

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / INEXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL – Trámite del medio de control de nulidad electoral fue agotado / DERECHO FUNDAMENTAL A LA OPOSICIÓN POLÍTICA – Derecho fundamental autónomo

En este especialísimo caso y de manera excepcional se considera necesario hacer un pronunciamiento de fondo porque se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, a saber: (i) porque se trata de la hermenéutica propia de las normas constitucionales, (ii) porque la acción de tutela presentada ha solicitado la protección del ejercicio de la oposición que en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido elevado al rango de un «derecho fundamental autónomo» que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas. Por otra parte, es importante recordar que el medio de control de nulidad electoral se tramita en única instancia, tal y como indica el ordinal 3.º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, de allí que la ciudadana Ángela María Robledo Gómez no dispone de otro mecanismo judicial idóneo, razón que fortalece la necesidad de intervención excepcional del juez de tutela. (...) La naturaleza «autónoma» del derecho de la oposición es precisamente el punto de realce o plus de su fundamentalidad, entre otras razones, porque: (i) No depende de ningún otro derecho (conexidad, simultaneidad, etc.). (ii) Es singular porque es único, diferente. (iii) Es novedoso porque es de reciente data, a partir de la Ley 1909 de 2018. (iv) Es integral, pleno o completo y por tanto minimiza cualquier intervención o confluencia con otras normas que desvirtúen su esencia con el pretexto de llenar vacíos. (v) Prima facie, no es permeable a otras regulaciones constitucionales o legales de carácter restrictivo. (vi) Tiene un titular claramente identificado. (vii) Un objeto de protección delimitado. (viii) La protección es por vía directa lo que incluye la tutela. Este marco autoriza al juez de tutela para analizar el caso con los parámetros antes indicados puesto que se trata de un derecho fundamental autónomo que «goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas».

FUENTE FORMAL: LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 3

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Sentencia de única instancia que declaró la nulidad electoral / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA OPOSICIÓN POLÍTICA / DOBLE MILITANCIA – Norma que la contempló no previó la transversalidad ni singularidad de la figura / APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN – Derecho fundamental a la oposición política versus prohibición de doble militancia / DERECHO FUNDAMENTAL A LA OPOSICIÓN POLÍTICA – Primacía dentro del caso

La sentencia de nulidad electoral proferida el 25 de abril de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado se fundamenta esencialmente en que en el acto legislativo de 2015 guardó silencio respecto de la aplicación del régimen de doble militancia. Para ello puntualizó dos razones: (i) El derecho personal que tiene el candidato a la curul en el senado en virtud del artículo 112, superior, no puede «tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, dado que las normas constitucional y legal no establecieron ninguna limitación en este sentido». (ii) El Acto Legislativo 2 de 2015 no incluyó modificación al régimen de la doble militancia, «por lo cual es claro que también es aplicable a los candidatos a estos cargos públicos». Es evidente que la sentencia de nulidad electoral cuestionada presenta una interpretación sistemática de las normas constitucionales bajo el supuesto de que, por un lado, el silencio implica un vacío normativo el cual debe llenarse y, del



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

otro, que las normas constitucionales no tienen jerarquías formales en su interior. Al respecto el juez de tutela considera que si bien es cierto no existen jerarquías formales, sí es verdad que se han construido jerarquías interpretativas o axiológicas, en las que la ponderación resulta el ejercicio hermenéutico más útil para resolver casos difíciles como el que nos ocupa. Para tal efecto, lo primero que debemos señalar es que en la Constitución Política de Colombia no hay un monismo sino pluralismo de fines. Por ello, no podría decirse que los fines perseguidos por las normas que prohíben la doble militancia es absolutamente transversal o aplicable a una institución singular como la que corresponde a la curul prevista en el artículo 112, superior. De allí que sea necesario realizar la ponderación o balanceo de valores, principios e intereses que en un momento determinado pueden resultar contrapuestos. En este caso se aborda directamente la ponderación en sentido estricto puesto que se trata de normas constitucionales, en las que es necesario determinar el mayor peso de los valores que en este caso resultaron en contraposición, a saber: (i) La prohibición de la doble militancia que tiene como principal valor la protección de la confianza de la ciudadanía depositada en las personas que se postulan bajo las banderas de un partido o movimiento político determinado. Por esta razón se ha dicho que se expresa en dos garantías: (1) Protege y fortalece el régimen de bancadas en las corporaciones públicas; (2) garantiza la vigencia del voto programático y la imposición del programa de gobierno por mandato electoral a alcaldes y gobernadores. (ii) El derecho fundamental autónomo de la oposición del cual se deriva el «derecho personal» a ocupar una curul por obtener la segunda votación en las elecciones presidenciales, que tiene implícito el valor de la democracia participativa y pluralista. Al hacer el ejercicio de ponderación para este juez de tutela, el resultado de la ecuación es favorable al amparo del «derecho fundamental autónomo» y por tanto debe retroceder la prohibición de la doble militancia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-03079-01(AC)

Actor: ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ

Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN QUINTA

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

F.T: 23



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

Temas: Tutela contra providencia judicial dictada en proceso de nulidad electoral en la que se declaró la nulidad del acto demandado por doble militancia.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, decide la impugnación presentada por la parte accionante en contra de la sentencia del 12 de diciembre de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

ANTECEDENTES

Medio de control de nulidad electoral

Los señores Juan Carlos Calderón España, Fabián Esteban Cano Álvarez y Martín Emilio Cardona Mendoza instauraron demandas de nulidad electoral, las cuales fueron acumuladas. Por su parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de única instancia con fecha 25 de abril de 2019 declaró la nulidad de la Resolución 1595 del 19 de julio de 2018, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral reconoció que la ciudadana Ángela María Robledo Gómez tenía el derecho a ocupar una curul en la Cámara de Representantes, durante el período constitucional 2018-2022. Como consecuencia de ello canceló la credencial que la acreditaba como congresista.

La Sección Quinta concluyó en la sentencia de nulidad electoral que en efecto la ciudadana Ángela María Robledo Gómez incurrió en doble militancia, por no renunciar a la curul que ocupaba en la Cámara de Representantes, por el Partido Alianza Verde, doce meses antes del primer día de su inscripción como candidata a la Vicepresidencia de la República¹.

Para mayor precisión se transcriben los párrafos pertinentes (ff. 213-223):

«[...] En este caso está probado que en la misma fecha en que renunció a la militancia en el Partido Alianza Verde por el cual fue elegida representante a

¹ El 16 de marzo de 2018, la ciudadana Robledo Gómez inscribió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil su candidatura a la Vicepresidencia de la República como fórmula del aspirante a la Presidencia Gustavo Francisco Petro Urrego, por la coalición Petro Presidente integrada por el Grupo Significativo de Ciudadanos Colombia Humana y el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS).



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

la Cámara para el período 2014-2018, la congresista demandada formalizó ante la Registraduría Nacional su aspiración a la Vicepresidencia de la República en nombre de la coalición formada por dos agrupaciones políticas diferentes de aquella colectividad a la cual pertenecía.

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

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

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

Subraya la Sala que la existencia de dicho régimen de inhabilidades no excluye la vigencia de la doble militancia para tales cargos, como lo admitió esta corporación en sentencia de noviembre 12 de 2015 al asumir el estudio de la aplicación de dicha figura respecto de la elección de estos altos dignatarios del Estado.

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

Argumentos del salvamento de voto en la nulidad electoral.

La magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez se apartó de la decisión mayoritaria de la Sección Quinta con las siguientes razones: (i) El acto demandado no puede ser juzgado vía medio de control de nulidad electoral, por ser de mera ejecución, por tanto, debió solicitarse la nulidad del acto declaratorio de la elección del presidente y vicepresidente de la República. (ii) La modalidad de doble militancia



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

consagrada en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución no resulta aplicable a la elección de presidente y vicepresidente de la República, porque se refiere exclusivamente a la reelección de miembros de corporaciones públicas. (iii) La curul obtenida por la demandada no deviene directamente del favor popular sino de un derecho personal que materializa el otorgamiento de una garantía del control político y en el sistema de pesos y contrapesos que conjuga oficialismo, independencia y oposición legítimamente constituida. La expresión “siguiente elección”, contenida en el inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política se refiere a la próxima a realizarse para la misma corporación pública y, por contera, no debe entenderse como aquella que sigue para cualquier elección popular, pues eso no está definido por la norma constitucional y tampoco puede ser el operador jurídico quien fije su alcance.

Fallo de tutela de primera instancia

La ciudadana Ángela María Robledo Gómez presentó acción de tutela el 2 de julio de 2019 en contra de la sentencia de nulidad electoral. En consecuencia, la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado avocó el conocimiento y profirió fallo el 12 de diciembre de 2019 en el que negó el amparo solicitado, porque estimó que en la sentencia cuestionada en ningún momento se desconoció el derecho personal de la accionante a ocupar el cargo de representante a la Cámara durante el período constitucional 2018-2022 y que una cosa distinta es que ese derecho no pueda tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, por cuanto el constituyente, ni el legislador dispusieron salvedad alguna. En ese sentido, determinó que no se transgredió el artículo 112 de la Constitución Política, ni se aplicó de forma indebida; así, como tampoco se interpretó erróneamente su alcance o contenido. Expresó que lo pretendido por la peticionaria es imponer su propia interpretación normativa, ante el desacuerdo con la sentencia proferida.

Impugnación del fallo de tutela

El 13 de enero de 2020 la parte accionante impugnó la sentencia dictada en primera instancia². En síntesis, afirmó que, tanto la Sección Quinta (en sede del juicio de nulidad electoral) como la Sección Tercera (en sede de tutela), debieron tener en cuenta que la curul de la Cámara de Representantes no le fue otorgada a la ciudadana por presentarse a las elecciones como candidata al Congreso de la República, sino que ello se derivó de una consecuencia directa del mandato del artículo 112 *ibidem*. Insistió en que el presidente y el vicepresidente de la República cuentan con causales de inhabilidad que son cerradas, rigurosas y taxativas, contenidas en el artículo 197 constitucional, por lo cual no es posible extender el

² La impugnación fue sustentada el 5 de febrero de la misma anualidad.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

régimen de doble militancia, que es aplicable únicamente a las corporaciones públicas, gobernaciones y alcaldías.

En igual sentido sostuvo que la aquí accionante llegó al Congreso en virtud de una norma posterior a la que consagró los eventos donde se sanciona la doble militancia.

Al respecto, indicó que la prohibición de la doble militancia apareció por primera vez en el Acto Legislativo 01 de 2003, con el cual se introdujo al artículo 107 constitucional, y se reafirmó en el inciso 12 del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2009, lo que cambió con la expedición de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 1475 del mismo año. Expuso que esta última ley no es aplicable para quienes se postulan a la presidencia y vicepresidencia de la República.

Explicó que la doble militancia está destinada a proteger la confianza ciudadana depositada en las personas que se postulan bajo un partido o movimiento político determinado y tiene una doble dimensión: fortalecer el régimen de bancadas y garantizar la vigencia del voto programático y la imposición del programa de gobierno por mandato electoral a alcaldes y gobernadores, lo cual no se acompasa con los cargos de presidente y vicepresidente de la República. Reiteró que la doble militancia no hace parte de la disposición constitucional consagrada en el artículo 197, y en consecuencia, no puede derivarse del inciso 12 del artículo 107, *ibídem*.

En igual sentido, aseveró que en ningún lugar de la Constitución Política existe previsión que ordene a quien aspire al cargo de presidente o al de vicepresidente de la República renunciar a la curul doce meses antes de la inscripción si se postula por un partido o movimiento político diferente, pues ella sólo es para quienes quieran ocupar nuevamente una curul en el Congreso de la República.

El derecho personal de ocupar una curul en el Senado o Cámara de Representantes, en caso de obtener la segunda votación, se fundamenta en el artículo 112 de la Constitución Política. Resaltó que se trata de una figura nueva en el ordenamiento jurídico colombiano que tiene el fin de facilitar el ejercicio de la oposición y control político al gobierno electo, por lo que no puede concluirse que ese cargo es similar al que ocupan los demás congresistas.

Por último, sobre el desconocimiento del precedente judicial, insistió en que se incurrió en esta causal porque no se tuvo en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre la prohibición de aplicar interpretaciones extensivas o analógicas a las causales de inhabilidad. Considera que la Sección Quinta cambió su precedente en relación con el alcance que se le dio a la expresión «siguiente elección» del artículo 107 constitucional, comoquiera que en un primer momento se utilizó para hacer referencia a quienes ocupaban un cargo en las corporaciones públicas y buscaban



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

alcanzar una curul de similar naturaleza con el apoyo de otro partido en el período siguiente y en la sentencia cuestionada extendió la interpretación a las elecciones presidenciales.

Concretamente señaló que en la sentencia del 6 de octubre de 2016 la Sección Quinta afirmó que dicha expresión debía entenderse como las pautas destinadas a quienes ocupan un cargo en las corporaciones públicas y buscan alcanzar una dignidad de similar naturaleza por otro partido, en el período que sigue al que está en curso. Reiteró que la Sección no aplicó la regla de «jurisprudencia anunciada», según la cual, si hay una variación significativa en la decisión judicial, esta tendrá aplicación a futuro, para que no afecte las garantías de las partes.

CONSIDERACIONES

- Competencia

La Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 25 del Acuerdo 080 de 2019³, en cuanto regula que *«Las tutelas que sean de competencia del Consejo de Estado en primera instancia y en segunda instancia se someterán a reparto por igual entre todos los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo y serán resueltas por la sección o subsección de la cual haga parte el magistrado a quien le haya correspondido el reparto»*.

- Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la Corte Constitucional⁴ y el Consejo de Estado⁵ han indicado que es excepcional su procedencia, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y las causales específicas de procedencia (defectos).

³ Por medio del cual se modificó el reglamento interno del Consejo de Estado.

⁴ Al respecto ver, entre otras, sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-1090 de 2012, T-074 de 2012, T-399 de 2013, T-482 de 2013, T-509 de 2013, T-254 de 2014, T-941 de 2014 y T-059 de 2015.

⁵ Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n.º 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, entre otras providencias, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005. Este cambio jurisprudencial llevó a concluir a la Corte que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela, por causa de otros defectos adicionales a la vía de hecho, los cuales no implican necesariamente la existencia de una decisión arbitraria y caprichosa del juez, por lo que se empezó a utilizar el concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción⁶.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, concluyó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional. Veamos:

Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Estos son los siguientes: (i) la cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) cuando se alegue una irregularidad procesal, la misma debe ser decisiva en la sentencia que se controvierte y afectar derechos fundamentales; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y; (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión cuestionada y se resumen así⁷: a) defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto ocurre cuando el juez carece de apoyo probatorio, la valoración es absolutamente equivocada o no tiene en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir la decisión; d) defecto material o sustantivo, en los eventos en los que la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto. De igual forma, como

⁶ Ver sentencia T-367 de 2018.

⁷ Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, T-176 de 2016, SU-573 de 2017, entre otras.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

consecuencia de que la competencia asignada a los jueces para interpretar y aplicar las normas jurídicas no es completamente absoluta, aunque se funde en el principio de autonomía e independencia judicial, ya que esa actividad está limitada por el orden jurídico preestablecido «y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho»⁸; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política.

Es importante advertir que, si la decisión judicial cuestionada incurrió en alguna de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional.

- Procedencia de la acción de tutela contra providencias del Consejo de Estado

Se recuerda que la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014 proferida por la Sala Plena consideró que excepcionalmente pueden ser pertinente la tutela contra decisiones judiciales proferida por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en pronunciamientos recientes, la Corte Constitucional⁹ ha sostenido que la procedencia de las acciones de tutela dirigidas para debatir sentencias judiciales dictadas por altas corporaciones debe ser más restrictiva, por lo cual, además de los requisitos generales de procedencia y los específicos de procedibilidad, debe acreditarse la existencia de una irregularidad que desconozca abiertamente mandatos constitucionales o que resulte incompatible con la jurisprudencia sentada por el máximo tribunal constitucional sobre el alcance de un derecho fundamental y, que por ende, requiera la imperiosa intervención del juez constitucional, en pro de la salvaguarda de los derechos fundamentales.

En este especialísimo caso y de manera excepcional se considera necesario hacer un pronunciamiento de fondo porque se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, a saber: (i) porque se trata de la hermenéutica propia de las normas constitucionales, (ii) porque la acción de tutela presentada ha solicitado la protección del ejercicio de la oposición que en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido elevado al rango de un «derecho fundamental autónomo» que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas.

⁸ Ver sentencias T-757 de 2009 y T-367 de 2018.

⁹ Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional: SU-917 de 2010, SU-074 de 2016, SU-050 de 2017, SU-573 de 2017, SU-050 de 2018 y SU-072 de 2018.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

Por otra parte, es importante recordar que el medio de control de nulidad electoral se tramita en única instancia, tal y como indica el ordinal 3.º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, de allí que la ciudadana Ángela María Robledo Gómez no dispone de otro mecanismo judicial idóneo, razón que fortalece la necesidad de intervención excepcional del juez de tutela.

En conclusión, se hará el análisis del defecto sustantivo en que pudo haber incurrido la Sección Quinta del Consejo de Estado al proferir la sentencia de nulidad electoral, no porque se trate de una interpretación arbitraria o irrazonable, nada más lejos de ello, sino porque el juez de tutela debe examinar si se ha vulnerado el derecho fundamental autónomo de la oposición.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico puede resumirse en las siguientes preguntas:

¿La interpretación del inciso final del artículo 107, superior, consignada en la sentencia de nulidad electoral proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que regula la prohibición de la doble militancia, es aplicable al caso de la ciudadana Ángela María Robledo? ¿En el ejercicio hermenéutico constitucional debió prevalecer el derecho fundamental autónomo de la oposición?

La Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que en este caso debió prevalecer el derecho fundamental autónomo de la oposición y por tanto la interpretación del inciso final del artículo 107, superior, no fue armónica con los mandatos constitucionales. Las principales razones son las siguientes:

EL DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO DE LA OPOSICIÓN.

Los derechos humanos se han clasificado en tres generaciones: (i) Los derechos de primera generación, esto es, los derechos civiles y políticos¹⁰ que en esencia son garantía de la dignidad y la libertad humana¹¹, a partir de la no intervención arbitraria del Estado en la vida de las personas y la protección para los ciudadanos de que puedan influir en la conformación y ejercicio del poder político de su país. (ii) Los derechos de la segunda generación, conformada por el conjunto de garantías

¹⁰ Corte Constitucional. T-160-11.

¹¹ La lista de los derechos de esta generación se encuentra en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789. Ver Corte Constitucional. T-008-92.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

también denominadas «derechos asistenciales»¹² o «principios programáticos»¹³ que son progresivos¹⁴ y su mayor referente lo encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵. (iii) Los derechos de tercera generación también denominados «solidarios»¹⁶ o «colectivos» referidos al derecho a la paz, al entorno (ambiente sano), al patrimonio común de la humanidad y el derecho al desarrollo económico y social. Se diferencian estos derechos de los de la primera y segunda generación en cuanto persiguen garantías para la humanidad considerada globalmente.

Dentro de la clasificación de los derechos humanos que se acaba de enunciar, el «derecho autónomo a la oposición» puede ubicarse esencialmente en aquellos denominados de primera generación, porque está compuesto por manifestaciones de los derechos a la libertad de expresión, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, entre otros. En todo caso, independientemente de lo anterior, el criterio de «fundamentalidad» que se le dio a ese derecho, tiene mayor relevancia¹⁷ en este análisis, *a fortiori*, si las normas jurídicas han elevado el derecho al rango de fundamental y autónomo.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 1909 de 2018 regula que: «[...] De conformidad con los artículos 40 y 112 de la Constitución Política, la oposición es un derecho fundamental autónomo que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas. [...]».

La categoría de «derecho fundamental autónomo de la oposición» al que ha sido encumbrado el ejercicio efectivo del disenso, responde a la necesidad de garantizar en el ordenamiento jurídico colombiano un amplio marco de la democracia política, el cual facilita el despliegue de antagonismos, no como enemigos, sino como contradictores políticos, con la posibilidad constitucional de que los actores políticos puedan utilizar los nuevos escenarios para desplegar estrategias públicas y con

¹² Corte Constitucional. T-008-92.

¹³ Ver BALDASSARRE, Antonio. Revista Derecho del Estado núm. 5, agosto 1998. Los Derechos Sociales. Página 11.

¹⁴ El Concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Por esto, se requiere de un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las necesidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar su plena efectividad. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 3).

¹⁵ Ratificado por Colombia, mediante la Ley 74 de 1976.

¹⁶ Corte Constitucional. T-008-92.

¹⁷ Corte Constitucional. T-160-11.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

reglas de juego que garantizan la solución pacífica de las grandes discrepancias nacionales e intereses contrapuestos¹⁸.

Se advierte que, tal y como aconteció con Ley 1751 de 2015, que consagró el «derecho fundamental a la salud» como autónomo, el poder constituyente derivado prefirió esclarecer la fundamentalidad del derecho a la oposición política, al ser explícito en la «autonomía» como característica relevante¹⁹. Si bien en la exposición de motivos del proyecto de ley estatutaria se reconoció que no era necesario el señalamiento expreso de «autonomía» al tratarse de un derecho fundamental, optó por hacerlo, ante la importancia que representa para una democracia participativa y pluralista la inclusión de todos los integrantes de la sociedad, desde múltiples perspectivas de ideología, raza, género, origen, religión, institución o grupo social al que pertenezcan y por sobre todo, con el fin de minimizar interpretaciones que velada o directamente coarten el derecho a la oposición.

La naturaleza «autónoma» del derecho de la oposición es precisamente el punto de realce o plus de su fundamentalidad, entre otras razones, porque: (i) No depende de ningún otro derecho (conexidad, simultaneidad, etc.). (ii) Es singular porque es único, diferente. (iii) Es novedoso porque es de reciente data, a partir de la Ley 1909 de 2018. (iv) Es integral, pleno o completo y por tanto minimiza cualquier intervención o confluencia con otras normas que desvirtúen su esencia con el pretexto de llenar vacíos. (v) *Prima facie*, no es permeable a otras regulaciones constitucionales o legales de carácter restrictivo. (vi) Tiene un titular claramente identificado. (vii) Un objeto de protección delimitado. (viii) La protección es por vía directa lo que incluye la tutela.

Este marco autoriza al juez de tutela para analizar el caso con los parámetros antes indicados puesto que se trata de un derecho fundamental autónomo que «goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas».

EL SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO EN COLOMBIA -Inhabilidades-

¹⁸ La filósofa y politóloga belga Chantal Mouffe precisa lo siguiente: «[...] Concibo “lo político” como la dimensión de antagonismo que considero constitutiva de las sociedades humanas, mientras que entiendo a “la política” como el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad derivada de lo político [...] La dimensión antagónica está siempre presente, es una confrontación real, pero que se desarrolla bajo condiciones reguladas por un conjunto de procedimientos democráticos aceptados por los adversarios [...]» (ver: Chantal Mouffe. En torno a lo político. Fondo de la Cultura Económica, Buenos Aires, 2007. pp. 16, 28)

¹⁹ El doctrinante Luigi Ferrajoli afirma: «[...] son “fundamentales” los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto a ciudadanos o en cuanto capaces de obrar [...]» Ver FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del más débil. Traducción de Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, Séptima Edición, 2010. Página 37.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

El sistema presidencial de gobierno²⁰ en Colombia está legitimado con la elección por votación popular del presidente de la República²¹ y de su consagración constitucional como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa²². Junto al primer mandatario, el vicepresidente de la República es elegido en la misma fórmula por votación directa²³.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en el escrito de contestación de la tutela, argumenta que en la sentencia de nulidad electoral el problema jurídico está exclusivamente referido a la configuración de la «doble militancia política» por el hecho de no haber renunciado a la curul en el lapso previsto legalmente para su aspiración al nuevo cargo de vicepresidente y, por tanto, considera que desde aquella perspectiva no era del caso ahondar en el análisis de las causales de inhabilidad previstas en el artículo 197, superior.

Contrario a lo indicado en la sentencia de nulidad electoral aquí cuestionada, este juez de tutela sí considera pertinente y constitucionalmente relevante el análisis del alcance de la regulación integral que consagra el artículo 197 de la Constitución Política respecto de las inhabilidades para ocupar los cargos de presidente y vicepresidente de la República.

Prima facie, se resalta que el artículo 188 de la Constitución Política indica que el Presidente de la República simboliza la unidad nacional y por ello al tomar posesión de su cargo jura cumplir la Constitución y las leyes, y se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos.

De allí se explica que el artículo 197 de la Constitución Política de Colombia regule de manera precisa y diferenciada las causales de inhabilidad cuando se trata de ocupar los cargos de presidente y vicepresidente de la República. En efecto, el citado artículo, modificado por el artículo 9.º del Acto Legislativo 2 de 2015, indica que no podrá ser elegido presidente de la República si se presentan las siguientes circunstancias:

- (i) Si el ciudadano hubiere ejercido la presidencia. Esta prohibición no cobija al vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio.
- (ii) Si hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, esto es: «[...] 1) quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena

²⁰ Conocido también como presidencialismo.

²¹ Artículo 190 de la Constitución Política.

²² Artículo 189 de la Constitución Política.

²³ Artículo 202 de la Constitución Política.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; [...] 4) quienes hayan perdido la investidura de congresista; [...] 7) quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento».

- (iii) Si el ciudadano, que un año antes de la elección, haya tenido la investidura de vicepresidente o ejercido cualquiera de los siguientes cargos: ministro, director de Departamento Administrativo, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, o del Consejo Nacional Electoral, procurador general de la Nación, defensor del Pueblo, contralor general de la República, fiscal general de la Nación, registrador nacional del Estado Civil, comandantes de las Fuerzas Militares, auditor general de la República, director general de la Policía, gobernador de departamento o alcalde.

De acuerdo con lo anterior, es de resaltar que tal y como lo señaló la consejera de Estado Lucy Jeannette Bermúdez en su salvamento de voto frente a la sentencia cuestionada en esta acción de tutela, las condiciones de elegibilidad para acceder a los cargos de presidente y vicepresidente de la República están reservadas a las disposiciones constitucionales. En ese sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-015 de 2004 precisó lo siguiente:

«[...] No obstante, la regla general de competencia legislativa para fijar el régimen de inhabilidades de los distintos cargos públicos encuentra una excepción en lo tocante a los cargos de Congresista o Presidente de la República, puesto que tal y como ha reconocido en anteriores oportunidades esta Corporación, los artículos pertinentes de la Constitución establecen un sistema cerrado y no facultan expresamente al Legislador para agregar nuevas inhabilidades a la enumeración efectuada por el Constituyente (artículos 179 y 197, C.P.). Por eso, la jurisprudencia de la Corte ha concluido que “el legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia».
(Negrita fuera de texto).



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

De esta manera, en lo que concierne a los cargos de presidente y vicepresidente de la República, dada la inescindible relación que los vincula, toda previsión legal debe despojarse de cualquier alcance que establezca límites de acceso no contemplados en la Constitución Política.

Así, las normas de la Ley 1475 de 2011 que establecen reglas para evitar la doble militancia, aunque jurisprudencialmente se le ha tratado de manera autónoma frente a las inhabilidades e incompatibilidades, para la acción de nulidad electoral deben tenerse como figuras equiparables, «*pues se trata de una situación vista con el potencial de viciar la legalidad del acto electoral, lo que de suyo la convierte en una condición de elegibilidad, o lo que es lo mismo, un límite para el acceso a cargos públicos*»²⁴.

LA RELACIÓN DE PESO Y CONTRAPESO.

Se ha observado que el fortalecimiento del sistema presidencial de gobierno ha incentivado el desarrollo de pesos y contrapesos, de tal suerte que se ha reforzado la función de control político por parte del Congreso. Puede decirse que el desmonte de las reservas de ley se compensa con un control político más estricto²⁵.

Este pensamiento ha inspirado la inclusión de diversos mecanismos de control propios de los sistemas parlamentarios en las más recientes constituciones de América Latina. Así, a pesar de provenir de un sistema distinto al presidencialismo, se ha considerado que la moción de censura, las preguntas y las interpelaciones, junto al tradicional juicio político o *impeachment*, equilibran las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo²⁶. En el mismo sentido se puede afirmar que la autorización constitucional de una curul en el Congreso como «derecho personal» de quien ha logrado la segunda votación en las elecciones presidenciales (artículo 112, superior), son instituciones que dan mayor vigor al pluralismo político.

Varias son las dificultades que ha originado esta arquitectura constitucional fundada en nuevos e interesante mecanismos de control del sistema presidencialista, entre los que se destaca la legitimidad del presidente que deviene del voto popular y que por tanto no depende de la confianza del Congreso; de allí que en el presidencialismo el legislativo no tiene una preeminencia sobre el ejecutivo, como sí ocurre en el régimen parlamentario²⁷.

²⁴ Salvamento de voto de la consejera de Estado Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁵ Cfr. Carlos Bernal Pulido, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho n.º 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 46-47.

²⁶ *Ibidem*, p. 47.

²⁷ *Ibidem*, pp. 47-48.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

Otra particularidad en el sistema presidencial de Colombia se percibe en que el electorado que acompaña la elección presidencial puede diferir significativamente o se entreteje y difumina respecto del que acompaña a los congresistas. Por ello se ha indicado que mientras el primero tiende a actuar impulsado por el interés nacional, los segundos concentran sus preocupaciones en temas más locales²⁸.

En este contexto, se hace necesario que en asuntos como el que se trata en esta sentencia de tutela se desarrolle un ejercicio de ponderación que permita equilibrar el ejercicio del poder público entre el ejecutivo y el legislativo, que haga efectivo el principio de los pesos y contrapesos necesarios para preservar las libertades y la democracia, lo cual es pertinente porque se ha invocado en esta acción de tutela el «derecho fundamental autónomo» de la oposición.

LA CURUL COMO DERECHO PERSONAL -ART. 112, CONSTITUCIONAL-

Es notoria la evolución que ha tenido el artículo 112, constitucional, el que en su redacción original garantiza los derechos de la oposición, que se resume en el libre ejercicio de la función crítica al Gobierno y la posibilidad de plantear y desarrollar alternativas políticas. Esta disposición fue modificada por el artículo 5.º del Acto Legislativo 1 de 2003, que, con algunos cambios, básicamente sigue la misma línea de garantía de los derechos de la oposición.

El verdadero y significativo avance cualitativo de los derechos de la oposición es evidente en los incisos adicionados por el artículo 1.º del Acto Legislativo 2 de 2015, que constitucionalmente garantiza el «derecho personal» a ocupar una curul del candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de presidente y vicepresidente de la República.

La parte pertinente del texto constitucional adicionado es el siguiente:

«[...] 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

²⁸ Cfr. José Cheibub, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2007, citado en: Rafael Merchán Álvarez, *¿Presidencialismo o parlamentarismo? Una mirada al estado actual del debate*, serie Debate Político n.º 37, Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública, Konrad Adenauer Stiftung, Corporación Pensamiento Siglo XXI, 2009, p. 21.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación. [...]». Y precisa el siguiente inciso: «[...] 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. [...]»

Posteriormente, con el fin de “facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y duradera”, se presentó el Proyecto de Ley Estatutaria Número 03 de 2017 Senado «por medio de la cual se adopta el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las agrupaciones políticas independientes», lo que dio lugar a la Ley estatutaria 1909 del 9 de julio de 2018, conocido como Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes.

En lo que respecta a las curules en Senado y Cámara, el artículo 24 de la Ley 1909 de 2018 reglamentó, entre otras cosas, que: (i) Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos presidente y vicepresidente de la República, al ejercer su derecho personal en una curul del Senado de la República y otra en la Cámara de Representantes, respectivamente, integrarán las comisiones primeras constitucionales de las respectivas cámaras. (ii) Terminados los escrutinios electorales, la autoridad electoral les expedirá las respectivas credenciales. (iii) Se considerarán miembros adicionales de las actuales comisiones constitucionales permanentes del Senado de la República y de la Cámara de representantes. (iv) Con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones de declararse en oposición, declararse independiente o declararse organización de gobierno. (v) Formarán parte de la bancada de la misma organización política.

La Corte Constitucional en la sentencia C-018 de 2018, al efectuar el control previo del proyecto de ley estatutaria que se convirtió en la Ley 1909 de 2018, consideró que así se le brinda al candidato derrotado en las elecciones presidenciales la oportunidad de integrarse a la bancada de su partido o movimiento político en el Congreso y participar en el ejercicio de la oposición política, de manera que se consolide una alternativa de poder y así garantiza que las personas que votaron por la opción derrotada también se encuentren representadas.

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



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

política, en ejercicio de su derecho al voto²⁹. Esto último también lo adujo en relación con las curules en las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales.

En ese orden de ideas, la reforma constitucional introducida a través del Acto Legislativo 02 de 2015 y su respectiva reglamentación mediante la Ley 1909 de 2018, propende por el fortalecimiento de la democracia, para que las críticas, el disenso, la fiscalización y el control sobre la gestión del gobierno se lleven a cabo por medio de los candidatos que obtuvieron la segunda mejor votación, en representación de un electorado que los respaldó a través de un movimiento o partido político.

Se destaca entonces que quien ejerza el «derecho personal» de ocupar la curul en el Congreso, a través de la organización política a la que pertenezca, podrá intervenir en las opciones de declararse en oposición, independiente u organización de gobierno. Esto último permite afirmar que las curules obtenidas a través de la segunda votación no siempre serán de oposición, porque ello dependerá de la decisión adoptada por el partido, movimiento político o coalición que apoyó al candidato que fue derrotado en la contienda electoral, pero que fue segundo en votación. Ahora bien, en el caso bajo examen es un hecho notorio que la ciudadana Angélica María Robledo y la coalición, partidos u organizaciones que la apoyaron son de oposición.

El «derecho personal» de linaje constitucional que consagra el artículo 112, acompañado con el «derecho fundamental autónomo» de la oposición, analizado en acápite anterior, tiene varias características que resultan pertinentes rotular en esta sentencia de tutela para efectos de la ponderación que más adelante se realizará. Veamos (se reitera):

- 1) Es singular, porque es único e incomparable con cualquier otro derecho político.
- 2) Es personal, lo cual significa que es intransferible, que puede ser aceptado o no, sin que ello tenga consecuencias, por ejemplo, supuesta pérdida de investidura.

²⁹ En efecto, este tipo de fórmulas buscan profundizar el pluralismo político, caracterizado así en la sentencia C-490 de 2011: «[...] En contraposición con la Constitución de 1886 que circunscribía el ejercicio de la actividad política de los ciudadanos al sufragio universal y libre, la democracia constitucional contemporánea prevé un cambio cualitativo sobre este tópico, que (i) amplía las modalidades de participación democrática en instancias que van más allá que la elección representativa; y (ii) supera la concepción individualista, a través de la previsión de fórmulas que reconocen el pluralismo político, entendido como la necesidad de incorporar al debate democrático las diferentes tendencias ideológicas existentes en la sociedad, al igual que las distintas vertientes de identidad social y comunitaria, entre ellas las derivadas de perspectivas de género, minorías étnicas, juventudes, etc. [...]»



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

- 3) Es autónomo porque no depende de ninguna otra circunstancia diferente a la de haber obtenido la segunda votación en las elecciones presidenciales.
- 4) Es novedoso porque es de reciente data y por tanto no existen antecedentes constitucionales, pocos desarrollos jurisprudenciales o doctrinales.
- 5) Es un derecho integral o pleno, lo cual significa que no requiere de normas constitucionales o legales que lo apoyen o lo limiten, con el pretexto de llenar vacíos.
- 6) No es permeable a otras regulaciones constitucionales o legales de carácter restrictivo.
- 7) Tiene un titular claramente identificado.
- 8) Su objeto de protección es delimitado.
- 9) Es susceptible de protección directa por la vía de la acción de tutela.

LA PONDERACIÓN PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO.

La sentencia de nulidad electoral proferida el 25 de abril de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado se fundamenta esencialmente en que en el acto legislativo de 2015 guardó silencio respecto de la aplicación del régimen de doble militancia. Para ello puntualizó dos razones: (i) El derecho personal que tiene el candidato a la curul en el senado en virtud del artículo 112, superior, no puede *«tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, dado que las normas constitucional y legal no establecieron ninguna limitación en este sentido»*. (ii) El Acto Legislativo 2 de 2015 no incluyó modificación al régimen de la doble militancia, *«por lo cual es claro que también es aplicable a los candidatos a estos cargos públicos»*.

Es evidente que la sentencia de nulidad electoral cuestionada presenta una interpretación sistemática de las normas constitucionales bajo el supuesto de que, por un lado, el silencio implica un vacío normativo el cual debe llenarse y, del otro, que las normas constitucionales no tienen jerarquías formales en su interior.

Al respecto el juez de tutela considera que si bien es cierto no existen jerarquías formales, sí es verdad que se han construido jerarquías interpretativas³⁰ o axiológicas³¹, en las que la ponderación resulta el ejercicio hermenéutico más útil para resolver casos difíciles como el que nos ocupa.

³⁰ Ver LÓPEZ MEDINA, Diego. Interpretación judicial. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2ed. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p. 39

³¹ «[...] Además, casi todos parecen suponer que las relaciones jerárquicas preexisten a la interpretación, de manera que los intérpretes no pueden hacer más que tomar nota de ellas. No obstante, las cosas no son tan simples. Si echamos un vistazo desencantado, será evidente que algunas relaciones jerárquicas no son “halladas”, sino más bien creadas por los intérpretes. Es este el caso, por ejemplo, de la relación axiológica que subsiste entre los principios fundamentales o generales y las normas específicas o de detalle. Es este el caso, también, de la relación entre la



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

Para tal efecto, lo primero que debemos señalar es que en la Constitución Política de Colombia no hay un monismo sino pluralismo de fines³². Por ello, no podría decirse que los fines perseguidos por las normas que prohíben la doble militancia es absolutamente transversal o aplicable a una institución singular como la que corresponde a la curul prevista en el artículo 112, superior. De allí que sea necesario realizar la ponderación o balanceo de valores, principios e intereses que en un momento determinado pueden resultar contrapuestos.

En este caso se aborda directamente la ponderación en sentido estricto puesto que se trata de normas constitucionales, en las que es necesario determinar el mayor peso de los valores que en este caso resultaron en contraposición, a saber: (i) La prohibición de la doble militancia que tiene como principal valor la protección de la confianza de la ciudadanía depositada en las personas que se postulan bajo las banderas de un partido o movimiento político determinado. Por esta razón se ha dicho que se expresa en dos garantías: (1) Protege y fortalece el régimen de bancadas en las corporaciones públicas; (2) garantiza la vigencia del voto programático y la imposición del programa de gobierno por mandato electoral a alcaldes y gobernadores. (ii) El derecho fundamental autónomo de la oposición del cual se deriva el «derecho personal» a ocupar una curul por obtener la segunda votación en las elecciones presidenciales, que tiene implícito el valor de la democracia participativa y pluralista.

Al hacer el ejercicio de ponderación para este juez de tutela, el resultado de la ecuación es favorable al amparo del «derecho fundamental autónomo» y por tanto debe retroceder la prohibición de la doble militancia. Las principales razones son las siguientes:

- 1) Las causales constitucionales de inhabilidad e incompatibilidad son de carácter taxativo (art. 197, 179, y demás normas concordantes). La jurisprudencia ha indicado que el legislador no tiene competencia para modificar los límites fijados directamente por el constituyente, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2001. *A fortiori*, al juez de la nulidad electoral no le es dado extender las causales de inhabilidad constitucionales bajo los supuestos del silencio o vacío que no es aplicable cuando se trata de un «derecho fundamental autónomo», el cual se destaca por la singularidad e integridad o plenitud.

Constitución y ciertos principios “supraconstitucionales” que, según la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales, de ninguna forma pueden ser exceptuados o modificados: ni siquiera con el procedimiento de revisión constitucional [...]. Riccardo Guastini, *Las fuentes del derecho, fundamentos teóricos*, 2.^a ed., trad. César E. Moreno More, Lima, Legales Ediciones, 2017, p. 376.

³² Diego López Medina, *op cit.* p. 41



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

- 2) Si la doble militancia busca proteger la confianza de la ciudadanía depositada en las personas que se postulan bajo las banderas de un partido o movimiento político determinado (*pro electoratem y pro sufragium*), se requiere un análisis más complejo y de otra dimensión, si se trata de la curul a la cual tiene «derecho personal» puesto que debe distinguirse el electorado que apoyó a la congresista Ángela María Robledo Gómez del que apoyó a la candidata a la vicepresidencia de la República. En una situación como esta, debe inclinarse la balanza en la protección del último electorado el cual es más cuantioso y fue otorgado bajo los supuestos de intereses nacionales más generales. Recuérdese lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-018 de 2018, en el que se realiza la finalidad de la curul como «derecho personal» para garantizar a las personas que votaron por la opción derrotada, que tengan representación en el Congreso de la República.
- 3) La singularidad y novedad del «derecho fundamental autónomo» de la oposición del cual se deriva el «derecho personal» a ocupar una curul en la Cámara de Representantes, regulado en el artículo 112, superior, deshabilita las interpretaciones restrictivas que puedan desnaturalizar la fundamentalidad otorgada por el ordenamiento jurídico y político.
- 4) El sistema político del Estado colombiano requiere de pesos y contrapesos en permanente equilibrio en aras de garantizar la democracia y las libertades, en este sentido, la curul que ocupaba la ciudadana Robledo Gómez resulta relevante para alcanzar tal fin.
- 5) La integralidad o plenitud de la regulación constitucional del «derecho fundamental autónomo» de la oposición, impide que, so pretexto de silencios o vacíos normativos, se extiendan inhabilidades o sanciones hasta el absurdo, *verbi gratia*, de predicar la pérdida de investidura de quien no se posesiona en uso del «derecho personal» otorgado por el artículo 112, superior.

En conclusión, la sentencia de nulidad electoral aquí multicitada incurrió en defecto sustantivo, al extender, en sentido material, la inhabilidad de doble militancia regulada en el artículo 107, superior, a una regulación constitucional de carácter singular, integral o plena del «derecho fundamental autónomo» de la oposición y, en particular, del «derecho personal» de la ciudadana Ángela María Robledo Gómez de ocupar la curul en la Cámara de Representantes.

JURISPRUDENCIA ANUNCIADA.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

La Sección Quinta del Consejo de Estado ha considerado en distintas ocasiones una interesante institución jurídica para resolver los medios de control de nulidad electoral³³, esto es, la técnica de la *prospective overruling*. La mencionada Sección primero unifica la jurisprudencia en los términos del artículo 270 del CPACA y a renglón seguido, procede a advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en las providencias, en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente y tendrán aplicación hacia el futuro³⁴. Sin embargo, es de aclarar que, en el presente asunto, no existe un precedente judicial pacífico, estable y claro alrededor de los artículos 107 y 112 de la Carta Política, porque, precisamente, son las primeras elecciones presidenciales y vicepresidenciales a las que se aplica el Acto Legislativo 02 de 2015.

Lo anterior, para destacar que si el juez especializado en asuntos electorales, al emitir la providencia de cumplimiento del fallo de tutela de la referencia, persiste en la decisión de aplicar a estos casos el artículo 107 constitucional, le corresponderá estudiar la figura de la jurisprudencia anunciada electoral, pero sin aplicarla a la elección de la ciudadana Ángela María Robledo Gómez, no porque se trate de un cambio abrupto de jurisprudencia, sino como advertencia de las reglas claras de juego ante futuras elecciones en donde se materialice la asignación de las curules a la segunda votación en la elección presidencial y vicepresidencial. Ello se justifica porque se trata de un derecho fundamental autónomo, singular y novedoso, respecto del cual es posible predicar, al menos, dos interpretaciones plausibles.

DECISIÓN:

La Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado revocará la sentencia del 12 de diciembre de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En su lugar, decide amparar el derecho fundamental autónomo de la oposición política invocado por la ciudadana Ángela María Robledo Gómez en contra de la Sección Quinta del Consejo de Estado, lo que deja sin

³³ Se aclara que para el presente asunto no se trata de la aplicación estricta de la figura ante la modificación de una posición jurisprudencial en un asunto sustancial o procesal, bajo la dimensión de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

³⁴ Ver Radicación Número: 11001-03-28-000-2014-00034-00. Demandantes: Guillermo Palacio Vega y otro. Veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación: 11001-03-28-000-2015-00051-00. Demandante: Emiliano Arrieta Monterroza. Siete (07) de junio dos mil dieciséis (2016). Radicado Interno: 2015-00051, Radicación número: 25000-23-4100-000-2015-02491-01. Demandante: SINTRAEMSDDES y otros. Veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU). Accionante: Dora Marcela Chamorro Chamorro. Veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019).



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

efectos la providencia proferida el 25 de abril de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el expediente 2018-00074-00.

En consecuencia, se ordenará a la Sección Quinta del Consejo de Estado, que dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, profiera una nueva decisión en la que tiene las siguientes opciones:

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

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

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Se revoca la sentencia del 12 de diciembre de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En su lugar, se ampara el derecho fundamental autónomo de la oposición política invocado por la ciudadana Ángela María Robledo Gómez en contra de la Sección Quinta del Consejo de Estado. En consecuencia, se deja sin efectos la providencia proferida el 25 de abril de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado (expediente 2018-00074-00).

Segundo: Se ordena a la Sección Quinta del Consejo de Estado que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, profiera una nueva decisión en la que tiene las siguientes opciones:

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



Radicado: 11001-03-15-000-2019-03079-01
Demandante: Ángela María Robledo Gómez

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

Tercero: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cuarto: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Quinto: Háganse las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS