista o de sus

personas cercanas se encuentran involucrados, de tal modo que se presente una pugna o contradicción con el interés general, aquel omite el cumplimiento de su deber de declararse impedido para participar en esos debates y decisiones. Como puede advertirse, el conflicto moral de intereses como causal de pérdida de investidura constituye una valiosa herramienta para combatir las faltas contra la ética parlamentaria y para proteger la prevalencia del interés general, el principio de representatividad, la justicia y el bien común, propósitos estos, que, si bien pudieran parecer abstractos e indeterminados, forman parte del ADN de nuestro Estado social y democrático de derecho.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 133 / LEY 5 DE 1992 – ARTÍCULO 2 / LEY 5 DE 1992 – ARTÍCULO 3

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los requisitos de configuración del conflicto de intereses, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2011, Rad. 11001-03-15-000-2011-00404-00(PI), C.P. María Claudia Rojas Lasso; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de mayo de 2008, Rad. 11001-03-06-000-2008-00038-00(1903), C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de abril de 2004, Exp. 1572, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el conflicto de intereses como un concepto jurídico indeterminado, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de mayo de 2012, Rad. 11001-03-15-000-2010-01329-00(PI) y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de noviembre de 2016, Rad. 11001-03-15-000-2014-03117-00(PI), C.P. William Hernández Gómez

DERECHO A LA OPOSICIÓN POLÍTICA – Noción / DECLARATORIA POLÍTICA COMO PARTIDO DE OPOSICIÓN – Concepto y alcance / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO – Obligación de hacer un seguimiento sobre las garantías del derecho a la oposición / OPOSICIÓN POLÍTICA – Derechos / PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS DECLARADOS EN OPOSICIÓN – Discriminación positiva a su favor

[L]a declaración política de una colectividad política como partido de oposición, independiente, o de gobierno, no es una opción sino una obligación que debe cumplir cada una de ellas por conducto de su respectivo representante legal, dentro del primer mes del inicio del respectivo gobierno, “de manera que la ciudadanía conozca con claridad cuál es la posición que han asumido”. (...) [T]ambién deriva la obligación que tienen la Procuraduría General y la Defensoría del Pueblo, en el sentido de realizar un seguimiento especial sobre el cumplimiento y respeto del derecho a la oposición y de presentar a consideración del Congreso un informe anual sobre la efectividad de ese derecho. [L]as organizaciones políticas declaradas en oposición de que trata la presente ley, tendrán derecho a una financiación adicional para el ejercicio de la oposición; el acceso a los medios de comunicación social del Estado o que hacen uso del espectro electromagnético; el acceso a la información y a la documentación oficial; el derecho de réplica; el derecho a participar en las mesas directivas de las plenarias de las corporaciones públicas de elección popular; el derecho a participar en la agenda de las Corporaciones Públicas; la garantía del libre ejercicio de los derechos políticos; el derecho a participar en la Comisión de Relaciones Exteriores; el derecho a participar en las herramientas de comunicación de las corporaciones públicas de elección popular y el derecho a

participar en una sesión exclusiva sobre el plan de desarrollo y presupuesto. [E]l ordenamiento jurídico establece una discriminación positiva en favor de los partidos y movimientos políticos que se han declarado en la oposición. Esos derechos y prerrogativas especiales mencionadas en el párrafo anterior, se pierden cuando el partido opositor deja de serlo al plegarse a las políticas y posturas del gobierno de turno.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 40 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 112 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 3 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 6 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 11

DECLARATORIA POLÍTICA COMO PARTIDO DE GOBIERNO – No necesariamente implica el apoyo incondicional a las posturas del Gobierno

La ley estatutaria trae sin embargo una limitación frente a la declaración para las organizaciones políticas que, solas o en coalición, hayan inscrito el candidato que resultó elegido como Presidente, Gobernador o Alcalde. Según la Ley, a ellas se les tendrá como organizaciones de gobierno, sin que puedan declararse en oposición. Lo anterior buscando la coherencia de las organizaciones políticas, pues no es dable que ellas ostenten en forma coetánea la doble condición de partidos o movimientos políticos de gobierno y de oposición, y en esa medida, gocen “simultáneamente de los privilegios y derechos que dan ambas opciones”. (...) [L]a declaratoria política de los partidos, en el caso de considerarse de Gobierno, no necesariamente implica el apoyo incondicional a sus posturas, pues bien pueden ejercer una especie de veeduría sobre las propuestas del ejecutivo, con el fin de verificar el cumplimiento de los programas de cada partido y sobre todo, de los compromisos asumidos con sus electores. En ese sentido, aun siendo de Gobierno, un partido puede apartarse de él, independientemente de los procesos deliberativos que se surtan en su interior.

FUENTE FORMAL: LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 6

DECLARATORIA POLÍTICA COMO PARTIDO INDEPENDIENTE – Noción

El numeral 2 del artículo 6 de la Ley 1909 de 2018, por su parte, contempla igualmente la opción de que un partido político se declare como independiente, lo cual significa que el partido no forma parte del gobierno ni de la oposición, pues se reserva el derecho de apoyar o no las iniciativas del gobierno, según lo estime pertinente. Sus derechos, son los mismos que el ordenamiento jurídico le reconoce a cualquier organización política. (...) [L]os miembros de la organización política que se declara independiente y que han conformado sus órganos de dirección, gobierno, control y administración en cualquiera de los niveles territoriales, así como quienes hayan sido candidatos a un cargo de elección popular avalados por el movimiento -elegidos o no-, no podrán ser designados en cargos de autoridad política, civil o administrativa en el gobierno, mientras se mantenga la declaración de independencia de la organización, ni dentro de los doce meses siguientes a su retiro del movimiento.

FUENTE FORMAL: LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 6 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 26 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 27

COALICIONES POLÍTICAS – Naturaleza jurídica, alcance y compromisos / COALICIONES POLÍTICAS – Son distintas a las organizaciones políticas con personería jurídica

[E]n algunos procesos iniciados en ejercicio del medio de control de nulidad electoral se planteó un interesante debate en torno a la necesidad de contar con una regulación de la ley para que los partidos y movimientos políticos pudieran coaligarse con el propósito de acceder a las corporaciones públicas. El Consejo de Estado ha sostenido que, si bien la ley no reguló la conformación, el financiamiento y el alcance jurídico de las coaliciones para corporaciones públicas, se ha entendido desde épocas inveteradas que el derecho a coaligarse “emana de la voluntad libre de las agrupaciones políticas reconociendo su existencia sin necesidad de desarrollo legislativo específico”. Lo anterior, por tratarse de una dinámica que es propia de la actividad política. (...) [L]a Constitución impone al legislador el deber de regular aspectos relacionados con el funcionamiento de las coaliciones para corporaciones públicas, pero, de manera autónoma e independiente, consagra el derecho de los partidos y movimientos políticos a presentar una lista de candidatos en coalición para corporaciones públicas. En lo que tiene ver con la inscripción de listas a cargos de elección popular en corporaciones públicas por parte de una coalición, se advierte la existencia de una omisión legislativa, sin embargo, debe aplicarse de manera directa lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 262 de la Constitución Política, a efectos de garantizar la efectividad del derecho a la inscripción de listas de coalición a cargos de elección popular. (...) Lo expuesto hasta aquí excluye la posibilidad de que las coaliciones políticas puedan ser asimiladas a las organizaciones políticas con personería jurídica y, por ende, no es dable entender que aquellas se encuentren jurídicamente habilitadas para ejercer los mismos derechos y asumir las mismas obligaciones que se predicen de los partidos y movimientos políticos, ni sería tampoco admisible entender que les son aplicables por extensión las normas establecidas en la ley de bancadas, en especial las que consagran sanciones a los legisladores que sin ninguna justificación desconocen las directrices por ellas acordadas, pues, en estricto sentido, las personas que son elegidas en coalición tienen ante todo un deber de coherencia con las decisiones adoptadas por su respectivo partido.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 107 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2009 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 262 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 / LEY 130 DE 1994 – ARTÍCULO 13 / LEY 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 29

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las coaliciones políticas para corporaciones públicas, ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de diciembre de 2018, Rad. 11001-03-28-000-2018-00019-00, C.P. Rocío Araújo Oñate y sentencia del 2 de mayo de 2019, Rad. 11001-03-28-000-2018-00129-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS BANCADAS – No es aplicable a las coaliciones políticas / PARTIDOS POLÍTICOS, MOVIMIENTOS SOCIALES Y GRUPOS SIGNIFICATIVOS DE CIUDADANOS – Pueden constituirse en coalición política, sin que les sea aplicable el régimen jurídico de las bancadas

Teniendo en cuenta los precisos términos de la ley (...), resulta fácil advertir que en ninguna de sus normas se hace referencia expresa a las coaliciones políticas, motivo por el cual es forzoso concluir que el régimen jurídico de las bancadas no les es aplicable. A propósito del tema, no puede soslayarse que la conformación de coaliciones políticas es, en esencia, particularmente coyuntural, por cuanto su creación responde a determinadas circunstancias o situaciones políticas que son eminentemente episódicas, variables e inestables, debido al carácter cambiante y

a la volatilidad que es característica de la actividad política y del juego democrático. En todo caso, el hecho de que las coaliciones no aparezcan mencionadas en la Ley 974 de 2005 no impide que los partidos políticos, movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos puedan constituirse en coalición para apoyar determinadas iniciativas legislativas o abogar en común por ciertas causas políticas, tal como quedó dicho en páginas precedentes, así no les sean aplicables las disposiciones jurídicas que regulan el funcionamiento de las bancadas. En efecto, nada impediría que los integrantes de una coalición puedan actuar en grupo, coordinadamente y emplear mecanismos democráticos para la adopción de decisiones, pero eso sí, sin que ello se entienda cobijado por las disposiciones de la Ley 974 de 2005.

FUENTE FORMAL: LEY 974 DE 2005

ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Es de naturaleza sancionatoria / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – No es posible hacer interpretaciones extensivas para tipificar como conductas sancionables las que no están consagradas en el ordenamiento jurídico como tal

No puede desconocerse que la formación de coaliciones y alianzas es una vieja práctica inherente a la actividad política que responde a coincidencias o intereses episódicos, que son tan variables y cambiantes como lo es la política misma, motivo por el cual no resulta factible entender que en el indescifrable devenir de la actividad política una organización deba permanecer atada a los acuerdos y compromisos del pasado. (...)En todo caso, como la pérdida de investidura es una acción de naturaleza sancionatoria que de llegar a prosperar afecta de por vida al congresista, al privarlo de la oportunidad de volver ser elegido en un cargo de elección popular, no resulta jurídicamente viable hacer interpretaciones extensivas encaminadas a tipificar como conductas sancionables aquellas acciones y omisiones que el ordenamiento jurídico no ha calificado como tales. Este razonamiento apunta a señalar que el hecho de desconocer los compromisos consignados en un acuerdo de coalición o de desconocer las directrices aprobadas por los movimientos políticos coaligados, no se encuentra catalogado dentro de las conductas sancionables en este tipo de procesos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES – Procedencia y diferencias

Es bien sabido que los congresistas están obligados a declararse impedidos para participar en los debates o votaciones en las cuales deban intervenir, cuando adviertan que están incurso en alguna de las causales de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses que se encuentran previstas por el ordenamiento jurídico. La recusación, a su turno, procede cuando quien advierte dicho impedimento es un tercero y así lo hace saber para que el legislador se aparte del asunto sometido a su consideración.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183 NUMERAL 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA NOVENA ESPECIAL DE DECISIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-02135-00(PI)

Actor: AÍDA YOLANDA AVELLA ESQUIVEL, MARÍA JOSÉ PIZARRO RODRÍGUEZ, GUSTAVO BOLÍVAR MORENO Y DAVID RICARDO RACERO MAYORCA

Demandado: JONATAN TAMAYO PÉREZ

Medio de control: PÉRDIDA DE INVESTIDURA (PRIMERA INSTANCIA)

Agotado en el presente proceso el trámite judicial que dispone la Ley 1881 de 2018, la Sala Novena Especial de Decisión procede a dictar sentencia para decidir la solicitud de pérdida de investidura promovida por los ciudadanos Aída Yolanda Avella Esquivel, María José Pizarro Rodríguez, Gustavo Bolívar Moreno y David Ricardo Racero Mayorga contra el señor Jonatan Tamayo Pérez.

ANTECEDENTES

1. La solicitud de pérdida de investidura

Mediante escrito radicado el 14 de mayo de 2019, los ciudadanos antes mencionados solicitaron a esta corporación que se decrete la pérdida de la investidura del congresista Jonatan Tamayo Pérez, quien fue elegido como Senador de la República por la coalición interpartidista “*Lista de la Decencia (ASI, UP MAIS)*”, para el período constitucional 2018-2022, por haber incurrido en la causal prevista en el artículo 183 numeral 1º de la Constitución Política.

1.1. Fundamentos fácticos

Aducen los solicitantes que el 9 de diciembre de 2017, los partidos Alianza Social Independiente (ASI), Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS) y la Unión Patriótica (UP), inscribieron una lista en coalición que se denominó “*Lista de la Decencia ASI, UP y MAIS*”, con el propósito de participar en los comicios electorales para el período 2018-2022, de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2015, con el compromiso de adelantar un programa básico de

transformaciones sociales orientado básicamente a la **“Construcción de una paz integral mediante el cumplimiento cabal de la palabra empeñada en los acuerdos de paz del Teatro Colón”**.

En consonancia con lo anterior, los partidos y movimientos políticos de la coalición acordaron que las directivas de cada uno de ellos habrían de encargarse de **“garantizar el cumplimiento del compromiso político y programático que funda este acuerdo; de garantizar las calidades morales de los candidatos avalados por los respectivos partidos y la coalición; de coordinar y vigilar el comportamiento de la bancada en la respectiva corporación pública** reconociendo a ésta relativa autonomía para el diseño de sus estrategias en el marco del acuerdo político y programático. De esta coalición no podrán hacer parte individuos con antecedentes de corrupción o vínculos con organizaciones paramilitares, bandas criminales y organizaciones mafiosas o delictivas”¹ (el resaltado es propio del texto).

En la fundamentación del mencionado acuerdo, se puso de presente que **“el país corre el peligro de continuar bajo el gobierno de sectores antidemocráticos y conservaduristas que amenazan no solo con echar para atrás los acuerdos de paz formados (sic) en el teatro Colón e impedir el logro de una paz completa, sino mantener un modelo de desarrollo y político generador de pobreza, desigualdad, exclusión, depredación de la madre tierra y prácticas corruptas, clientelistas y mafiosas”²** (el resaltado es propio del texto).

En ese mismo documento quedó expresamente establecido que **“Los integrantes de las bancadas de esta coalición en cada corporación pública se coordinarán para sus actuaciones como un cuerpo colectivo que toma decisiones democráticamente en el marco de los lineamientos de sus respectivos partidos y de los acuerdos de la coalición.** No obstante en asuntos espirituales, religiosos y sexuales se garantizarán las libertades que a todo ciudadano le otorgan las normas fundamentales de la nación”³ (el resaltado es ajeno al texto).

Suscrito el acuerdo programático y definida la lista integrada con las postulaciones que hicieron los partidos de la coalición, se otorgaron los avales por parte de cada uno de ellos, así: Gustavo Bolívar Moreno, por MAIS; a Aída Avella Esquivel, por

¹ Folio 7, cuaderno 1.

² Folio 5, cuaderno 1.

³ Folio 8, cuaderno 1.

la UP; y por último, a Jonatan Tamayo Pérez por ASI, quien por demás utilizó en su campaña los logos, símbolos, programas y postulados del mencionado Acuerdo del 9 de diciembre de 2017.

Fue así como en las elecciones legislativas realizadas el 11 de marzo de 2018, la lista de la coalición obtuvo un total de 510.262 votos, resultando elegidos como senadores de la República para el período constitucional 2018-2022, los siguientes ciudadanos: Gustavo Bolívar Moreno, con 122.132 votos; Aída Avella Esquivel, con 57.644 votos y Jonatan Tamayo Pérez, con 14.773 votos, quienes tomaron posesión de sus cargos como Senadores de la República en la sesión del 20 de julio de 2018.

Aseguran los solicitantes que el Senador Tamayo Pérez, una vez posesionado, declaró no tener coincidencias con el programa contenido en el Acuerdo constitutivo de la coalición; que ésta no contaba con personería jurídica y sus fines eran meramente electorales; que él había recibido el aval de su partido y no de la coalición.

Además de ello, en la Comisión Sexta del Senado manifestó su afinidad con las orientaciones políticas del Centro Democrático, al punto de autoproclamarse como “*Senador de Gobierno*” y a través de distintos medios de comunicación, como de “*filiación conservadora*”, llegando incluso a descalificar la lista de la coalición, diciendo que debería llamarse de “*los indecentes*” y a expresar que los votos obtenidos por ésta en Bogotá fueron el fruto de un intercambio de votos por drogas.

Al hacer un recuento de los hechos configurativos de la causal invocada, en los cuales se evidencia el desconocimiento de los compromisos asumidos por el Senador Tamayo, los solicitantes de la pérdida de investidura relacionan distintas actuaciones en las cuales él asumió posturas contrarias a las esperadas y que la Sala resume en el siguiente cuadro:

Fecha	Actuación del Senador Tamayo Pérez	Decisión de la Coalición “Lista de la Decencia”
N.D.	Depositó su voto para la plancha de la mesa directiva del Senado de la Coalición del Gobierno.	“Se abstuvieron de votar”.
29 oct/2018	Votó positivo el Proyecto de Acto Legislativo 08 de 2018 de Senado, acumulado Acto Legislativo 09 de 2018 “ <i>Por el cual se adopta</i>	“En contravía de lo decidido por la bancada”.

	<i>una reforma política y electoral y se dictan otras disposiciones”.</i>	
5 dic/2018	Votó positivo el Proyecto de Ley 167 de 2018 del Senado – 182 de 2018 de Cámara <i>“Por el cual se decreta el presupuesto del sistema general de regalías para el bienio del 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020”.</i>	“En contraposición de lo decidido por la bancada”.
16 dic/2018	Votó positivo el proyecto de Acto Legislativo 25 de 2018 de Senado- 044 de Cámara <i>“Por el cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política de Colombia y se establece la segunda vuelta para la elección del Alcalde mayor”.</i>	“En contraposición de lo decidido por la bancada”.
18 dic/2018	Votó positivo el proyecto de ley No. 197 de Senado – 240 de Cámara <i>“Por el cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones”.</i>	“En contraposición de lo decidido por la bancada”.
2 may/2019	Votó positivo el proyecto de ley No. 277 de 2019 Senado – 311 Cámara <i>“por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”.</i>	“En contraposición de lo decidido por la bancada”.
11 mar/2019	Aceptó la designación de la mesa directiva del Senado de la República para conformar la Comisión accidental sobre las objeciones presidenciales a la Jurisdicción Especial para la paz”. Rindió informe acogiendo las 6 objeciones presidenciales y votó negativo el informe que las rechazaba.	“Posición abiertamente en contra de los postulados de la Coalición”.

Por otra parte, mientras el 22 de agosto de 2018 los partidos UP y MAIS, como integrantes de la coalición *“Lista de la Decencia”*, se declararon como *“organización política en oposición”*, el senador Tamayo se declaró como de Gobierno, desconociendo que según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1909 de 2017, mediante la cual se adoptó el Estatuto de la Oposición, ese tipo de manifestaciones es propia de las organizaciones políticas y no de los congresistas. Según el relato de los solicitantes, el Senador Tamayo ha querido justificar su proceder señalando que su partido se declaró de gobierno el 22 de agosto de 2018 y que la coalición no existe. En todo caso precisaron que, si bien la Alianza Social Independiente se declaró partido de gobierno en esa fecha, en el mes de enero de 2019 se declaró partido independiente.

Concluyen los solicitantes señalando que el Senador Tamayo Pérez tiene un claro conflicto de intereses con la bancada por la que fue elegido, no de carácter económico sino moral, por lo cual está incurso en la causal prevista en el artículo 183 núm. 1 de la Carta.

1.2. Fundamentos jurídicos

Los solicitantes invocaron como sustento jurídico de su pretensión lo dispuesto en los artículos 1, 40, 107, 112, 133, 182, 183, 209 y 262 Constitución Política y en los artículos 296 de la Ley 5 de 1992 y 5A, 5B y 6 de la Ley 1909 de 2018.

Al explicar los fundamentos de su demanda, señalaron que la figura de la pérdida de investidura se consagra en el artículo 183 de la Constitución Política y 296 de la Ley 5 de 1992. Así mismo, basándose en la Sentencia de Unificación SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional, afirmaron que la pérdida de investidura es una acción pública que comporta un juicio de naturaleza ética que tiene como propósito proteger la dignidad del cargo que ocupan los miembros de cuerpos colegiados, con lo cual se quiere garantizar el principio democrático representativo, que exige el respeto por la confianza depositada por los electores, de tal suerte que la misma no resulte defraudada por las decisiones y posturas que pudiere adoptar el elegido.

Por lo anterior, los solicitantes estiman que debe privarse de su investidura al senador Tamayo Pérez, pues *“su silencioso actuar en la campaña para el Congreso de la República simulando coincidencia con un acuerdo de coalición con el propósito de obtener votación (...) y su posterior comportamiento en donde reniega, combate y calumnia a sus propios compañeros de bancada, va en contravía de lo definido en la ley de bancadas y genera un indiscutible conflicto de interés de carácter moral”*⁴.

Indicaron, además, que el conflicto de intereses forma parte del régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de orden constitucional y legal que aplica a todos los servidores públicos y se configura cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña. En suma, el senador Jonatan Tamayo, ha adoptado posturas que riñen con los lineamientos de la coalición, configurándose de esa manera el conflicto de intereses, al anteponer los suyos a los de quienes lo eligieron.

Invocando algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, los solicitantes expresaron que no es necesario que exista una tabla legal de conductas éticas, sino que basta su consagración genérica, tal y como aparece en el artículo 182 superior. Así las cosas, los congresistas están obligados a dar a conocer la situación que puede afectar la transparencia de su decisión, deber que no se

⁴ Folio 17, cuaderno 1.

atendió en este caso.

Recuerdan también los solicitantes que, al tenor de lo dispuesto en la Ley 1475 de 2011, los partidos y movimientos políticos deben contar con un estatuto en el cual se regule todo lo concerniente a su organización, funcionamiento y principios. En el caso específico de la coalición, ese estatuto está contenido en el Acuerdo suscrito para la formación de la “*Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)*”, el cual fue desconocido por el congresista cuestionado.

Afirman que el propio Consejo de Estado ratificó y reconoció a la coalición como actor político y como titular de derechos y deberes⁵ y enfatizó en que el Acto Legislativo 02 de 2015 fijó las bases para garantizar la efectividad del derecho de las minorías y de la oposición de elegir y ser elegidos y de participar en los procesos democráticos, propósito que fue ratificado y reafirmado al suscribirse el Acuerdo de Paz de la Habana⁶.

Por las razones expuestas, los solicitantes encuentran que el Senador Tamayo soslayó con su proceder el sistema de bancadas consagrado en el Estatuto de la Oposición, pues en sus decisiones, intervenciones y votaciones primó su decisión individual y no lo acordado por la bancada de los “*Decentes*”, configurándose el impedimento moral por el cual se cuestiona su investidura”.

2. La oposición

El apoderado del senador Tamayo Pérez se opuso a la pretensión de los solicitantes, por estimar que no se configura la causal de pérdida de investidura.

A pesar de lo anterior, reconoce como hechos ciertos los relativos a la constitución de la coalición; a la inscripción de la “*Lista de la Decencia*” ante la Registraduría Nacional del Estado Civil; al otorgamiento individual de los avales a Gustavo Bolívar Moreno por el partido MAIS, a Aída Avella Esquivel por el partido UP y a Jonatan Tamayo por el partido ASI; y a su elección y posesión como Senadores de la República a nombre de la coalición.

⁵ En el folio 25 citan la siguiente decisión “Consejo de estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M.P. Dra. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ. Bogotá D.C., 2 de mayo de 2019, acción de nulidad electoral”.

⁶ Folio 29, cuaderno 1. Citando 11001-03-15-000-2018-00780-00, 26 de abril de 2018. MP Jorge Octavio Ramírez.

Aparte de lo expuesto, el apoderado de la parte pasiva señaló que la coalición es un mecanismo a través del cual las organizaciones políticas pueden inscribir candidatos a un cargo uninominal o listas de candidatos para la conformación de las corporaciones públicas. Preciso al respecto que las coaliciones, al no ser partidos o movimientos políticos, organizaciones sociales o grupos significativos de ciudadanos, no tienen los mismos derechos y atributos de aquellos, motivo por el cual no cuentan con personería jurídica, ni tienen el derecho a constituirse en oposición, otorgar avales y mucho menos a utilizar los medios de comunicación, pues su único objetivo se contrae a *“conquistar el poder político en las urnas”*

Aunado a ello, el legislador aún no ha regulado aspectos propios de las coaliciones políticas, tales como la financiación, los mecanismos de democracia interna, la administración de recursos y la protección de los derechos de los aspirantes. Por esta razón, aunque ello no implica que no puedan celebrarse coaliciones, sus efectos son muy concretos, pues no pueden ser consideradas como organizaciones políticas distintas de los partidos que las conforman.

En lo que concierne a las bancadas, luego de presentar un recuento pormenorizado del tratamiento jurídico que el articulado de la Constitución y las normas de la Ley 974 de 2005 le dan a esta figura, el apoderado del Senador Tamayo hizo especial énfasis en que, para su existencia, es indispensable que se encuentren conformadas por una pluralidad de integrantes de un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos.

En este caso concreto, como quiera que la Alianza Social Independiente (ASI) no tiene más senadores que Jonatan Tamayo Pérez, mal puede entenderse que el mencionado legislador forma parte de una bancada, así dicho partido forme parte de la coalición denominada *“Lista de la Decencia”*.

En cuanto tiene que ver con los estatutos de los partidos y movimientos políticos, señaló el apoderado del congresista cuestionado que ellos obedecen a un régimen legal establecido por ley estatutaria, que contiene previsiones sobre los derechos y obligaciones de las directivas y militantes de la organización, los cuales son registrados ante el Consejo Nacional Electoral. En otras palabras, los estatutos no son un simple acuerdo de los integrantes de la respectiva organización política, *“sino un requisito de funcionamiento de esta, aceptado en revisión y registrado por*

el citado Consejo Electoral”.

En ese contexto, el acuerdo de la Lista de la Decencia no tiene valor vinculante para los integrantes de la coalición, pues en el fondo se trata de un simple acuerdo político con fines electorales que en este caso *“se rompió en el momento en que uno de los partidos de los que conformaron la coalición para inscribir la Lista de la Decencia optó por tomar camino diferente al declararse partido de gobierno”.*

En lo que tiene que ver con el conflicto de intereses, sostuvo, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷, que esa causal se presenta cuando el legislador se vale de su cargo para influir o decidir en provecho de un interés propio o de los suyos. En este sentido, el hecho de participar en debates y de votar en el Congreso apartándose de los lineamientos de la supuesta bancada de la coalición de “los Decentes”, no configura *per se* un conflicto de intereses, más aún cuando el Senador Tamayo *“no influyó o votó en provecho de un interés propio o de sus cercanos”.*

Finalmente, el apoderado del congresista termina explicando que el proceder de su representado respondió a las directrices de su partido al hacer la declaración como partido de gobierno. Adicionalmente, trajo a colación la circunstancia de que seis meses después de haber realizado esa declaración política, el partido ASI hizo una nueva declaración, esta vez como independiente, postura intermedia que habilita al Senador Tamayo a apoyar o no los proyectos de gobierno.

Con arreglo a lo expuesto, solicita denegar la declaratoria que se deprecia, por no aparecer demostrado un conflicto de intereses ni los aspectos subjetivos que el ordenamiento jurídico exige.

3. La audiencia pública

El 12 de septiembre del año en curso, la Sala Novena Especial de Decisión del Consejo de Estado celebró la audiencia pública prevista en el artículo 12 de la Ley 1881 de 2018, la cual contó con la presencia y participación de los solicitantes Aída Avella Esquivel y Gustavo Bolívar Moreno y su apoderado judicial sustituto;

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de septiembre de 2018, MP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 2018-00320 y Consejo de Estado, Sala Doce Especial de Decisión de Pérdida de investidura, sentencia del 18 de febrero de 2019, MP: Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2018-03779-00. Folios 71- 75, cuaderno 1.

del Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado; y de Jonatan Tamayo Pérez quien compareció en compañía de su apoderado.

El apoderado sustituto de los solicitantes se refirió en sus alegatos al acuerdo realizado para la conformación de la coalición; a la vigencia y carácter vinculante del acuerdo suscrito; a la causal de pérdida de investidura invocada, prevista en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política; y a las actuaciones que el congresista cuestionado realizó durante su campaña al Senado de la República, las cuales, en criterio de los solicitantes, se enmarcan dentro de presupuestos de dicha causal. Reafirmó lo expresado en la demanda, al considerar que el congresista cuestionado incurrió en un conflicto de intereses de índole moral al votar en contra de los postulados contenidos en el acuerdo de coalición y de los designios de la bancada de los decentes, por lo que pidió decretar la pérdida de su investidura.

La senadora Aída Avella Esquivel, en su calidad de solicitante, intervino brevemente para agregar que la conducta del senador cuestionado le ha causado un perjuicio a la bancada que representa, por cuanto asaltó la buena fe de sus electores y de los integrantes de la coalición, pues el hecho de haber apoyado las posturas del gobierno, constituye un irrespeto a la alianza celebrada.

El solicitante Gustavo Bolívar Moreno intervino igualmente para añadir que en este caso se configuró el fenómeno del transfuguismo, resaltando que, en el trámite de la ley estatutaria de la JEP, el voto del senador Tamayo atentó contra la paz del país.

El procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, actuando como vocero del Ministerio Público, rindió concepto indicando que en su criterio no se configura la causal invocada, pues no confluyen los elementos que deben reunirse para que se concrete el conflicto de intereses, pues no se evidencia la existencia de un interés particular, moral o económico en el actuar del congresista cuestionado.

Pese a la afectación de la representatividad de la oposición, ella no configura en sí misma una violación al régimen de conflicto de intereses. A pesar de ello, pidió que, en consideración a la conducta asumida por el senador cuestionado y de

conformidad con el reglamento del Congreso, se remitan copias a la Comisión de Ética del Senado de la República, para lo de su competencia.

El apoderado del senador cuestionado, por su parte, se refirió a los hechos de la demanda y señaló que, contrario a lo afirmado por los solicitantes, una coalición de organizaciones políticas no puede ser entendida como una bancada, pues esta figura únicamente se encuentra prevista para los partidos, movimientos políticos y sociales que participen en política y los grupos significativos de ciudadanos.

Explicó que las coaliciones son simplemente un procedimiento que fue estatuido para facilitarle a los partidos la posibilidad de presentarse en grupo a un debate electoral, lo cual redundaría especialmente en beneficio de los intereses de los partidos minoritarios. En efecto, si se examina la votación obtenida en este caso por los senadores de la coalición, se puede constatar que, de haberse presentado en forma independiente o separada, ninguno de los partidos que representan habría podido superar el umbral, salvando de esta manera la posibilidad de obtener unas curules y de participar en la política y en la reposición de votos, momento hasta el cual llega la coalición.

Aunque el ordenamiento jurídico autoriza la celebración de coaliciones para la elección de cargos a corporaciones públicas, aquellas deben ser reguladas por ley estatutaria, lo cual hasta la fecha no ha ocurrido.

Resaltó también que los acuerdos programáticos únicamente operan en tratándose de las elecciones de presidente, gobernadores y alcaldes, motivo por el cual el acuerdo suscrito es meramente político, y si bien este se debió cumplir al pie de la letra, *“porque los acuerdos y la palabra se deben cumplir con honestidad y con claridad”*, lo cierto es que la coalición se rompió cuando el partido ASI se declaró de gobierno.

Concluyó pidiendo la denegación de las pretensiones por no haberse aportado prueba alguna que acredite los elementos objetivo y subjetivo del conflicto de intereses exigidos por la Ley 1881 de 2018.

4. Pruebas

Se aportaron, solicitaron, decretaron, practicaron y trasladaron las siguientes, sin que hubiesen sido tachadas:

4.1. Pruebas documentales aportadas por los solicitantes

- 4.1.1. CD con la entrevista de la W de Jonatan Tamayo con Vicky Dávila (Folio 40, Anexo).
- 4.1.2. CD con la manifestación de Jonatan Tamayo sobre la Coalición Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS) (Folio 40, Anexo).
- 4.1.3. Video promocional de la presidente del partido ASI, Berenice Bedoya, sobre la campaña “Gustavo Petro Presidente” (Folio 40, Anexo).
- 4.1.4. CD con Gacetas de Senado y Cámara de Representantes (Folio 41, Anexo).
- 4.1.5. Copia simple del formulario E-6 CL por medio del cual se inscribió la Coalición “Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)” (Folios 42 a 62, Anexo).
- 4.1.6. Copia del formulario RNEC (E-7 CL) de modificación a la inscripción de lista de candidatos y constancia de aceptación de candidatura presentada por la Coalición “Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)” (Folios 63 a 66, Anexo).
- 4.1.7. Copia de la Resolución 1596 del 19 de julio de 2018 “por medio de la cual declara la elección del Senado de la República, se asignan unas curules para el período 2018-2022 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales” (Folios 67 a 74, Anexo).
- 4.1.8. Copia del Acuerdo de coalición entre el partido Alianza Social Independiente- ASI, el Movimiento Alternativo Indígena y Social- MAIS, y el partido Unión Patriótica- UP para el Senado de la República, circunscripción nacional, para el período 2018-2022 (Folios 75 y 76, Anexo).
- 4.1.9. Copia de la Resolución No. AV028 “por medio de la cual se avalan los candidatos al Senado la Coalición “Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)”, para el período constitucional 2018-2022 (Folios 77 y 78, Anexo).
- 4.1.10. Copia de la Resolución No. AVMD 007 “*por medio de la cual se modifican los candidatos inscritos en la Coalición “Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)”*”, para el período constitucional 2018-2022 (Folios 79 a 82, Anexo).

- 4.1.11. Copia de la Resolución No. 0044 de 2018, “*por medio de la cual se registró el logo de la coalición denominada “Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)”*” (Folios 83 a 87, Anexo).
- 4.1.12. Copia del Derecho de Petición del Senador Gustavo Bolívar, radicado el 27 de febrero de 2019 (Folios 88 y 89, Anexo), solicitando el informe de resultados de votación de los siguientes proyectos de ley y acto legislativo: 197 de 2018 Senado-240 de 2018 Cámara; 25 de 2018 Senado-044 Cámara / acumulado con el 67 de 2018 Cámara; 225 de 2018 Senado – 239 de 2018 Cámara; 167 de 2018 Senado- 182 de Cámara; 09 de 2018 Senado – 248 de 2018 de Cámara; 17 de 2018 de Senado/ acumulado con 21 y 22 de 2018 de Senado – 267 de 2018 de Cámara; 01 de 2018, acumulado con el 04 de 2018/ acumulado con 04 de 2018.
- 4.1.13. Copia de la respuesta del derecho de petición del punto 4.1.12. expedido por la Secretaría General del Senado de la República (Folios 90 a 101, Anexo).
- 4.1.14. Copia del artículo de la Revista Semana titulado “ASI se declara independiente, pero “manguito” va a seguir apoyando al gobierno. (Folios 102 a 104, Anexo).
- 4.1.15. Copia del artículo del Diario Las 2 Orillas: “El senador “decente” que votó por Duque: se embolata la oposición en la Colombia Humana” (Folios 105 a 110, Anexo).
- 4.1.16. Copia del artículo de La Silla Vacía: “A “Manguito” y a “Mariachi” les sonó la flauta con Duque” (Folios 111 a 113, Anexo).
- 4.1.17. Copia del artículo de El Espectador: “Manguito, un senador de la derecha en la Lista de la Decencia de Petro” (Folios 114 a 119, Anexo).
- 4.1.18. Fotos de la campaña política del Senador Tamayo utilizando los logos y símbolos de la Coalición Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS), (Folios 123 reverso y 124, Anexo).
- 4.1.19. Copia de los oficios de la convocatoria a la reunión de bancada de la Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)” con fecha del 3 de abril de 2019 (Folios 125 a 128, Anexo).
- 4.1.20. Reglamento de bancada de la Coalición Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)” con fecha de abril 2019 (Folios 129 a 132, Anexo).
- 4.1.21. Respuesta a un derecho de petición del Senador Bolívar en el que el Consejo Nacional Electoral remite las copias del documento por medio del cual el partido Alianza Social Independiente- ASI se declaró partido

de gobierno y posteriormente, partido independiente (Folios 133 a 140, Anexo).

- 4.1.22. Ponencia positiva alternativa al Proyecto de Ley No. 197 de 2018 Senado, 240 Cámara, suscrita por el Senador Gustavo Bolívar en representación de la bancada Decentes (Folios 141 a 146, Anexo) – Ley de financiamiento.
- 4.1.23. Ponencia negativa de archivo al Proyecto de Ley No. 227 de 2019 Senado, 311 de 2019 Cámara, suscrita por Aída Avella, Gustavo Bolívar y otros (Folios 147 a 164, Anexo) – Plan de desarrollo 2018-2022.
- 4.1.24. Informe de ponencia positiva a las objeciones presidenciales al PLE 008 de 2017 Senado – 016 de 2017 Cámara (Folios 165 a 238, Anexo).
- 4.1.25. Informe de rechazo de las objeciones presidenciales al PLE 008 de 2017 Senado – 016 de 2017 Cámara (Folios 240 a 268, Anexo).
- 4.1.26. Copia del Derecho de Petición del Senador Gustavo Bolívar, radicado el 9 de mayo de 2019 en la Secretaría del Senado, solicitando los registros de asistencia del Senador Tamayo a la discusión y votación de las objeciones presidenciales al PLE sobre la Jurisdicción Especial para la paz, discriminado por días; así como la votación registrada y su sentido frente a las objeciones presidenciales (Folio 269, Anexo).
- 4.1.27. Copia del Derecho de Petición del Senador Gustavo Bolívar, radicado el 9 de mayo de 2019 en la Secretaría del Senado, solicitando los criterios de la mesa directiva para conformar la comisión accidental que estudió y rindió los informes para las objeciones presidenciales al PLE sobre la Jurisdicción Especial para la paz (Folio 270, Anexo).

4.2. Pruebas testimoniales pedidas por los solicitantes

- 4.2.1. Testimonio del senador Gustavo Bolívar Moreno recibido en la Audiencia de Testimonios del día 26 de julio de 2019 (Acta en Folios 276- 281, Cuaderno 2).
- 4.2.2. Testimonio de la senadora Aída Avella Esquivel recibido en la Audiencia de Testimonios del día 26 de julio de 2019 (Acta en Folio 282 - 289, Cuaderno 2).

4.3. Pruebas documentales solicitadas por el cuestionado

- 4.3.1. Que se ordene al Consejo nacional Electoral el envío de una copia del acta del 10 de agosto de 2018, en la que el ASI decide declararse organización de Gobierno (Folios 130 a 133, Cuaderno 1).
- 4.3.2. Que se ordene al Consejo nacional Electoral el envío de una copia de la resolución de registro del ASI como organización de gobierno (Folios 144 a 151, Cuaderno 1).
- 4.3.3. Que se ordene al Consejo nacional Electoral el envío de una certificación que indique cuántos senadores resultaron elegidos para el período 2018-2022, por el ASI (Folios 176 a 183, Cuaderno 1).

4.4. Pruebas decretadas de oficio

De oficio, se ordenó al Secretario General del Senado de la República, que allegara a este proceso los resultados de la votación realizada en los siguientes proyectos de ley o de acto legislativo, con las respectivas gacetas:

- 4.4.1 Votación realizada el 18 de diciembre de 2018, al proyecto de ley número 197 de 2018 senado, 240 de 2018 cámara «por el cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones». (folios 153-156, C.1).
- 4.4.2 Votación realizada el 16 de diciembre de 2018 al bloque de artículos del proyecto de acto legislativo número 25 de 2018 senado, 044 de 2018 cámara «por el cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política de Colombia y se establece la segunda vuelta para la elección de alcalde mayor de Bogotá, Distrito Capital». (Folios 156-158, C.1).
- 4.4.3 Votación realizada el 5 de diciembre de 2018, del proyecto de ley número 167 de 2018 senado, 182 de 2018 cámara «por el cual se decreta el presupuesto del sistema general de regalías para el bienio del 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020». (Gaceta 497/19, pág. 73, folio 174. C.1).
- 4.4.4 Votación realizada el 29 de octubre de 2018 al bloque del articulado del proyecto de acto legislativo número 08 de 2018 senado, acumulado acto legislativo 09 de 2018 senado «por el cual se adopta una reforma política y electoral y se dictan otras disposiciones». (Gaceta 99/19, pág. 65, folio 174. C.1).

4.4.5. Votación realizada el 2 de mayo de 2019 al proyecto de ley número 227 de 2019 senado, 311 de 2019 cámara «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “pacto por Colombia, pacto por la equidad”». (folios 159-161, C.1).

4.4.6. Informe sobre la designación y conformación de la mesa directiva del Senado de la República para conformar la comisión accidental que estudió y rindió ponencia de las objeciones presidenciales al proyecto de ley estatutaria 008 de 2017 senado, 016 de 2017 Cámara «estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz», presentadas por el presidente de la República el 11 de marzo de 2019 (Folios 228 y 229, Cuaderno 2).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al no advertirse ninguna irregularidad procesal que pueda viciar las actuaciones adelantadas hasta el momento, procede la Sala Especial a decidir el caso, previas las siguientes consideraciones:

1. Competencia

La Sala Novena Especial de Decisión del Consejo de Estado es competente para conocer en primera instancia de las solicitudes de pérdida de investidura de los congresistas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 y 237-5 de la Constitución Política, 37-7 de la Ley 270 de 1996, 2° de la Ley 1881 de 2018 y el Acuerdo 080 de 2019 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Legitimación en la causa

Se encuentra debidamente acreditada en el expediente la calidad de ciudadanos de los congresistas Aída Avella Esquivel (C.C. 41.391.027), Gustavo Bolívar Moreno (C.C. 79.353.068), María José Pizarro Rodríguez (C.C. 52.425.419) y David Ricardo Racero Mayorga (C.C. 1.018.406.464), quienes fungen como solicitantes de la pérdida de investidura. Igualmente se encuentra demostrado que el accionado, el señor Jonatan Tamayo Pérez, fue elegido el 11 de marzo de 2018 por la “*Lista de la decencia (UP, ASI, MAIS)*” como Senador de la República para

el período constitucional 2018-2022, cargo del cual tomó posesión el día 20 de julio de 2018⁸.

3. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la solicitud de pérdida de investidura, esta Sala Especial de Decisión debe establecer si el acusado incurrió o no en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1 de la Constitución Política.

Para dar respuesta a ese interrogante es preciso establecer si el Senador Jonatan Tamayo Pérez actuó en contravía de los compromisos consignados en el Acuerdo de la Coalición, cuando votó los proyectos de Acto Legislativo, de ley y de objeciones presidenciales mencionados en la demanda⁹, y si a partir de ese comportamiento, se reúnen o no los requisitos para que se configure la causal de conflicto de intereses invocada por los solicitantes de la pérdida de investidura.

Antes de abordar los anteriores cuestionamientos, se hace necesario realizar algunas consideraciones previas relativas a la pérdida de investidura como juicio objetivo y subjetivo de responsabilidad; al conflicto de intereses de tipo moral y los requisitos para su configuración como causal de pérdida de investidura; al Estatuto de la Oposición; a la naturaleza de las coaliciones políticas y los efectos vinculantes de tales acuerdos y, de igual manera, a la institución de las bancadas y la aplicabilidad, en este caso, de las disposiciones legales que las regulan a las coaliciones, por tratarse de asuntos cardinales que fueron recurrentemente tratados en este proceso sancionatorio.

⁸ Folios 67 a 74, Anexo.

⁹ el Proyecto de Acto Legislativo 08 de 2018 de Senado, acumulado Acto Legislativo 09 de 2018 “*Por el cual se adopta una reforma política y electoral y se dictan otras disposiciones*”; el Proyecto de Ley 167 de 2018 del Senado – 182 de 2018 de Cámara “*Por el cual se decreta el presupuesto del sistema general de regalías para el bienio del 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020*”; el Proyecto de Acto Legislativo 25 de 2018 de Senado- 044 de Cámara “*Por el cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política de Colombia y se establece la segunda vuelta para la elección del Alcalde mayor*”; el Proyecto de ley No. 197 de Senado – 240 de Cámara “*Por el cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones*”; el Proyecto de ley No. 277 de 2019 Senado – 311 Cámara “*por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, pacto por la equidad*”; y cuando aceptó la designación de la mesa directiva del Senado de la República para conformar la Comisión accidental sobre las objeciones presidenciales al Proyecto de Ley que reglamentó la Jurisdicción Especial para la Paz. Así como cuando rindió el informe acogiendo las 6 objeciones presidenciales y, por su parte, votó negativo el informe que las rechazaba.

3.1. El proceso de pérdida de investidura, un juicio objetivo y subjetivo de responsabilidad regido por el debido proceso

La solicitud de pérdida de investidura es una *“una especie de juicio sancionatorio de carácter constitucional en virtud del cual un órgano judicial verifica la configuración de alguna de las causales de desinvestidura de los Congresistas previstas en la Constitución y, en consecuencia, imputa a dicho actuar la consecuencia jurídica prescrita en la Carta que no es otra que la pérdida, intemporal, del derecho político pasivo de ser elegido para un cargo público de elección popular”*¹⁰. Lo que se pretende determinar con esta clase de acciones públicas es si los congresistas y demás servidores públicos de elección popular, lesionan o no con sus acciones u omisiones la dignidad del cargo que ostentan, en desmedro de los principios de legalidad, democracia, transparencia y representación política y si, como consecuencia de ello, se hacen merecedores de la privación de su derecho constitucional de ser elegidos en cargos de elección popular¹¹.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 27 de septiembre de 2016,¹² al referirse al bien jurídico que se protege con la pérdida de la investidura, ha señalado que es la *“dignidad del cargo de representación que, en términos kantianos y su imperativo categórico, se traduce en el ejercicio del mandato representativo en beneficio del interés general y no en el provecho personal de quien ostenta la representación”*. En suma, lo que se busca con esta acción es *“la sujeción [del congresista] a los límites fijados en el ordenamiento constitucional y desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público y recuperar el prestigio del órgano legislativo”*¹³.

¹⁰ Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado. Sentencia del 5 de septiembre de 2018. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp 11001-03-15-000-2018-00320-00. La sentencia 11001-03-15-000-2018-02417-00 (PI) establece unas características de la acción, enunciadas a continuación: 1. Es de naturaleza sancionatoria 2. El objeto del proceso es de carácter ético. 3. Es de carácter jurisdiccional. 4. La sanción es de carácter permanente. 5. Es un medio de control o acción pública. 6. Es un proceso de responsabilidad subjetiva. 7. Tiene doble instancia (desde 2018) 8. Tiene un término de caducidad de 5 años. 9. Es una institución autónoma.

¹¹ Cfr. Sala Primera Especial de Decisión del Consejo de Estado. Sentencia del 19 de febrero de 2019. Consejera Ponente María Adriana Marín. Exp 11001-03-15-000-2018-02417-00 (PI).

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de septiembre de 2016, Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro, exp. 11001-03-15-000- 2014-03886-00. Cfr. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 28 de mayo de 2019. Consejero Ponente William Hernández Gómez. Exp 11001-03-15-000-2018-03883-01 (PI 1881-2019).

¹³ *Ibíd.*

La consecuencia de que un legislador se encuentre incurso en una de las causales de pérdida de investidura no es otra distinta a la muerte política, pues quien es privado de su investidura, además de ser separado de su función –si es que la está ejerciendo-, jamás puede volver a aspirar a un cargo de elección popular.

Debido a la severidad de la sanción, el proceso judicial debe salvaguardar con enorme celo el debido proceso, sin perderse de vista que a partir de la expedición de la Ley 1881 de 2018, “*El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva*” y, por lo mismo, no basta simplemente con establecer si la conducta reprochada al congresista se encuadra o no en alguna de las causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución, sino que es menester demostrar, además, que las acciones u omisiones constitutivas de la falta son atribuibles a título de dolo o culpa¹⁴.

Si se revisan los antecedentes del proyecto de ley rotulado bajo las referencias Senado-106/17 y Cámara 263/17 que habría de convertirse en la Ley 1881 de 2018, resulta fácil advertir cómo la sustentación de la iniciativa se apoyó en los pronunciamientos del Consejo de Estado citados en la exposición de motivos y en las ponencias, al señalar que la desinvestidura de un congresista es

“...equiparable, por sus efectos y gravedad, a la destitución de los altos funcionarios públicos, pues su finalidad es garantizar el prestigio y respetabilidad de quienes desempeñan la función legislativa” y “constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que se define con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la violación al código de conducta que deben observar los Congresistas en razón al valor social y político de la investidura detentada. Una vez aplicada la sanción, el Congresista pierde su calidad de tal y además, queda inhabilitado de manera permanente para ser Congresista. Esta sanción particularmente drástica se estableció en la Constitución, con fundamento en la altísima dignidad que supone ser Representante a la Cámara o Senador, a los intereses sociales que representa en virtud de la confianza depositada por los electores y a la significación del Congreso dentro del Estado Democrático”¹⁵.

Como quiera que el proceso de pérdida de investidura comporta el ejercicio del *ius puniendi* estatal, ha de darse estricta aplicación y plena observancia a las

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2018, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández, exp. 11001-03-15-000-2018-00318-00 (antes 11001-03-15-000-2017-02460-00)

¹⁵ Vid. Gacetas del Congreso 300/17, 478/17, 668/17, 716/17, 803/17, 905/17, 1094/17, 1104/17 y 1106/17.

garantías y requisitos constitucionales del debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución: *“En este sentido, la pérdida de investidura es un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración en manos de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, el interés general o la dignidad que ostentan. La finalidad de la pérdida de investidura es entonces rescatar el prestigio y la respetabilidad del Congreso y garantizar el ejercicio transparente, efectivo y probo de la actividad legislativa”*, añade la ponencia del proyecto de ley.

No puede pasarse por alto que las disposiciones de la Ley 1881 de 2018 encuentran igualmente su sustento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyas normas se consagran las garantías judiciales relativas al debido proceso, al derecho de audiencia y de defensa y la aplicación de los principios de legalidad, *pro homine*, *in dubio pro reo*, favorabilidad, culpabilidad, presunción de inocencia y *non bis in ídem*, así como el derecho de ser asistido por un abogado, a no estar obligado a declarar contra sí mismo, a solicitar o allegar las pruebas que se estimen conducentes y a conocer y controvertir las que se aduzcan en su contra, y, desde luego, el derecho a recurrir el fallo adverso ante juez o tribunal superior competente.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de septiembre de 2016,¹⁶ al referirse al tema de la responsabilidad subjetiva, expresó:

“En otras palabras, el ordenamiento constitucional entendido en forma sistemática, artículos 29 y 183, **impone considerar a la pérdida de investidura dentro del régimen de responsabilidad subjetivo¹⁷, en el que la imposición de la sanción no puede tener como único fundamento la verificación de los presupuestos o elementos que estructuran la causal**, que es precisamente el juicio que hace el juez de la nulidad electoral.[...]

El análisis expuesto por la Sala en este acápite, constituye la *ratio decidendi* de esta decisión y, por tanto, será **el precedente y la regla** que habrá de aplicarse a

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de septiembre de 2016, Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro, exp. 11001-03-15-000- 2014-03886-00.

¹⁷ Es importante indicar que esta teoría del régimen subjetivo del juicio de la pérdida de investidura fue defendida de tiempo atrás por un grupo minoritario de consejeros de Estado en aclaraciones y salvamentos de voto, entre ellos, los doctores Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Hugo Bastidas Bárcenas y Lucy Jeannette Bermúdez. Cfr. Aclaraciones presentadas dentro del proceso 11001-03-15-00-2013-01115-00. Recientemente por el doctor Carlos Moreno Rubio. Expediente 2012-00966-00., Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sentencia de 13 de julio de 1999, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. AC-7715.

partir de la ejecutoria de esta providencia, en todos los procesos de pérdida de la investidura. Por tanto, en cada caso, **deberá comprobarse la existencia del elemento de culpabilidad, por tratarse de un régimen sancionatorio de tipo subjetivo.**» (Todas las negrillas son propias del texto)”.

En esta misma dirección, la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 2016 al pronunciarse sobre los principios aplicables al proceso de pérdida de investidura, concluyó:

“(…) El juez de este proceso sancionatorio debe **determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto**, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa”.

3.2. Sobre la causal invocada y los elementos exigidos para su configuración

El artículo 183, ordinal 1, de la Constitución Política establece como causal de pérdida de investidura el conflicto de intereses, así:

“Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

1.- Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses”.

En estrecha concordancia con lo anterior, el artículo 182 de la misma Carta Política dispone:

“Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones”.

Las anteriores normas constitucionales, si bien eran aplicables de manera directa, fueron desarrolladas en los artículos 296 numeral 3 y 268 de la Ley 5ª de 1992, en los siguientes términos:

“Artículo 296. La pérdida de investidura se produce:

3.- Por violación al régimen de conflicto de intereses.”

“Artículo 268: Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”.

A su turno, el artículo 18 de la Ley 1881 de 2018, “*por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones*”, que derogó el artículo 16 de la Ley 144/94, dispuso:

“**Artículo 18:** “Los Congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación, para que decida si los Congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos”.

Por último, la Ley 1828 de 2017, por la cual se establece el Código de Ética y Disciplinario del congresista, al referirse a las faltas ético disciplinarias en las que puede incurrir un congresista, preceptúa *ad pedem literae*, lo siguiente:

“**Artículo 10: Faltas.** Las faltas ético disciplinarias se realizan por acción, omisión, por cualquier conducta o comportamiento ejecutado por el Congresista, que conlleve el incumplimiento de los deberes, conductas sancionables previstas en el artículo 9º, **violación del régimen de** inhabilidades, incompatibilidades y del **conflicto de intereses**, y por tanto darán lugar a la acción ética y disciplinaria e imposición de la sanción prevista en esta ley, sin detrimento de la competencia atribuida a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, en materia penal o contenciosa administrativa o a la Procuraduría General de la Nación.” (subrayado ajeno al texto).

A partir de ese contexto normativo, los congresistas tienen el ineludible deber ético de declarar *motu proprio*, en forma franca, oportuna y transparente, la existencia de todas aquellas razones, circunstancias o situaciones de orden personal o familiar que les impida participar en los debates y votaciones propios de su función legislativa, con la objetividad, independencia e imparcialidad que se espera de ellos y, en general, de todos los servidores públicos. Al fin y al cabo “*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*”, y no propiamente para valerse de las potestades, atribuciones y prerrogativas de que se hallan investidas, para abogar a favor de sus mezquinos intereses personales, pues ello resulta contrario al horizonte deontológico anteriormente mencionado.

En todo caso, los supuestos fácticos de las disposiciones anteriormente transcritas no aplican en aquellos eventos en los cuales se encuentra involucrado

o concernido el interés de toda la colectividad o de un grupo indeterminado de personas, incluyendo los intereses que en pie de igualdad con las demás personas pudieren tener los propios congresistas, pues como bien lo ha dicho la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en Sentencia del 5 de septiembre de 2018, la situación a que alude la causal, corresponde única y exclusivamente a una **“especialísima situación donde el interés privado rivaliza de manera incompatible con el general, evento en el cual se actualiza y concreta en la cabeza del congresista la prohibición de tomar parte en el asunto del que pueda desprenderse un beneficio para sí o para terceros vinculados a él¹⁸”**.

Expresado de otra manera, las situaciones personales susceptibles de cuestionamiento en estos procesos son solo aquellas que interfieren en el debido y correcto cumplimiento de los deberes y obligaciones inherentes a la tarea legislativa y de control político y que por ello afectan *“las reglas de transparencia e imparcialidad que gobiernan la deliberación democrática en el foro legislativo (...), lo que, a la postre, perturba el proceso de toma de decisiones”¹⁹*.

Vale la pena abrir un paréntesis aquí para puntualizar que, si *“las leyes son la expresión de la voluntad general”*, tal como lo pregonó hace siglos Juan Jacobo Rousseau, mal puede pensarse que es admitido valerse de una investidura parlamentaria para participar en debates y/o votar leyes amañadas o arbitrarias, gestadas en la voluntad particular o el capricho de un congresista, pues es claro que en un régimen que pretende ser democrático y de derecho como el nuestro, la condición de servidor público elegido popularmente solo puede ser empleada al servicio del interés general, honrando en forma permanente la investidura conferida por los ciudadanos en las urnas.

En suma, cualquier uso desviado que se haga de esas atribuciones o potestades legislativas con el propósito soterrado de obtener unos beneficios, ventajas o utilidades de orden personal, además de defraudar la confianza de los electores, constituye *per se* una grave infracción a los postulados de la Carta Política y una

¹⁸ Consejo de Estado, sentencia del 16 de julio de 2019. MP: Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp: 11001-03-15-000-2019-02830-00.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de septiembre de 2018, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio, exp. 11001-03-15-000- 2018-00320-00 (PI). Pág. 10.

trasgresión inaceptable de los principios éticos que deben inspirar el cumplimiento de las tareas legislativas.

El Consejo de Estado ha venido haciendo un gran esfuerzo por precisar **los elementos o requisitos que deben concurrir para la configuración del conflicto de intereses**²⁰, y ha señalado que su análisis debe realizarse a partir del examen riguroso de las particularidades de cada caso, sin perder de vista que *“la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley”*²¹.

Precisamente en aras de garantizar el equilibrio que debe existir entre los derechos del congresista y la aplicación estricta de la ley en aquellos casos en los que se alega la violación del régimen de conflicto de intereses, la Sala Plena Contenciosa del Consejo Estado ha enfatizado que para la configuración de la causal deben reunirse los siguientes elementos o requisitos:

a.- Que el congresista haya **participado efectivamente en la deliberación y votación** de los actos legislativos, leyes y/o en el trámite y decisión de otros asuntos que fueron sometidos a su conocimiento.

b.- **Que al hacerlo, el congresista haya tenido un interés económico o moral de naturaleza personal, directo, particular y actual que pugne con el interés general.** En ese orden de ideas, debe enfatizarse que no cualquier interés es suficiente para que se configure esta causal de pérdida de investidura, *“pues se sabe que sólo lo será aquél del que se pueda predicar que es **directo**, esto es, que per se el alegado beneficio, provecho o utilidad encuentre su fuente en el asunto que fue conocido por el legislador; **particular**, que el mismo sea específico o personal, bien para el congresista o quienes se encuentren relacionados con él; y **actual o inmediato**, que concurra para el momento en que ocurrió la participación o votación del congresista, lo que excluye sucesos contingentes, futuros o*

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de noviembre de 2011, Consejero Ponente María Claudia Rojas Lasso, exp. 11001-03-15-000- 2011-00404-00 (PI). Pág. 23. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de abril de 2004, Consejero Ponente Flavio Rodríguez Arce, exp 1572.

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo, exp. 11001-03-06-000- 2008-00038-00 (1903).

imprevisibles. También se tiene noticia que el interés puede ser de cualquier naturaleza, esto es, económico o moral, sin distinción alguna²².

En todo caso, no puede pasarse por alto que cuando se trata de un conflicto de intereses no es fácil inferir reglas generales²³, más aún cuando resulta materialmente imposible que el legislador pueda relacionar a la manera de *numerus clausus* todos los supuestos fácticos en los cuales pueden tener cabida el conflicto de intereses.

En efecto, al ser el conflicto de interés un **concepto jurídico indeterminado**²⁴, cuyos contornos epistemológicos son bastante inasibles, etéreos e imprecisos, se impone la realización de un riguroso *“ejercicio hermenéutico de las situaciones de carácter moral o económico que puedan inhibir a un congresista de participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración”*²⁵, tomando en cuenta *“las coordenadas de la realidad o circunstancias que rigen cada caso concreto”*.

Además de lo expuesto, vale la pena precisar, tal como lo ha hecho la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que *“(…) el conflicto de intereses, **sin consideración a que provenga de razones económicas o morales**, toma dimensión punible cuando pierde el congresista su natural imparcialidad, lo cual hace superfluo que la ley lo recoja en un catálogo de conductas que lo tipifiquen, siendo suficiente la consagración genérica formulada en el artículo 182 de la Constitución Política”*²⁶ (la negrilla es ajena al texto).

En ese sentido, es preciso que la ventaja, beneficio o provecho personal del congresista pugne con el interés general que representa por razón de su investidura, representación que debe ejercer *“con la ecuanimidad, la ponderación*

²² *Ibíd.*

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de noviembre de 2016, Consejero Ponente William Hernández Gómez, exp. 11001-03-15-000- 2014-03117-00 (PI).

²⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de mayo de 2012, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourt, exp. 11001-03-15-000- 2010-01329-00 (PI), Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de noviembre de 2016, Consejero Ponente William Hernández Gómez, exp. 11001-03-15-000- 2014-03117-00 (PI).

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de noviembre de 2016, Consejero Ponente William Hernández Gómez, exp. 11001-03-15-000- 2014-03117-00 (PI). Consejo de Estado, sentencia del 10 de noviembre de 2001, MP Germán Rodríguez Villamizar, exp. 0130. Consejo de Estado, sentencia del 17 de octubre de 2000, MP Mario Alario Méndez, exp. AC-11116. Consejo de Estado, sentencia del 10 de noviembre de 2009, MP Martha Teresa Briceño, exp. 20001367.

²⁶ Sentencia del 3 de septiembre de 2002, MP. Daniel Alfonso Reyes Fernández. Exp. 11001-03-15-000-2002-0447-01.

y el desinterés que la actividad congresal le impone” o si se quiere, “con la debida imparcialidad con la que les atañe actuar en virtud de su función al interior del principal órgano de representación política, que según mandato constitucional y legal, debe desarrollarse “consultando la justicia y el bien común” (art. 133 C. Pol.; Ley 5ª de 1992. art. 2-3)”.

Así las cosas, cuando el conflicto de intereses que se endilga es de orden moral, los beneficios o ventajas pueden estar representados en *“la obtención de réditos en el ejercicio de un poder de dominación, perceptible por un acrecentamiento de su imagen, reconocimiento, supremacía o temor reverencial, vinculante en un sector específico como los gremios, asociaciones o confesiones religiosas”.*

c.- Que a pesar de tener un interés directo que rivaliza con el interés general, el congresista **incumpla con su deber de manifestar el impedimento** para participar en los debates y/o votaciones a que haya lugar, o que, existiendo razones fundadas, objetivas y plausibles para ello, **haya prosperado contra él alguna recusación.**

Dicho de otra forma, este requisito de la causal debe considerarse cumplido cuando, a pesar de existir razones objetivas y plausibles que indican que los intereses privados del congresista o de sus personas cercanas se encuentran involucrados, de tal modo que se presente una pugna o contradicción con el interés general, aquel omite el cumplimiento de su deber de declararse impedido para participar en esos debates y decisiones²⁷.

Como puede advertirse, el conflicto moral de intereses como causal de pérdida de investidura constituye una valiosa herramienta para combatir las faltas contra la ética parlamentaria y para proteger la prevalencia del interés general²⁸, el principio de representatividad, la justicia y el bien común²⁹, propósitos estos, que, si bien pudieran parecer abstractos e indeterminados, forman parte del ADN de nuestro Estado social y democrático de derecho.

²⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de noviembre de 2011, Consejero Ponente María Claudia Rojas Lasso, exp. 11001-03-15-000- 2011-00404-00 (PI).; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de septiembre de 2018, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio, exp. 11001-03-15-000- 2018-00320-00 (PI); Sentencia del 15 de agosto de 2003 PI 0580-01; Sentencia del 15 de mayo de 2008. Exp: 1101-03-06-000-208-0038-00 (1903).

²⁸ Artículo 1 Constitución Política.

²⁹ Artículo 133 Constitución Política.

3.3. El estatuto de la oposición y la declaratoria política de los partidos

Aunque la intención no es la de realizar aquí un estudio pormenorizado sobre el régimen jurídico de la oposición en Colombia, no sobra resaltar que ella es consustancial a todo régimen democrático y que, entre nosotros, encuentra su fundamento constitucional en el preámbulo y en los artículos 1, 40 y 112 de la Carta Política. El último de los preceptos en cita, en su versión más actualizada, establece:

Artículo 112. 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 comunicación³⁰.

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.

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.³¹

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.

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.

El viejo anhelo de regular el régimen jurídico de la oposición hasta hace poco era un propósito aplazado, al naufragar en distintas legislaturas algunas iniciativas que se ocupaban de la materia³².

La consagración explícita en los Acuerdos de la Habana del compromiso de establecer un sistema más amplio de garantías para el ejercicio de la oposición y

³⁰ Artículo modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2003.

³¹ Los tres últimos incisos fueron adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2015.

³² Proyectos de Ley 44 de 1992, 94 de 1995; 103 de 1995, 118 de 1995, 105 de 1995, 002 de 1996, 037 de 1996, 060 de 1997, 012 de 1997, 014 de 1998 y 114 de 2008.

superar las limitaciones estructurales de nuestro sistema político, fue la circunstancia que finalmente le dio el impulso necesario al órgano legislativo para aprobar el Estatuto de la Oposición que se convirtió en realidad con la Ley Estatutaria 1909 de 2018, en cuyo articulado se formulan algunas definiciones, se expone el objetivo de la ley y sus principios rectores; se consagra la figura de la “*declaración política*”; se establecen los derechos de la oposición; se regulan las organizaciones independientes; y se crean los mecanismos de protección de los derechos de la oposición, entre otras cosas.

El artículo 6 de la Ley 1909 de 2018 regula la obligación de los partidos políticos de hacer una “*declaración política*” frente a las propuestas y políticas del gobierno, en los siguientes términos:

“Artículo 6. *Declaración política.* Dentro del mes siguiente al inicio del Gobierno, so pena de considerarse falta al régimen contenido en la Ley 1475 de 2011 y ser sancionadas de oficio por la Autoridad Electoral, las organizaciones políticas deberán optar por:

1. Declararse en oposición.
2. Declararse independiente.
3. Declararse organización de gobierno.

Las organizaciones políticas que inscribieron al candidato electo como Presidente de la República, gobernador o alcalde se tendrán como de gobierno o en coalición de gobierno. En consecuencia, mientras dure su mandato no podrán acceder a los derechos que se le reconocen a las organizaciones políticas de oposición o independientes, en la presente ley.

Parágrafo. Las organizaciones políticas podrán por una sola vez y ante la Autoridad Electoral modificar su declaración política durante el periodo de gobierno”.

Según la exposición de motivos del Proyecto de Ley Estatutaria 03 de 2017 Senado y 006 de Cámara, “*si algo ha resultado difícil en la democracia en Colombia, ha sido poder identificar a las organizaciones políticas que efectivamente están en oposición*”³³. Y aunque esto podría ser consecuencia de la persecución que han recibido algunas de ellas, el proyecto insiste en que “*la definición clara de las posturas no solo es necesaria para fortalecer la identidad de los partidos, sino para los ciudadanos que tienen el derecho a conocer las distintas propuestas para valorar su comportamiento*”³⁴.

³³ Gaceta 106 del Congreso de la República. Pág. 8.

³⁴ *Ibíd.* Pág. 9.

Así las cosas, la declaración política de una colectividad política como partido de oposición, independiente, o de gobierno, no es una opción sino una obligación que debe cumplir cada una de ellas por conducto de su respectivo representante legal, dentro del primer mes del inicio del respectivo gobierno, *“de manera que la ciudadanía conozca con claridad cuál es la posición que han asumido”*.

La ley estatutaria trae sin embargo una limitación frente a la declaración para las organizaciones políticas que, solas o en coalición, hayan inscrito el candidato que resultó elegido como Presidente, Gobernador o Alcalde. Según la Ley, a ellas se les tendrá como organizaciones de gobierno, sin que puedan declararse en oposición. Lo anterior buscando la coherencia de las organizaciones políticas, pues no es dable que ellas ostenten en forma coetánea la doble condición de partidos o movimientos políticos de gobierno y de oposición, y en esa medida, gocen *“simultáneamente de los privilegios y derechos que dan ambas opciones”*.

Empero, *“esto no implica esencialmente que los partidos y bancadas de gobierno están obligados a apoyar permanentemente a sus gobernantes, pues, aunque resulta razonable y coherente, limitaría su libertad de manera desproporcionada³⁵”*. Es decir, la declaratoria política de los partidos, en el caso de considerarse de Gobierno, no necesariamente implica el apoyo incondicional a sus posturas, pues bien pueden ejercer una especie de veeduría sobre las propuestas del ejecutivo, con el fin de verificar el cumplimiento de los programas de cada partido y sobre todo, de los compromisos asumidos con sus electores. En ese sentido, aun siendo de Gobierno, un partido puede apartarse de él, independientemente de los procesos deliberativos que se surtan en su interior.

No sobra añadir a lo expuesto que la Ley, en su artículo 3, establece que el derecho a la oposición es *“un derecho fundamental autónomo que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas”*, lo cual lleva a colegir que su protección puede obtenerse por vía de tutela. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-018 de 2018 avaló la conformidad de este derecho con los preceptos de nuestro estatuto fundamental, de lo cual también deriva la obligación que tienen la Procuraduría General y la Defensoría del Pueblo, en el sentido de realizar un seguimiento especial sobre el cumplimiento y respeto del derecho a la oposición y de presentar a consideración del Congreso un informe anual sobre la efectividad de ese derecho.

³⁵ *Ibíd.*

En cuanto concierne a los derechos de la oposición política, el artículo 11 de la Ley 1909 de 2018, es claro al disponer que las organizaciones políticas declaradas en oposición de que trata la presente ley, tendrán derecho a una financiación adicional para el ejercicio de la oposición; el acceso a los medios de comunicación social del Estado o que hacen uso del espectro electromagnético; el acceso a la información y a la documentación oficial; el derecho de réplica; el derecho a participar en las mesas directivas de las plenarias de las corporaciones públicas de elección popular; el derecho a participar en la agenda de las Corporaciones Públicas; la garantía del libre ejercicio de los derechos políticos; el derecho a participar en la Comisión de Relaciones Exteriores; el derecho a participar en las herramientas de comunicación de las corporaciones públicas de elección popular y el derecho a participar en una sesión exclusiva sobre el plan de desarrollo y presupuesto.

Como bien se puede advertir, el ordenamiento jurídico establece una discriminación positiva en favor de los partidos y movimientos políticos que se han declarado en la oposición. Esos derechos y prerrogativas especiales mencionadas en el párrafo anterior, se pierden cuando el partido opositor deja de serlo al plegarse a las políticas y posturas del gobierno de turno.

El numeral 2 del artículo 6 de la Ley 1909 de 2018, por su parte, contempla igualmente la opción de que un partido político se declare como independiente, lo cual significa que el partido no forma parte del gobierno ni de la oposición, pues se reserva el derecho de apoyar o no las iniciativas del gobierno, según lo estime pertinente. Sus derechos, son los mismos que el ordenamiento jurídico le reconoce a cualquier organización política.

El artículo 27 de la ley es claro al disponer que los miembros de la organización política que se declara independiente y que han conformado sus órganos de dirección, gobierno, control y administración en cualquiera de los niveles territoriales, así como quienes hayan sido candidatos a un cargo de elección popular avalados por el movimiento -elegidos o no-, no podrán ser designados en cargos de autoridad política, civil o administrativa en el gobierno, mientras se mantenga la declaración de independencia de la organización, ni dentro de los doce meses siguientes a su retiro del movimiento.

El artículo 9 de la ley regula la inscripción de la declaración política o su modificación ante el Consejo Nacional Electoral, siendo de destacar que los derechos previstos en esta normativa, son exigibles a partir del momento de dicha inscripción. El Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución 3134 del 14 de diciembre de 2018, precisó aún más el alcance de los derechos de las organizaciones políticas declaradas en oposición.

Por otra parte, no puede perderse de vista que el incumplimiento del deber de efectuar la declaración política antes mencionada es considerado como una falta disciplinaria atribuible al respectivo movimiento político, la cual puede ser sancionada de oficio.

Además de lo expuesto hasta aquí, la Ley 1909 de 2018 crea una serie de mecanismos que dotan de eficacia y protección los derechos de la oposición. Ciertamente, en su artículo 28 se estatuyó la *“Acción de protección de los derechos de la oposición”* que se surte ante el Consejo Nacional Electoral, al que le compete determinar si los hechos objeto de reproche vulneran o no los derechos de la oposición y adoptar las medidas encaminadas a asegurar su restablecimiento y la imposición de multas que oscilan desde los 10 hasta los 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Adicionalmente, el artículo 29 la Ley 1909 de 2018 prohíbe en forma expresa la designación de los integrantes de los órganos de dirección, gobierno, control y administración de las organizaciones políticas declaradas como de oposición, sea cual fuere el nivel territorial, así como la designación, en cargos que impliquen el ejercicio de autoridad política, civil o administrativa en el gobierno, de quienes hayan sido candidatos a un cargo de elección popular avalados por el movimiento político, al menos mientras se mantenga la declaración de oposición. Esa restricción opera también dentro de los doce meses siguientes para quienes han decidido retirarse del movimiento, contados a partir de la fecha de retiro.

Finalmente, los derechos de la oposición son protegidos por la Ley 1909 de 2018, al contemplar en su artículo 30 unos programas de protección y seguridad con enfoque diferencial y de género por parte del gobierno, para la seguridad para los miembros de las organizaciones políticas que se declaren en oposición.

El seguimiento de estas disposiciones y el balance sobre las garantías de seguridad de los miembros de las organizaciones políticas declaradas en oposición fueron confiados al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo, quienes están llamados a presentar un informe ante las Cámaras del Congreso en cada período de sesiones ordinarias.

3.4. Algunos comentarios sobre la regulación de las coaliciones políticas y la ley de bancadas

Por último, procede la Sala a referirse a otro tema central para la solución del caso que ocupa su atención: el relativo a la naturaleza, alcances y compromisos que se derivan de la configuración de coaliciones políticas y el atinente a la inquietud de si en ellas tiene aplicación la ley de bancadas.

Según se establece en el artículo 13 de la Ley 130 de 1994,

“Los partidos y movimientos que concurren a las elecciones formando coaliciones determinarán previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña. De lo contrario, perderán el derecho a la reposición estatal de gastos”.

El acto legislativo de 01 de 2009 modificó el artículo 107 de la Constitución, cuyo texto actual es del siguiente tenor:

“Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios **o por coalición**, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley. (...)” (negritas propias).

Dos años más tarde, el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 reguló la inscripción de candidatos por coalición para cargos uninominales, extendiendo los alcances de la figura a la elección de alcaldes y gobernadores.

Finalmente, a través del Acto Legislativo 02 de 2015 se modificó el artículo 262 de la Constitución, en el sentido de permitir que los partidos y movimientos políticos

con personería jurídica que sumados hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento (15%) de los votos válidos de la respectiva circunscripción, presenten listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas.

Por otra parte, en algunos procesos iniciados en ejercicio del medio de control de nulidad electoral se planteó un interesante debate en torno a la necesidad de contar con una regulación de la ley para que los partidos y movimientos políticos pudieran coaligarse con el propósito de acceder a las corporaciones públicas.

El Consejo de Estado ha sostenido que, si bien la ley no reguló la conformación, el financiamiento y el alcance jurídico de las coaliciones para corporaciones públicas, se ha entendido desde épocas inveteradas que el derecho a coaligarse “*emana de la voluntad libre de las agrupaciones políticas reconociendo su existencia sin necesidad de desarrollo legislativo específico*”³⁶. Lo anterior, por tratarse de una dinámica que es propia de la actividad política.

Esta postura fue recientemente reiterada por la Sección Quinta de esta corporación³⁷, cuando en ejercicio del medio de control de nulidad electoral se demandó la elección de los Senadores de la Coalición “*Lista de la Decencia (ASI, UP, MAIS)*”. En esa oportunidad se explicitó que, aunque no se había expedido aún una regulación de las coaliciones para cargos en corporaciones públicas, la Constitución debía aplicarse de forma autónoma e independiente.

El Consejo de Estado precisó, además, que no podría considerarse por analogía la Ley 1475 de 2011 en las elecciones de corporaciones públicas, en cuanto lo que regula son las coaliciones para cargos uninominales. Lo anterior porque el Acto Legislativo que modificó el artículo 262 de la Constitución y permitió las coaliciones para corporaciones públicas es del año 2015 (posterior a la Ley 1475 de 2011) y en segunda medida, porque las elecciones para cargos unipersonales son diferentes a las de los cuerpos colegiados, haciendo imposible su asimilación.

De las consideraciones hechas en esas dos providencias por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado, se concluye que la Constitución impone al legislador el deber de regular aspectos relacionados con el funcionamiento de las

³⁶ Consejo de Estado, sentencia de 13 de diciembre de 2018, CP: Rocío Araujo Oñate. Exp.11001-03-28-000-2018-00019-00. Pág. 26.

³⁷ Consejo de Estado, sentencia de 2 de mayo de 2019, CP: Lucy Jeannette Bermúdez. Exp. 11001 03 28 000 2018 00129 00 acumulado 11001-03-28-000-2018-00132-00.

coaliciones para corporaciones públicas, pero, de manera autónoma e independiente, consagra el derecho de los partidos y movimientos políticos a presentar una lista de candidatos en coalición para corporaciones públicas.

En lo que tiene ver con la inscripción de listas a cargos de elección popular en corporaciones públicas por parte de una coalición, se advierte la existencia de una omisión legislativa, sin embargo, debe aplicarse de manera directa lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 262 de la Constitución Política, a efectos de garantizar la efectividad del derecho a la inscripción de listas de coalición a cargos de elección popular.

En ese orden de ideas, estima esta Sala Especial de Decisión que, en lo que tiene que ver con la celebración de coaliciones políticas para la elección de corporaciones públicas, no existía para la época de los hechos una regulación distinta de la mencionada anteriormente, cuyo alcance consiste en la posibilidad de realizar dichos acuerdos.

Lo expuesto hasta aquí excluye la posibilidad de que las coaliciones políticas puedan ser asimiladas a las organizaciones políticas con personería jurídica y, por ende, no es dable entender que aquellas se encuentren jurídicamente habilitadas para ejercer los mismos derechos y asumir las mismas obligaciones que se predicán de los partidos y movimientos políticos, ni sería tampoco admisible entender que les son aplicables por extensión las normas establecidas en la ley de bancadas, en especial las que consagran sanciones a los legisladores que sin ninguna justificación desconocen las directrices por ellas acordadas, pues, en estricto sentido, las personas que son elegidas en coalición tienen ante todo un deber de coherencia con las decisiones adoptadas por su respectivo partido.

Como quiera que los solicitantes le cuestionan al Senador Tamayo Pérez el hecho de haber adoptado posturas que son contrarias a las decisiones de *“la bancada de la coalición”*, resulta oportuno profundizar un poco más en las razones por las cuales el régimen jurídico de las bancadas no es aplicable a las coaliciones políticas.

Según las voces 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”*, los integrantes de las

corporaciones públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos, constituyen una bancada en la respectiva corporación.

Teniendo en cuenta los precisos términos de la ley en comento, resulta fácil advertir que en ninguna de sus normas se hace referencia expresa a las coaliciones políticas, motivo por el cual es forzoso concluir que el régimen jurídico de las bancadas no les es aplicable. A propósito del tema, no puede soslayarse que la conformación de coaliciones políticas es, en esencia, particularmente coyuntural, por cuanto su creación responde a determinadas circunstancias o situaciones políticas que son eminentemente episódicas, variables e inestables, debido al carácter cambiante y a la volatilidad que es característica de la actividad política y del juego democrático.

En todo caso, el hecho de que las coaliciones no aparezcan mencionadas en la Ley 974 de 2005 no impide que los partidos políticos, movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos puedan constituirse en coalición para apoyar determinadas iniciativas legislativas o abogar en común por ciertas causas políticas, tal como quedó dicho en páginas precedentes, así no les sean aplicables las disposiciones jurídicas que regulan el funcionamiento de las bancadas.

En efecto, nada impediría que los integrantes de una coalición puedan actuar en grupo, coordinadamente y emplear mecanismos democráticos para la adopción de decisiones, pero eso sí, sin que ello se entienda cobijado por las disposiciones de la Ley 974 de 2005.

Para el momento de la ocurrencia de los hechos mencionados en este proceso no existía en el ordenamiento jurídico colombiano ninguna regulación que obligara a las coaliciones políticas a la adopción de unos estatutos en cuyas normas se definiera lo relativo a su organización y funcionamiento, los mecanismos de coordinación, el régimen disciplinario interno, como tampoco los deberes, obligaciones y responsabilidades.

En la actualidad, la Resolución 2151 del 5 de junio de 2019, *“Por medio de la cual se dictan algunas medidas operativas para la implementación de las listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas”*, expedida por el Consejo Nacional Electoral en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 265-6 de la Constitución Política y los artículos 11 y 12 del Decreto Ley 2214 de 1986,

además de disponer el registro de los acuerdos de coalición, definió su contenido mínimo y estableció en su artículo 2 el carácter vinculante que aquellos tienen para los partidos y movimientos políticos que los suscriben, tal como puede leerse en el precepto que enseguida se transcribe:

Artículo 2.- *Carácter vinculante del acuerdo:* La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y, por tanto, los partidos y movimientos políticos se obligan a cumplir las estipulaciones del mismo.

En todo caso, como quiera que la anterior resolución fue proferida con posterioridad a los hechos de la demanda, no podrá ser aplicada al caso bajo examen, por tratarse de una regulación posterior.

En ese orden de ideas, a partir del Acto Legislativo 01 de 2015, reformativo del artículo 262 constitucional, se permitió en nuestro derecho interno que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica presentaran listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas, siempre que hayan obtenido una votación de hasta el 15% de los votos válidos de la respectiva circunscripción. De tal manera, si bien es cierto que las coaliciones para corporaciones públicas estaban expresamente permitidas desde el año 2015, no puede pasarse por alto que el contenido de los acuerdos de coalición y el carácter vinculante de los mismos solo fue definido en el articulado de la Resolución 2151 del 5 de junio de 2019, referenciada en los párrafos precedentes.

4. Análisis del caso concreto

Efectuadas las precisiones contenidas en el marco jurídico que antecede, procede esta Sala Novena Especial de Decisión a definir si en el caso que ocupa su atención debe decretarse la pérdida de la investidura de Jonatan Tamayo Pérez como Senador de la República, por haber incurrido en la causal de conflicto de interés de tipo moral que le endilgan los solicitantes.

Para tales propósitos, se expondrán algunas ideas relacionadas con el Acuerdo de Coalición entre ASI, MAIS, UP suscrito el 9 de diciembre de 2017 y con el examen, en el caso concreto, de los elementos configurativos de la causal de conflicto de intereses de tipo moral.

4.1. Acuerdo de Coalición entre ASI, MAIS, UP – 9 de diciembre de 2017.

En el expediente se encuentra debidamente acreditado que entre el Partido Alianza Social Independiente- ASI-, el Movimiento Alternativo Indígena y Social – MAIS- y el Partido Unión Patriótica – UP-, se suscribió el acuerdo de fecha 9 de diciembre de 2017 en el cual los citados partidos expresaron su “*voluntad de conformar una lista de coalición*”. Del contenido del citado acuerdo se resalta que los partidos asumieron cuatro compromisos diferentes, a saber:

El primero de ellos estuvo relacionado con el cumplimiento de un “*programa básico de transformaciones orientado al buen vivir*” que incluyó los siguientes componentes:

“1) Construcción de una paz integral mediante el cumplimiento cabal de la palabra empeñada en los Acuerdos de Paz del Teatro Colón, la culminación de diálogos efectivos con el ELN y el sometimiento a la justicia de los remanentes grupos paramilitares y disidentes; 2) Desarrollo de un modelo económico productivo moderno, industrial y agropecuario, amigable con el ambiente, defensor y protector de lo público, fomentador de las economías digitales, solidarias, sociales, campesinas, populares y de pequeños y medianos productores; 3) Fomento de la innovación en la producción y uso de tecnologías y energías limpias e impulso a la investigación en ciencia y tecnología facilitando que se otorgue un mayor presupuesto a Colciencias y que éste se coloque al servicio de los intereses de las mayorías nacionales y del desarrollo de todas las disciplinas y formas del saber y producción de conocimiento; 4) Defensa, preservación y cuidado del patrimonio natural, genético y ambiental, de la Madre Tierra, los animales, los bosques y recursos forestales, los bienes y recursos comunes y compartidos; 5) Favorecimiento de una política tributaria y fiscal con tributos directos progresivos a la renta, al patrimonio de personas naturales y a las remesas de las multinacionales, y una política fiscal que apalanque el aumento y asignación equitativa de la inversión pública social y productiva, en particular, el fortalecimiento del Sistema General de Participación; 6) Desmercantilización y garantía real de acceso universal a los derechos sociales fundamentales en educación, salud, trabajo digno, pensiones, alimentación y vivienda; 7) reconocimiento y respeto de las necesidades, singularidades y derechos de las nuevas ciudadanías y movimientos sociales; 8) Defensa de la soberanía nacional y promoción de relaciones de cooperación con los países de América Latina, el Caribe y el mundo; 9) Compromiso con una reforma política que profundice la democracia electoral representativa y participativa para garantizar el acceso de todos los colombianos y colombianas al disfrute pleno de sus derechos y de los bienes públicos y sociales que ofrece una democracia moderna, vigorosa e incluyente; y 10) Erradicación de las prácticas corruptas en el uso de los recursos públicos, transformación de los sistemas de asignación, contratación y ejecución de los mismos haciéndolos más transparentes y participativos, control ciudadano directo y elección por mérito de los cargos de la Procuraduría, Contraloría General de la República y de todos los órganos del poder judicial”³⁸.

El segundo pacto consistió en garantizar las calidades morales de los candidatos avalados por los respectivos partidos y la coalición. En ese sentido, no podrían

³⁸ Folios 75 y 76, Anexo.

hacer parte de la coalición individuos con antecedentes de corrupción o vínculos con organizaciones paramilitares, bandas criminales y organizaciones mafiosas y delictivas.

En tercer lugar, se hizo un acuerdo económico para repartir los recursos provenientes de la reposición de los gastos de la campaña, en el sentido de que cada uno de los coaligados solicitaría la reposición en proporción a la cantidad de votos obtenidos por los candidatos inscritos.

Finalmente, los partidos de la coalición se comprometieron a adelantar un trabajo legislativo conjunto y coordinado, en los términos que se transcriben a continuación:

“que los integrantes de las bancadas de esta coalición en cada corporación pública se coordinarán para sus actuaciones como un cuerpo colectivo que toma decisiones democráticamente en el marco de los lineamientos de sus respectivos partidos y de los acuerdos de la coalición. No obstante, en asuntos espirituales, religiosos y sexuales, se garantiza las libertades que a todo ciudadano le otorgan las normas fundamentales de la Nación”.

También obra en el expediente la Resolución AV028 de la coalición de 10 de diciembre de 2017³⁹, suscrita por los representantes legales de los partidos ASI, UP y MAIS, mediante la cual avalaron la lista de candidatos para el Senado de la República, entre los cuales se incluyó a Jonatan Tamayo Pérez en el renglón número 100. Así mismo, se aportó al plenario el Formulario de Registro E-6 CL, de fecha del 11 de diciembre de 2017, en el que consta su inscripción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil⁴⁰.

Es claro para la Sala que la lista de candidatos *ut supra* fue modificada por renuncia y no aceptación de varios enlistados, tal y como se constata en la Resolución AVMD 007 del 18 de diciembre de diciembre de 2017 y que en ella no figura la renuncia de Jonatan Tamayo Pérez. Obra asimismo en el expediente el Formulario E7CL de fecha 18 de diciembre de 2017, en virtud del cual se registró ante la Registraduría Nacional del Estado Civil la modificación de los candidatos avalados por la coalición⁴¹.

³⁹ Folios 75 y 76, Anexo.

⁴⁰ Folios 42 a 62, Anexo.

⁴¹ Folios 63 a 66, Anexo.

Una vez definida la lista, el Consejo Nacional Electoral, a través de la Resolución 0044 del 17 de enero de 2018⁴², registró el logo-símbolo de la coalición para el uso de la campaña electoral al Congreso de la República para el período 2018-2022.

Tal como se demuestra en la Resolución 1596 de 2018 del Consejo Nacional Electoral, *“por medio de la cual se declara la elección del Senado de la República, se asignan unas curules para el período 2018 – 2022 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales”*, el señor Tamayo Pérez resultó elegido en las elecciones realizadas el 11 de marzo de 2018 como Senador de la República para el período 2018-2022 por la coalición *“Lista de la decencia (ASI, UP, MAIS)”*⁴³.

Aparece igualmente acreditado que *“el partido Alianza Social independiente-ASI, solo eligió un congresista”*⁴⁴ para el referido período electoral, tal como lo manifestó en la audiencia pública el apoderado del Senador cuya investidura se cuestiona.

Vale la pena resaltar que, para la fecha en la cual se suscribió el citado acuerdo de coalición, esto es, para el día 9 de diciembre de 2017, aún no se había expedido la Ley 1909 de 2018, la cual fue promulgada el 9 de julio de 2018, ni tampoco la Resolución 2151 del 5 de junio de 2019, a través de la cual el CNE dictó algunas medidas operativas para la implementación de la lista de candidatos en coalición para corporaciones públicas.

La Sala encuentra demostrado que una vez se dio inicio al nuevo Gobierno Nacional 2018 – 2022, en cabeza de Iván Duque Márquez por el Partido Centro Democrático, el Partido ASI, al cual pertenece el Senador Tamayo Pérez, se declaró de gobierno, tal como aparece consignado en el acta de 10 de agosto de 2018 suscrita por los miembros del Comité Ejecutivo Nacional Ordinario de esa organización política⁴⁵.

En el texto de dicha acta aparece la decisión de presentar ante el Consejo Nacional Electoral la declaración política de la Alianza Social Independiente –ASI–,

⁴² Folios 83 a 87, Anexo.

⁴³ Folio 67 a 74, Anexo.

⁴⁴ Folio 70, C 1.

⁴⁵ Sor Berenice Bedoya Pérez, Antonio Martín Almanzo Acosta, Angie Vanesa Martínez, Senaida Epia Chavarro, Ana Yency Ospina Girón, Gloria Isabel Dávila Poveda, Honorio Abadía Rojas, Pedro Rolando Valencia Holguín y Diego Fernando Jaimes Porras. Folios 130 – 143, C.1.

como partido de gobierno, la cual se sometió a discusión de los nueve miembros del Comité Ejecutivo del partido⁴⁶, quienes votaron de la siguiente manera:

NOMBRE	CÉDULA	VOTACIÓN		
		GOBIERNO	INDEPENDIENTE	OPOSICIÓN
Sor Berenice Bedoya Pérez	32.557,852	X		
Ana Yenci Ospina Girón	98.354.807	X		
Antonio Martin Almazo Acosta	79.301.533	X		
Angie Vanessa Martínez Damián	1.013.636.907			
Senáida Epia Chavarro	40.621.698		X	
Honorio Abadía Rojas	16.588.472	X		
Pedro Rolando Valencia Holguín	1.120.576.482	X		
Diego Fernando Jaimes Porras	1.096.603.842	X		
Gloria Isabel Dávila Poveda	65.790.338		X	

Cuadro tomado del Acta, folio 132, C.1

En conclusión, 6 miembros del Comité Ejecutivo del partido votaron mayoritariamente por declararse como organización de gobierno, 2 por declararse como independientes y 1 se abstuvo de votar.

Con posterioridad a dicha decisión, el mismo Comité Ejecutivo, en sesión extraordinaria de 18 y 19 de enero de 2019⁴⁷, dando aplicación a la facultad consagrada en el párrafo del artículo 6 de la Ley 1909 de 2018, aprobó la iniciativa de declararse como partido independiente, decisión que fue adoptada con 7 votos a favor y 1 en contra, como se ilustra a continuación:

NOMBRE	CÉDULA	CARGO	VOTACION A PRUEBA	
			SI	NO
Sor Berenice Bedoya Pérez	32.557.852	Presidenta y representante Legal	X	
Ana Yenci Ospina Girón	98.354.807	Secretaria de Asuntos Sociales		

⁴⁶ Sor Berenice Bedoya Pérez, Antonio Martín Almanzo Acosta, Senaida Epia Chavarro, Ana Yenci Ospina Girón, Angie Vanesa Martínez, Gloria Isabel Dávila Poveda, Honorio Abadía Rojas, Pedro Rolando Valencia Holguín y Diego Fernando Jaimes Porras.

⁴⁷ folios 134 a 143 cuaderno 1.

Antonio Martín Almazo Acosta	79.301.533	Secretaria de Formación y Capacitación		X
Angie Vanessa Martínez Damián	1.013.636.907	Secretaria de la Juventud	X	
Senaida Epia Chavarro	40.621.698	Secretaria de Mujer y Género	X	
Honorio Abadía Rojas	16.588.472	Secretario de Asuntos Regionales	X	
Pedro Rolando Valencia Holguín	1.120.576.482	Secretario de Ambiente	X	
Diego Fernando Jaimes Porras	1.096.603.842	Secretario General	X	
Gloria Isabel Dávila Poveda	65.790.338	Secretario de Asuntos Étnicos	X	

Cuadro tomado del Acta, folio 136, C.1

La modificación de la declaración política fue presentada por el representante legal del partido ASI ante el Consejo Nacional Electoral el día 25 de enero de 2019. El 20 de marzo de esa misma anualidad, la autoridad electoral inscribió y registró provisionalmente dicha declaración política mediante Resolución 1005 de 2019⁴⁸.

En suma, se encuentra establecido:

Que sí existió coalición entre los partidos políticos UP, ASI y MAIS, y a esta se le denominó “*Lista de la Decencia (UP, ASI, MAIS)*”.

Que el objetivo de dicha coalición era el de perdurar en el tiempo, pues esa era la única manera en que podrían cumplir los objetivos pactados en el acuerdo de coalición, esto es, completar el “programa básico de transformaciones para el buen vivir” y la salvaguarda de las calidades morales de todos sus participantes. De hecho, el acuerdo económico que se pactó fue el único de los compromisos que se agotó una vez ocurrieron las elecciones.

Que el partido ASI se declaró el 10 de agosto de 2018 como partido de gobierno, condición que ostentó hasta el 20 de marzo de 2019, fecha en la cual el Consejo Nacional Electoral inscribió y registró la modificación de declaratoria del partido, esta vez como independiente. Aunque la Sesión del Comité Extraordinario del partido tuvo lugar el 18 y 19 de enero de 2019, la inscripción y registro como independiente tuvo efectos desde la fecha de expedición de la Resolución 1005 de 2019 del CNE, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1909 de

⁴⁸ folios 144 a 151, cuaderno 1.

2018. Es de aclarar que, aunque el citado acto se refiere a un registro provisional de la declaratoria del partido, ello no tiene ninguna incidencia en la validez de la inscripción, pues esta figura fue avalada por la Resolución 3134 de 2018 como una forma de garantizar de manera inmediata los derechos fundamentales de la oposición, de tal manera que se concedía un término para reformar los estatutos en lo pertinente.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala estima oportuno destacar que, si bien se suscribió el Acuerdo de la Coalición *“Lista de la Decencia (UP, ASI, MAIS)”*, del que hizo parte Jonatan Tamayo Pérez, también aparece acreditado en el expediente que el partido Alianza Social Independiente ASI, jamás se declaró políticamente como partido de oposición.

Sobre este punto es imperioso resaltar que en ninguna parte del acuerdo aparece el compromiso de declararse como partido de oposición, pues para ese entonces los partidos no estaban obligados a hacer ese tipo de manifestaciones porque, como ya se dijo, aún no se había expedido la Ley 1909 de 2018 y además porque en ese momento aún no se sabía quién iba a ser el Presidente de la República.

Siguiendo esa línea argumentativa, es pertinente poner de relieve que en el momento de entrar en vigencia el estatuto de la oposición y al hacerse obligatorio para las organizaciones políticas hacer la declaración política de que trata la Ley 1909 de 2018, los integrantes de la coalición tenían la libertad de decidir de forma autónoma si se definían como partido de oposición, de gobierno o independientes, pues al suscribir el acuerdo de coalición no habían asumido ningún compromiso al respecto. Ha de tenerse en cuenta, además, que la decisión adoptada por la Alianza Social Independiente ASI en realidad fue adoptada en forma mayoritaria por el Comité Ejecutivo de ese partido, a la cual debía plegarse el Senador Tamayo.

A partir de las constataciones mencionadas en este acápite de la providencia, entraremos a dar respuesta a la siguiente pregunta:

4.2. ¿Se configura en el caso concreto el conflicto de intereses de tipo moral aducido por los solicitantes?

Tal como se expresó al resumir los antecedentes del caso, los solicitantes de la pérdida de investidura consideran que los hechos configurativos del conflicto moral de intereses por ellos invocada, se concretan en la conducta asumida por el Senador Tamayo Pérez, al participar en la elección de la mesa directiva del Senado y en la votación de actos legislativos, proyectos de Ley y las objeciones presidenciales al proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz⁴⁹.

Con el propósito de establecer entonces si debe prosperar o no la pretensión de los solicitantes, es necesario analizar los hechos que se encuentran probados en este proceso, aplicando al efecto el postulado de la apreciación racional de las pruebas y de la sana crítica, así como los criterios expuestos en el numeral 3.2 de las consideraciones de esta providencia. Con ese propósito la Sala de Decisión seguirá el mismo derrotero metodológico allí expuesto y por ello se abordará enseguida el análisis de los requisitos exigidos para la configuración de la causal:

a. Participación del congresista en el cumplimiento de una función propia de su cargo

El Congreso de la República tiene asignadas, según las disposiciones de nuestra Constitución Política y las normas contenidas en su reglamento, unas funciones constituyentes, legislativas, de control político, judiciales, electorales, administrativas, de control público y protocolo.

En el caso que nos ocupa, aparece demostrado en el expediente que el Senador Tamayo Pérez efectivamente participó en la discusión y aprobación del Proyecto de Acto legislativo 08 de 2018 por el cual se adoptó una reforma política y electoral; del proyecto de ley 67 de 2018 que decretó el presupuesto general de regalías; del proyecto de acto legislativo 25 de 2018 en el que se modificó el artículo 323 de la Constitución y se establece la segunda vuelta para la elección del alcalde mayor de Bogotá; del proyecto de ley 197 de 2018 por el cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional; del proyecto de ley 227 de 2019 el plan Nacional de Desarrollo 2018-2011 “*pacto por Colombia, pacto por la equidad*”; y conformó la Comisión accidental que estudió y rindió ponencia de las objeciones presidenciales al proyecto de ley estatutaria 008 de 2017 “*Estatutaria de la*

⁴⁹ Afirmaciones hechas por los solicitantes en los folios 11 – 13 del Cuaderno 1 del expediente.

administración de justicia de la jurisdicción especial para la paz” y respaldó esta última iniciativa, tal como lo señaló en la audiencia el señor agente del ministerio público y como lo admitió el apoderado del Senador Tamayo.

Por lo anterior, es claro que al participar el Senador Tamayo en esos debates y votaciones lo hizo en el marco de sus competencias, por lo cual se entiende cumplido este primer elemento configurativo de la causal.

b. La existencia de un interés directo, particular, actual y real, de carácter económico o moral

Al considerar los fundamentos expuestos por los solicitantes de la pérdida de investidura, observa esta Sala Especial que ellos dejaron de explicitar y demostrar cuáles fueron específica y claramente los intereses personales del Senador cuestionado, de su cónyuge o compañero o compañera permanente, de alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o de su socio o socios de derecho o de hecho que pugnaban con el interés general, y que lo indujeron a votar en el sentido en que lo hizo, para obtener a partir de su proceder unos beneficios indebidos o unos provechos personales dignos de reproche, contrariando los principios éticos y los propósitos superiores que deben guiar el cumplimiento de sus funciones como congresista.

En el presente caso, está suficientemente demostrado que el Senador Tamayo Pérez desarrolló su actividad legislativa en estrecha sintonía con las declaraciones políticas efectuadas por su partido, cuando en un principio sus directivos decidieron convertirse en partido de gobierno, y, seguidamente, cuando optaron por declarar su independencia. Para una mejor comprensión, el siguiente cuadro ilustra las votaciones realizadas por el partido ASI, en vigencia de cada una de las declaraciones políticas, antes comentadas:

Como partido de Gobierno (22-08-2018 al 19-03-2019)	Como partido independiente (20-03-19-2019 en adelante)
El 29-10-2018 votó positivo el Proyecto de Acto Legislativo 08 de 2018 de Senado, acumulado Acto Legislativo 09 de 2018 <i>“Por el cual se adopta una reforma política y electoral y se dictan otras disposiciones”</i> .	El 02-05-2019 votó positivo el proyecto de ley No. 277 de 2019 Senado – 311 Cámara <i>“por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, pacto por la</i>

El 05-12-2018 votó positivo el Proyecto de Ley 167 de 2018 del Senado – 182 de 2018 de Cámara “Por el cual se decreta el presupuesto del sistema general de regalías para el bienio del 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020”.	equidad”.
El 16-12-2018 votó positivo el proyecto de Acto Legislativo 25 de 2018 de Senado- 044 de Cámara “Por el cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política de Colombia y se establece la segunda vuelta para la elección del Alcalde mayor”.	
El 18-12-2018 votó positivo el proyecto de ley No. 197 de Senado – 240 de Cámara “Por el cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones”.	
El 11-03-2019 aceptó la designación de la mesa directiva del Senado de la República para conformar la Comisión accidental sobre las objeciones presidenciales a la Jurisdicción Especial para la paz” y en tal condición rindió informe acogiendo las 6 objeciones presidenciales y votó negativo el informe que las rechazaba.	

De la citada labor legislativa se resalta lo siguiente:

El proyecto de Acto Legislativo No. 08 de 2018 tenía como objetivo “adoptar una reforma política y electoral”. De su contenido se vislumbra que buscó abordar dos grandes temas: la eliminación del voto preferente y la autonomía de las entidades que hacen parte de la Organización Electoral⁵⁰. El Senador cuestionado votó por la aprobación de dicho proyecto,⁵¹ asumiendo una postura contraria a la de los partidos de la coalición “Lista de la decencia (UP, ASI, MAIS)”.

El proyecto de Ley 167 de 2018 que decreta el presupuesto del sistema general de regalías. Este se propuso fundamentar un plan de recursos para un horizonte de 10 años (2019-2028), preparado con base en información reportada por la Agencia Nacional de Minería y la Agencia Nacional de Hidrocarburos⁵². El Senador cuestionado votó por la aprobación de la iniciativa⁵³, asumiendo una postura contraria a la de los partidos de la coalición “Lista de la decencia (UP, ASI, MAIS)”.

⁵⁰ Según la exposición de motivos contenida en la Gaceta 594 de 2018.

⁵¹ Página 65, Gaceta 99 de 2019.

⁵² Según la exposición de motivos contenida en la Gaceta 788 de 2018.

⁵³ Página 74, Gaceta 497 de 2019.

El proyecto de Acto Legislativo 25 de 2018 para reformar el artículo 323 de la Constitución Política de Colombia y establecer el mecanismo de segunda vuelta en la elección del Alcalde Mayor de Bogotá cuando ninguno de los candidatos en contienda alcance más de la mitad más uno de los votos emitidos⁵⁴. El Senador cuestionado votó por la aprobación de dicho proyecto⁵⁵ asumiendo una postura contraria a la de los partidos de la coalición “*Lista de la decencia (UP, ASI, MAIS)*”.

El proyecto de Ley 197 de 2018 que expide normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto nacional y se dictan otras disposiciones. En palabras de los expositores del proyecto de Ley, “*las propuestas que se presentan (...) están encaminadas a crear fuentes de financiamiento adicionales con el fin de sustentar las necesidades de gasto que enfrenta el gobierno en 2019*”⁵⁶. El Senador cuestionado votó por la aprobación de dicho proyecto⁵⁷, asumiendo una postura contraria a la de los partidos de la coalición “*Lista de la decencia (UP, ASI, MAIS)*”.

En cuanto a la participación del Senador Tamayo Pérez en la Comisión Accidental que rindió ponencia de las objeciones presidenciales al proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017, se observa que el congresista cuestionado respaldó las objeciones presidenciales relacionadas con los artículos del proyectos de ley vinculados con la reparación integral a las víctimas (art.17), el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (art.18), el principio de selección (párrafo segundo, art. 19), la competencia personal del funcionamiento de la JEP (art.63) y las funciones de la Sala de Reconocimiento (art-79), extradición por conductas posteriores al Acuerdo Final (art. 150), y la extradición de quienes estén ofreciendo verdad ante el Sistema Integral (art.153)⁵⁸, asumiendo una postura contraria a la de los partidos de la coalición “*Lista de la decencia (UP, ASI, MAIS)*”.

El proyecto 227 de 2019, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2018-2022 “*Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*” como propuesta del Gobierno para lograr los recursos del Plan Plurianual de Inversiones 2018-2022⁵⁹.

⁵⁴ Según la exposición de motivos contenida en la Gaceta 850 de 2018.

⁵⁵ Informe rendido por el Secretario General del Senado de la República. Folio 156, C.1.

⁵⁶ Según la exposición de motivos contenida en la Gaceta 933 de 2018.

⁵⁷ Informe rendido por el Secretario General del Senado de la República. Folio 153, C.1.

⁵⁸ Informe de ponencia a la objeciones presidenciales presentadas al Proyecto de Ley 008 de 2017, Senado de la República. Folio 165-240, Anexo.

⁵⁹ Según la exposición de motivos contenida en la Gaceta 135 de 2019.

El Senador cuestionado votó por la aprobación de dicho proyecto⁶⁰, asumiendo una postura contraria a la de los demás partidos de la coalición.

De las pruebas aportadas no es dable concluir que el voto emitido por el congresista respecto de los proyectos de ley, actos legislativos y objeciones antes relacionadas estuvo inducido por un interés individual suyo, de su familia o de sus socios, motivo por el cual no se configura en este caso la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1 de la Constitución Política de 1991.

Con respecto a los testimonios rendidos por Gustavo Bolívar Moreno y Aída Avella Esquivel⁶¹, es del caso destacar que ellos estuvieron orientados a demostrar que el Senador Tamayo obró como congresista afecto al gobierno y no como integrante de la coalición por la cual fue elegido. Reiteraron que el citado senador siempre actuó en contra de la *“bancada de la coalición”* y que, entre otras cosas, alcanzó *“la vicepresidencia en la comisión sexta o quinta, apoyado por el Centro Democrático y los partidos de gobierno”*⁶². Valga aclarar, sobre esto último, que según el mismo testigo *“es una especulación, [en] que lo hayan podido convencer de estar al lado de ellos a cambio de esa vicepresidencia”*⁶³.

Apreciados los citados testimonios en su conjunto, la Sala de Decisión considera que ellos no aportan elementos claros y precisos que permitan develar o conocer cuál fue el provecho particular, real y actual que en su momento tuvieron el congresista Tamayo o las personas de su entorno familiar o sus socios, al votar afirmativamente las iniciativas legislativas aludidas a lo largo de esta providencia.

Aportaron los solicitantes con su demanda algunas pruebas documentales consistentes en artículos de prensa, las cuales a su juicio *“demuestran la intención del congresista por desconocer el Acuerdo de la coalición”*. Tales pruebas son las siguientes:

⁶⁰ Informe rendido por el Secretario General del Senado de la República. Folio 1561 C.1.

⁶¹ El 26 de julio de 2019, folios 276 a 289, C.2. la Sala hace la siguiente precisión. La acción pública de pérdida de investidura según la Ley 1881 de 2018 (que establece su procedimiento) no tiene partes procesales. Se trata de una acción que es solicitada por cualquier persona, incluso la Mesa Directiva de la Cámara a la cual pertenece el congresista y cuestionando siempre la investidura de algún congresista. En ese orden de ideas, cuando en este caso concreto los solicitantes pidieron ser escuchados como testigos de los hechos que denunciaban, mal podría esta Sala haber decretado audiencia diferente a la de testimonios que se celebró, y a la cual acudieron el Ministerio Público y el apoderado del Señor Tamayo.

⁶² Testimonio de Gustavo Bolívar. Folio 278 reverso, C.2.

⁶³ *Ibíd.*

Copia del artículo de la Revista Semana titulado “ASI se declara independiente, pero “manguito” va a seguir apoyando al gobierno” en el que informa sobre el cambio del partido ASI de gobierno a independiente frente a lo cual el Senador Tamayo afirma que seguirá siendo de Gobierno (Folios 102 a 104, Anexo).

Copia del artículo del Diario Las 2 Orillas: “El senador decente” que votó por Duque: se embolata la oposición en la Colombia Humana” en el que se pregunta por qué la lista “Decentes de la Colombia Humana” tenía un uribista y no lo sabía o lo ocultaron, refiriéndose a Jonatan Tamayo (Folios 105 a 110, Anexo).

Copia del artículo de La Silla Vacía: “A “Manguito” y a “Mariachi” les sonó la flauta con Duque” en el que se afirma que Iván Duque nombró en la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio a Héctor Fabio “Mariachi” Vélez, aliado político del Senador Tamayo (Folios 111 a 113, Anexo).

Copia del artículo de El Espectador: “Manguito, un senador de la derecha en la Lista de la Decencia de Petro” en el que se narra el proceso de la campaña política del Senador desde la Coalición y su posterior apoyo al gobierno de Iván Duque (Folios 114 a 119, Anexo).

La Sala destaca que los mencionados recortes de prensa no tienen la entidad jurídica suficiente para demostrar la existencia de un interés particular configurativo del conflicto de intereses que en esta instancia se le atribuye al Senador cuestionado, dado que la jurisprudencia de la corporación ha sido constante en señalar que *“este tipo de documentos por sí solos solo sirven para determinar que un hecho se registró, sin que pueda tenerse como prueba de lo que en ellos se pretende reproducir”*⁶⁴. En otras palabras, *“su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente”*⁶⁵. En ese orden de ideas, los elementos de prensa aportados son tomados bajo esa premisa.

La Sala advierte que las noticias en comentario consignan la declaración política del partido ASI como de gobierno, tras participar en las elecciones al Congreso, como

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta. CP:Alberto Yepes. Auto 2014-0013-00. Noviembre 5 de 2015.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sentencia del 29 de mayo de 2012. C.P. Susana Buitrago Valencia (E); Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2012. C.P. Enrique Gil Botero.

parte de la coalición “*Lista de los Decentes (UP, ASI, MAIS)*”, y del supuesto compromiso por él asumido con el Centro Democrático como partido de gobierno. Sin embargo, revisadas esas notas de prensa se concluye que aquellas condensan los puntos de vista y el pensamiento de los periodistas que las redactaron, en uso del derecho a la expresión libre e independiente de que son titulares, sin que sean demostrativas de los beneficios o ventajas reportados por el legislador cuya conducta se censura, ni las personas que le son cercanas.

Sumado a lo anterior, si bien los solicitantes enunciaron expresamente los actos aprobados por el parlamentario, también lo es que estos reparos se propusieron de manera general, sin que se detallara el beneficio particular que recibió el congresista bajo la hipótesis planteada del conflicto de intereses.

Tampoco dicho interés puede deducirse o inferirse nítidamente de los contenidos de las iniciativas discutidas, al tratarse de temas amplios, de interés general, que bien podrían encontrar respaldo y plena justificación en las diferentes declaraciones políticas efectuadas por su partido. Valga aclarar, por contera, que todos los proyectos mencionados por los solicitantes tuvieron origen en la iniciativa del Gobierno, lo cual es relevante para la Sala bajo el entendido de que el partido Alianza Social Independiente del cual es integrante el Senador cuestionado, declaró ser una organización de gobierno en momentos en los cuales dichas iniciativas cursaban el respectivo trámite legislativo. Se tiene entonces demostrado que el Senador Tamayo obró en estrecha consonancia con los lineamientos y declaraciones políticas realizadas por su partido.

La Sala Especial de Decisión observa, igualmente, que la declaración política efectuada por el partido ASI –como organización de gobierno y luego de independiente- se tradujo en la pérdida de los derechos y beneficios que el régimen jurídico contempla para la oposición, lo cual lleva a colegir que las posturas asumidas por el Senador Tamayo, siguiendo las directrices de su partido, significó la pérdida de la oportunidad de disfrutar del tratamiento de discriminación positiva al cual se hizo referencia en páginas precedentes.

En relación con los argumentos esgrimidos por los solicitantes, según los cuales el acuerdo de la coalición produce efectos vinculantes para los partidos y

movimientos políticos que lo suscribieron y para sus miembros o integrantes⁶⁶, y que por ello debían acatarse los lineamientos y directrices aprobados por la “bancada de los decentes”, la Sala se permite recordar, tal como lo hizo anteriormente en esta misma providencia, que la institución de las bancadas se predica exclusivamente de los partidos y movimientos políticos y no de las coaliciones, cuyos integrantes mantienen su independencia y autonomía, quedando sin embargo atados a las directrices del partido y de su propia bancada, la cual por demás no existe en el partido ASI, por cuanto no tiene sino a un senador, el señor Jonatan Tamayo Pérez.

Según se mencionó anteriormente, 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”* prevé que los miembros de las corporaciones públicas que son elegidos por un mismo partido o movimiento social o grupo significativo de ciudadanos, constituyen una bancada en la respectiva corporación, de tal manera que cada miembro del Congreso pertenece exclusivamente a una bancada. Así, la bancada se predica del partido al que pertenece el congresista, y su actuación está supeditada a sus estatutos (art. 2 ibídem). En consecuencia, el congresista Jonatan Tamayo Pérez no estaba compelido a actuar en *“bancada”* con los demás miembros electos de los partidos que integraron la coalición.

No puede desconocerse que la formación de coaliciones y alianzas es una vieja práctica inherente a la actividad política que responde a coincidencias o intereses episódicos, que son tan variables y cambiantes como lo es la política misma, motivo por el cual no resulta factible entender que en el indescifrable devenir de la actividad política una organización deba permanecer atada a los acuerdos y compromisos del pasado.

Ahora bien, aunque el Consejo Nacional Electoral expidió en fecha reciente la Resolución 2151 de 2019, mediante la cual reguló expresamente el contenido de las coaliciones para corporaciones públicas y proclamó el carácter vinculante⁶⁷ de

⁶⁶ Hecho 4, de la solicitud de pérdida de investidura, folio 3, C.1.

⁶⁷ **Artículo Primero:** Acuerdo de Coalición. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que decidan coaligarse para presentar lista de candidatos en coalición para corporaciones públicas, deberán registrar en el momento de inscripción a la lista, el correspondiente acuerdo de coalición, que tendrá como mínimo, lo siguiente: a. Descripción clara y expresa de la filiación política de cada uno de los candidatos y de las organizaciones políticas que otorga expresamente el aval.(...) h. Reglas para la actuación de los elegidos en las correspondientes bancadas. **Artículo**

los acuerdos, también es cierto que en el mes de diciembre de 2017, cuando se suscribió el acuerdo de la coalición de “*los decentes*”, esa resolución no se hallaba vigente y en consecuencia, atendiendo a la naturaleza sancionatoria del juicio de pérdida de investidura, y por razones estrechamente asociadas al debido proceso, no resulta procedente hacer un pronunciamiento sobre el alcance de dicho acto administrativo y menos aún darle aplicación al presente caso.

En todo caso, como la pérdida de investidura es una acción de naturaleza sancionatoria que de llegar a prosperar afecta de por vida al congresista, al privarlo de la oportunidad de volver ser elegido en un cargo de elección popular, no resulta jurídicamente viable hacer interpretaciones extensivas encaminadas a tipificar como conductas sancionables aquellas acciones y omisiones que el ordenamiento jurídico no ha calificado como tales. Este razonamiento apunta a señalar que el hecho de desconocer los compromisos consignados en un acuerdo de coalición o de desconocer las directrices aprobadas por los movimientos políticos coaligados, no se encuentra catalogado dentro de las conductas sancionables en este tipo de procesos.

c. La ausencia de declaración de impedimento o recusación.

Es bien sabido que los congresistas están obligados a declararse impedidos para participar en los debates o votaciones en las cuales deban intervenir, cuando adviertan que están incurso en alguna de las causales de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses que se encuentran previstas por el ordenamiento jurídico. La recusación, a su turno, procede cuando quien advierte dicho impedimento es un tercero y así lo hace saber para que el legislador se aparte del asunto sometido a su consideración.

En el caso *sub examine* está demostrado que el Senador Jonatan Tamayo Pérez no manifestó ningún impedimento ni tampoco fue recusado en la labor legislativa objeto de censura por los solicitantes, en la que efectivamente participó y votó.

Sobre el particular, la Sala estima que no hay elementos de juicio razonables y objetivos para reprocharle al congresista el hecho de no haber manifestado su impedimento, pues no hay evidencias de que estuviere incurso en una situación

Segundo: Carácter vinculante del acuerdo. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por lo tanto, los partidos y movimientos políticos se obligan a cumplir las estipulaciones del mismo.”

que comprometiera su objetividad e imparcialidad en el ejercicio de su función legislativa. Valga resaltar al respecto, que la jurisprudencia de la Corporación ha venido indicando que la causal de pérdida de investidura descrita en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución no sanciona el hecho de no declararse impedido, sino el que vote una decisión estando incurso en un conflicto de intereses.

d. Que el congresista haya participado y/o votado en los debates

Sobre el particular, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha señalado que la participación del congresista cuestionado en el debate y votación de un proyecto sobre el cual valore que puede estar incurso en un conflicto de intereses, es una exigencia *sine qua non* para poder decretar la pérdida de investidura, obviamente cuando dicha participación se realiza bajo la existencia de un verdadero conflicto de intereses.

En el *sub lite*, está acreditado, según el informe allegado al proceso por la Secretaria General del Senado de la República⁶⁸, que el Senador Tamayo Pérez votó positivamente los proyecto de Ley, acto legislativo y objeciones presidenciales tantas veces referidos en párrafos anteriores.

En cuanto concierne a la afirmación de los solicitantes según la cual el Senador Tamayo “*depositó su voto para la plancha de la coalición de Gobierno de la mesa del Senado de la República, en contraposición a la decisión de la coalición*”⁶⁹, ésta no fue demostrada, dado que no se allegó al proceso la prueba de dicha votación ni fue solicitada en la demanda. En todo caso, aun en el caso de ser cierta esa aseveración, los hechos a los que alude tampoco dan lugar a decretar la pérdida de investidura, como tampoco el hecho de que el Senador Tamayo se haya referido en términos desobligantes y peyorativos a los demás senadores de la coalición, por tratarse de afirmaciones que no guardan una incidencia directa con los elementos configurativos de la causal de pérdida de investidura que se analizó en el presente juicio.

5. Decisión de fondo

⁶⁸ Folios 153 a 173 Cuaderno 1 y CD en folio 174 C. 1.

⁶⁹ Folio 11, C.1.

Por todo lo expuesto en estas consideraciones, esta Sala Novena Especial de Decisión concluye que el Senador Jonatan Tamayo Pérez no incurrió en la causal de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 numeral 1 de la Constitución Política, motivo por el cual despachará negativamente las pretensiones de la demanda.

En atención a la solicitud formulada por el señor agente del Ministerio Público, se correrá traslado de esta providencia a la Comisión de Ética del Congreso de la República, para lo de su competencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Novena Especial de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero: **NEGAR LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA** del Senador, señor **Jonatan Tamayo Pérez** por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

Segundo: **REMITIR COPIA** de esta providencia a la Comisión de Ética del Congreso de la República, de conformidad con las consideraciones de esta providencia, para que adopte las decisiones que en derecho correspondan.

Tercero: **REMITIR COPIA** de esta providencia a la Secretaría General del Congreso de la República y a la Mesa Directiva del Senado de la República, para su conocimiento.

Cuarto: Conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1881 de 2018, contra esta sentencia procede el recurso de apelación que deberá interponerse y sustentarse ante la Sala Novena Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL B.

ROBERTO SERRATO VALDÉS

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA