

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrada Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Medio de control de nulidad electoral
Radicación: 76001-23-33-000-2019-01089-01
Demandante: Julio César Ortiz Gutiérrez
Demandada: **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA como concejal del municipio de Santiago de Cali para el periodo 2020-2023**
Tema: **Doble militancia en modalidad apoyo – Elemento temporal**

FALLO – SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo de 10 de septiembre de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor **JULIO CESAR ORTIZ GUTIÉRREZ**, en nombre propio, presentó demanda con la que pretendía la nulidad del acto de elección de la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** como concejal del municipio de Santiago de Cali para el periodo 2020-2023, por lo que solicitó que se declare:

“1. Que es nulo el acto administrativo que declaró la elección de los Concejales del municipio de Cali, Departamento del Valle del Cauca, para el periodo constitucional 2020 -2023 y que consta en el formulario E-26 concejo, expedido por la comisión escrutadora municipal de Cali – Valle del Cauca, de fecha 27 de octubre de 2019; en cuanto a la declaratoria de elección de Diana Carolina Rojas Atehortúa, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.130.616.368, como concejal del municipio de Cali, departamento del Valle del Cauca, por el partido Liberal

Colombiano, para el periodo constitucional 2020 – 2023, por encontrarse la mencionada, inhabilitada para ser elegida concejal del municipio de Cali, departamento del Valle del Cauca, por estar incurso en doble militancia política, de acuerdo a lo indicado en el Artículo 107 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2009, y en el Artículo 2° de la Ley 1475 de 2011.

2. Que como consecuencia de la nulidad indicada en la pretensión anterior, se ordene la cancelación de la credencial expedida a Diana Carolina Rojas Atehortúa identificada con cédula de ciudadanía No. 1.130.616.368, como concejal del municipio de Cali, departamento del Valle del Cauca, por el partido Liberal Colombiano, para el periodo constitucional 2020- 2023, en los términos indicados en el Numeral 3° del Artículo 288 de la Ley 1437 de 2011”.

1.2.- Soporte fáctico

Como fundamentos fácticos, en síntesis, se plantearon los siguientes:

Para lo concerniente al debate, la parte actora señaló que el 27 de octubre de 2019, la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** fue elegida concejal del municipio de Cali, departamento del Valle del Cauca, por el partido Liberal Colombiano, para el periodo constitucional 2020 – 2023.

En la misma jornada electoral, se eligió como alcalde de Cali al señor Jorge Iván Ospina, por la coalición entre el Partido Alianza Verde y el Partido Liberal Colombiano.

Precisa el demandante que, con anterioridad a la inscripción de los candidatos, la demandada promocionaba la candidatura del señor Alejandro Eder Garcés, a la alcaldía de Cali, por el movimiento Compromiso Ciudadano.

Luego del aval concedido por el Partido Liberal Colombiano a la candidatura del señor Jorge Iván Ospina a la alcaldía de Cali, la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA**, no participó en ningún acto de proselitismo político o promoción de su campaña política, a pesar de estar inscrita como la cabeza de lista al Concejo Municipal de Cali, por la misma colectividad que respaldó su candidatura.

1.3.- Normas violadas y concepto de la violación

El actor invocó como causal de nulidad electoral, la contenida en el artículo 275.8 del CPACA, referente a la doble militancia en la modalidad de apoyo.

Adujo que la demandada era inelegible por haber incurrido en la prohibición de doble militancia, pues apoyó políticamente a un candidato a la alcaldía de Cali perteneciente a una organización política distinta por el que la mencionada ciudadana aspiraba al concejo municipal de la misma ciudad.

Precisó que en el caso particular, se cometió la falta preceptuada en el numeral 8º del artículo 275 CPACA:

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

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

El accionante, sostiene que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA**, antes de inscribirse como candidata al Concejo Municipal de Cali, apoyó mediante actos positivos, concretos y repetitivos y con potencialidad real de influir en el resultado, la candidatura de Alejandro Eder Garcés, a la alcaldía de esa ciudad para el periodo constitucional 2020 – 2023, por el movimiento Compromiso Ciudadano.

La anterior afirmación la fundamentó en fotografías, que al momento de la presentación de la demanda aún se encontraban publicadas en la red social Instagram, con manifestaciones de apoyo político, en la cuenta o perfil público del entonces candidato Alejandro Eder Garcés y en cuentas de apoyo a dicha campaña electoral, también públicas, como jóvenes con Eder, en la que se

registra el apoyo político de la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** a la citada campaña, lo anterior, según el actor, porque el esposo de la demandada, el señor Camilo Lema, participó bajo roles de importancia en la candidatura del señor Alejandro Eder Garcés a la alcaldía de Cali.

De igual forma, el demandante sustentó sus afirmaciones señalando que en el Diario de Occidente del 3 de julio de 2019, el señor Mauricio Ríos Giraldo registró que la demandada declaró que el Partido Liberal Colombiano debía brindar su apoyo al señor Alejandro Eder Garcés.

Para el señor **JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ**, la doble militancia en la modalidad de apoyo también se configuró con la omisión de la demandada de apoyar al candidato del Partido Liberal, pues no participó en ningún acto de proselitismo político o promoción de su campaña política.

De igual forma, no se opuso públicamente, ni realizó ninguna actividad notoria para exigir el desmonte o retiro de las fotografías expuestas al público en redes sociales, con las que considera se desvió al electorado, pues inducían o provocaban que los seguidores o partidarios del Partido Liberal Colombiano y de la señora Rojas Atehortúa, pensarán que el apoyo de esta última no era para el candidato avalado por el citado partido, es decir, Jorge Iván Ospina, sino para el candidato Alejandro Eder Garcés, del movimiento Compromiso Ciudadano.

2. El trámite de la demanda de nulidad electoral

2.1.- Auto admisorio

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante providencia del 2 de diciembre de 2019, admitió la demanda, ordenó las notificaciones de rigor (art. 277 del CPACA) y negó la medida cautelar solicitada.

2.2.- Contestaciones

2.2.1. De la demandada, señora DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA

Por intermedio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que las acusaciones dirigidas en su contra corresponden a apreciaciones subjetivas que no están respaldadas probatoriamente por cuanto no está demostrado que haya apoyado la campaña política de candidato diferente al del partido político que le otorgó el aval, con posterioridad a la fecha de la inscripción

de los candidatos a la alcaldía de Cali, por lo que no se configuran los requisitos para decretar la nulidad de la elección.

Propuso la excepción previa de *“falta de litisconsorcio pasivo necesario”* al no haberse vinculado como demandado al Partido Liberal Colombiano quien resulta directamente afectado con la decisión que resuelva el asunto de fondo, por estar comprometida una curul y porque la sanción de doble militancia está dirigida a proteger los partidos y sus decisiones internas.

Igualmente planteó excepciones de mérito, denominándolas *“inexistencia de la causal de nulidad de la elección”* y *“errónea interpretación normativa”*.

2.2.2. Del Consejo Nacional Electoral

Contestó a través de apoderado judicial, quien se refirió al marco normativo y jurisprudencial relativo a la configuración de la doble militancia como causal de nulidad electoral, para concluir que en el presente caso, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, no está demostrado que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** hubiera apoyado a algún candidato de otra colectividad distinta a la que pertenece.

2.2.3. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

Su apoderado solicitó la desvinculación de la entidad del proceso de la referencia y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que las funciones que le son propias no guardan relación con las pretensiones del accionante, en tal virtud, no es la llamada a responder por la nulidad de la elección de la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA**.

3.- Audiencia Inicial

En la audiencia inicial, realizada el 21 de febrero de 2020, se saneó el trámite, se declaró probada la excepción propuesta por la Registraduría y se negó la planteada por la parte demandada denominada *“falta de litisconsorcio pasivo necesario”* lo anterior al considerar que la causal alegada, 275.8 del CPACA, es una de las denominadas subjetivas, y por ende, se encuentra por fuera de las

enunciadas de manera taxativa por el numeral 1° del artículo 277 del CPACA¹, razón por la cual no hay fundamento para llamar al proceso al Partido Liberal, siendo posible adelantar el proceso sin su comparecencia, sin embargo y acorde con el literal e del numeral 1° del mentado artículo los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos quedarán notificados mediante la publicación de los avisos, situación que se cumplió a cabalidad el 13 de diciembre con la difusión en los diarios Occidente y La República.

A continuación, se fijó el litigio, en los siguientes términos:

“... determinar la legalidad de la elección de la señora DIANA CAROLINA ROJAS AREHORTÚA como Concejal del Municipio de Santiago de Cali, para el período constitucional 2020-2023, contenida en el Acta parcial de escrutinio general del Concejo de Cali formulario E-26 Concejo Municipal de Santiago de Cali, proferida el 14 de noviembre de 2019. Por lo anterior, será determinante establecer si la señora DIANA CAROLINA ROJAS ATEHIERTÚA incurrió en doble militancia violando las disposiciones consagradas en el artículo 207 de la Constitución Política; modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2009; el artículo 2° de la Ley 1475 de 2011; o si por el contrario, verificadas las pruebas del expediente se encuentra que no existe causal de nulidad que invalide la elección como concejal.”

Así mismo, se decretó las pruebas a las que hubo lugar y fijó fecha para la realización de la audiencia de pruebas.

4. Audiencia de pruebas

El 27 de julio de 2020, se celebró la audiencia de pruebas y en ella se corrió traslado de las allegadas con motivo de las solicitudes ordenadas en la audiencia inicial; el Despacho aceptó el desistimiento del apoderado de la parte demandada del testimonio del señor Cesar Gaviria Trujillo; se escucharon las declaraciones de los

¹ “**Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación.** Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

1. Que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

d) Cuando se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 de este Código relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios, caso en el cual se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, se les notificará la providencia por aviso en los términos de los literales anteriores.

e) Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos quedarán notificados mediante la publicación de los avisos aludidos.”

señores Jorge Iván Ospina Gómez, Alejandro Eder Garcés, Leonardo Alberto Arango Cifuentes y Miguel Ángel Sánchez.

5. Audiencia alegaciones y juzgamiento

En audiencia de alegaciones y juzgamiento, celebrada el 12 de agosto de 2020, se recibieron los siguientes alegatos:

5.1. Del demandante, señor JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ

Después de realizar un análisis de la causal de doble militancia, en el que acudió a lo dispuesto en el marco normativo propio de esta causal, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y a lo conceptuado por el Consejo Nacional Electoral en relación con el uso de las redes sociales, afirmó que se encuentra demostrada la configuración de la prohibición de la doble militancia en la modalidad de apoyo, a partir del *“efecto jurídico del silencio”*, por cuanto la demandada no apoyó al candidato de coalición de su partido a la alcaldía de Cali y, sumado a ello, brindó apoyo al candidato Alejandro Eder de conformidad con el material audiovisual aportado al proceso, que registran la participación de la demandada en eventos políticos de dicho candidato, situación que ratifica su incursión en la prohibición de doble militancia.

5.2. De la demandada, señora DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA

Aseguró que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y algunos pronunciamientos del Consejo Nacional Electoral, el extremo temporal que aplica para el caso objeto de estudio, es el comprendido entre la inscripción de los candidatos y la realización de las elecciones y, como está demostrado la demandada se inscribió el 26 de julio de 2019, toda circunstancia que tenga ocurrencia antes de tal fecha, no es constitutiva de doble militancia.

Precisó que del material probatorio allegado al expediente, no es posible demostrar el señalamiento que hace la parte actora, del apoyo a un candidato que no pertenece al partido que respalda a la mencionada concejal, entre la fecha de inscripción y la realización de las elecciones del 27 de octubre de 2019, por cuanto se encontraría fuera del tiempo de la campaña electoral y, además, la autoría del material probatorio aportado para demostrar los hechos de la demanda, no le puede ser endilgado a la demandada toda vez que, como se puede observar, corresponde a terceras personas.

Consideró que en el caso concreto debe realizarse una interpretación restrictiva de las causales de nulidad electoral y, además, propender por la especial protección de los derechos políticos de la demandada.

6. Concepto Ministerio Público

Solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, pues en su criterio, el hecho de que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** no hubiera apoyado la candidatura de coalición por los partidos Alianza Verde y Liberal del señor Jorge Iván Ospina a la alcaldía de Cali, no constituye por sí sola, doble militancia.

Consideró que del acervo probatorio recaudado, no se logra establecer que la demandada haya incurrido en dicha prohibición, en virtud a que las publicaciones que se presentaron como fundamento de los hechos, fueron realizadas por terceros y, por lo tanto, no están autorizadas para inferirse de ellas la configuración de la doble militancia, pues no se logra establecer la ocurrencia de algún hecho entre el 26 de julio de 2019 y las elecciones del 27 de octubre de 2019.

7. Fallo de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2020, negó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar la anterior decisión, el juez de primera instancia analizó los alcances de la prohibición de doble militancia y las modalidades en las que esta se configura.

Afirmó que en virtud a la inscripción de la demandada para las elecciones al concejo de Cali, adquirió la condición de candidata por el Partido Liberal, por lo tanto, el elemento temporal de la doble militancia está comprendido entre la fecha de inscripción, esto es, el 26 de julio de 2019 y la de la elección ocurrida el 27 de octubre de 2019.

De igual forma, el *ad quo* analizó las circunstancias expuestas por el accionante frente al presunto respaldo ofrecido por la demandada al candidato a la alcaldía de Cali, Alejandro Eder Garcés por el movimiento Compromiso Ciudadano, refiriéndose a los elementos configurativos de la doble militancia y se centró en la temporalidad, para descender al caso concreto, etapa en la que estudió las pruebas obrantes en el proceso y concluyó que no estaba probado que la

demandada hubiera incurrido en la conducta que se le reprocha debido a que no es admisible que se configure la mencionada causal de nulidad por no apoyar al candidato de su partido, o por el hecho que la demandada, guardara silencio frente a la campaña de este a la alcaldía de Santiago de Cali.

Finalizó señalando que:

“... las actuaciones desplegadas por la señora Diana Carolina Rojas Atehortúa no pueden catalogarse como gestiones propias, autorizadas, consentidas o que se puedan imputar directamente a ella, pues del análisis complementario de los restantes medios de convicción no dan fe ni generan certeza absoluta que la demandada incurrió en esta prohibición durante el lapso de tiempo comprendido entre el 26 de julio de 2019 y el 27 de octubre de la misma anualidad, elemento temporal en el cual es posible incurrir en doble militancia política.

En conclusión, dado que la causal de doble militancia analizada en el caso sub-judice solo se configura en la medida que existan las pruebas suficientes que acrediten que la demandada apoyó al candidato distinto al de su partido o movimiento político, no le resta salida diferente a este Tribunal que negar las pretensiones de la demanda, pues con las pruebas recaudadas no es posible verificar la afirmación realizada por la parte demandante. En suma, el elemento probatorio traído por la parte demandante resulta insuficiente, bajo las reglas de la sana crítica consagradas en el artículo 176 del C.G.P., para determinar que existió una doble militancia política.”

8. Recurso de apelación

El actor interpuso recurso de apelación contra el fallo que negó las pretensiones de la demanda, el cual sustentó como sigue:

Afirmó que en la sentencia recurrida se reconoció la existencia del apoyo político al señor Alejandro Eder Garcés y la participación activa en ellos de la demandada, entre el 1º y 7 de julio de 2019, hechos que se encuentran registrados en las pruebas que obran en el expediente, como las referidas a las redes sociales y la información de internet y de medios de comunicación.

Manifestó que se oponía a la indebida valoración probatoria realizada en la sentencia y a la inadecuada interpretación de los cargos y su sustentación y, en general, a la incorrecta hermenéutica dada a la jurisprudencia del Consejo de Estado, señalando puntualmente el análisis realizado a la publicación en la red social Twitter, el día de elecciones, en el que la demandada retuiteo un mensaje en el que se apoyaba su candidatura y la del señor Alejandro Eder Garcés, frente a lo cual el Tribunal consideró que ello no significaba promoción del candidato de otro partido.

Expresó que con las imágenes aportadas se demuestra, que los eventos políticos estuvieron expuestos en las redes sociales, *“... específicamente en el perfil público del principal candidato opositor al candidato del partido de la demandada, durante todo el lapso en que aplica la prohibición de doble militancia por promoción, sin que la demandada desautorizara la mentada publicación.”*

Aseguró que, en la sentencia recurrida no se tuvieron en cuenta las imágenes aportadas con la demanda en las que se observa el apoyo de la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** al entonces candidato señor Alejandro Eder Garcés, las que perduraron durante toda la campaña política a la alcaldía de Cali e incluso, aún al momento de la presentación de la demanda, permanecían expuestas. Luego, la permanente publicación gráfica de ese apoyo político se encuadra dentro de lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido como actos positivos, concretos y repetitivos, idóneos para influir en el resultado electoral.

Consideró como indicio de las preferencias políticas de la demandada, lo manifestado por Miguel Ángel Sánchez, Secretario General del Partido Liberal y representante legal del mismo, en su testimonio, cuando señaló que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** recomendó al Partido que se avalara al señor Eder Garcés como candidato a la alcaldía de Cali.

Insistió en que las fotografías y el texto explícito de apoyo político aparecen en el perfil público del candidato señor Alejandro Eder Garcés, y en perfiles públicos de su grupo de apoyo político, circunstancia que genera influencia en el electorado, *“... tanto por la persona que lo publica, como la oportunidad y permanencia de la publicación que precisamente cumple con la condición temporal de la prohibición bajo estudio, pues las fotografías y el texto de promoción política se mantuvieron durante toda la campaña política.”*

Finalmente, afirmó que de conformidad con la ley y la jurisprudencia, debe declararse la nulidad del acto de elección de la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** como Concejal de Cali.

9. Trámite en segunda instancia

9.1. Auto requiriendo y admisorio

Previo a la admisión del recurso la Magistrada Sustanciadora profirió auto el 30 de octubre del 2020, solicitando el envío de la totalidad del expediente y la notificación de la sentencia al apoderado de la parte demandada.

Mediante providencia del 26 de noviembre siguiente, se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

9.2. Alegados en segunda instancia

9.2.1. Del demandante, señor JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ

Reiteró los argumentos esgrimidos en el trámite de primera instancia y en la apelación. Igualmente, solicitó “ *... que es de radical importancia que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aborde, con algo más de detalle, el tema del impacto de las publicaciones en las redes sociales, con sentido e interés político, en las campañas políticas y, específicamente, en la prohibición de doble militancia por promoción, para reiterar que en dicha prohibición se proscribe la ayuda, asistencia, respaldo o acompañamiento de cualquier forma o en cualquier medida a un candidato distinto al avalado o apoyado por la respectiva organización política , ya sean ordenadas, autorizadas o consentidas por el demandado, tal como expresa la jurisprudencia de la mentada Sección.*”

9.2.2. De la demandada, señora DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA

Señaló que contrario a lo afirmado por el demandante, de las pruebas allegadas al expediente se concluye la no existencia de manifestaciones en favor de candidato distinto al que apoyaba su partido para la elección de alcalde de Cali, en el período comprendido entre la inscripción de la candidatura y el día de las elecciones.

Afirmó que en la declaración rendida, el Secretario General del Partido Liberal, informó que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA**, después del evento en el que ella expresa su simpatía por la candidatura del señor Alejandro Eder, propuso que su partido lo apoyara. Que dicha propuesta se le presentó al propio director del Partido, como debió ocurrir con otros candidatos, dentro de ellos el hoy alcalde de la ciudad de Cali, que hasta pocos meses antes había fungido como Presidente del Partido Alianza Verde, a quien finalmente apoyó.

Aseguró que la demandada no hizo manifestaciones en favor del señor Alejandro Eder después de la decisión del Partido Liberal, ni de la inscripción de los candidatos, que ocurrió el 25 de julio de 2019 como aparece en el expediente, contrario a ello, se acató la decisión de avalar otro candidato.

Agregó que las pruebas obrantes en el plenario no solo desmienten los argumentos del demandante, sino que confirman que Diana Carolina Rojas expresó simpatía por una candidatura, que como todas las demás que se aproximaban a la contienda, no pertenecían al partido, con el ánimo de que fuera acogida, situación que a la postre no ocurrió y la demandada se atuvo a la decisión.

Manifestó que en materia de prohibiciones la interpretación del operador jurídico debe ser restrictiva, por lo que la tesis del demandante de ampliar el sentido que expresa y claramente dice la ley, resulta a todas luces improcedente, al pretender que el silencio de la demandada en la época de campaña, genere en la supuesta doble militancia.

Aseveró que no se configuran los elementos de la causal de nulidad invocada, como son la conducta positiva realizada por el sujeto activo del hecho y el temporal, es decir, el lapso comprendido entre la inscripción de la candidatura y la realización de las elecciones, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Añadió que las pruebas indican que las manifestaciones de simpatía hechas por Diana Carolina Rojas hacia la candidatura de Alejandro Eder, ocurrieron con antelación a la inscripción de candidatos, no obstante, el actor pretende extender esa manifestación a la época de la campaña, por el hecho de haber permanecido la misma en las redes sociales de terceros, ante lo cual pretende que la demandada debía haber exigido la cancelación de esa publicación, requerimiento que no es conducente en las redes sociales y mucho menos en las ajenas.

Transcribió apartes del testimonio rendido por el señor Leonardo Alberto Arango, aportado por la parte accionante, de los que infiere que todas las fotos aportadas con la demanda fueron publicadas y, por tanto, tomadas antes del 26 de julio; que no es posible determinar cuándo ocurrieron los hechos registrados en las imágenes, no obstante, ello ocurrió antes de la citada fecha.

10. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Solicitó confirmar el fallo apelado. Se refirió a la causal de nulidad de doble militancia señalando que se introdujo en el sistema político colombiano con el fin de fortalecer los partidos y movimientos políticos y crear un régimen en donde se proscriba y sancione el transfuguismo.

Así mismo, hizo mención a las cinco modalidades en las que se configura la doble militancia, reiteradas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, a partir de las disposiciones normativas consagradas en los artículos 107 constitucional y 2 de la Ley 1475 de 2011.

Se ocupó de analizar lo relativo a los deberes de los miembros de una organización política: resaltando que la prohibición de apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentran afiliados, es uno de los deberes que le corresponde cumplir a quien hace parte de una organización política y, que su desconocimiento, produce la referida prohibición que consagra sanciones en los estatutos de dichas organizaciones políticas y además es causal para declarar la nulidad los actos de elección.

Continuó señalando los aspectos relacionados con los elementos configurativos de esta forma de doble militancia, citando sentencias del Consejo de Estado en las que se ha establecido que ellos comprenden un sujeto pasivo que puede ser electo o un candidato a un cargo de elección popular; que la conducta consistente en apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido, a través de manifestaciones de apoyo y, en relación con el elemento temporal, va desde la fecha de la inscripción hasta el día de las elecciones.

Consideró que tal conducta prohibitiva debe ser sancionada, en un partido o movimiento político, que decide apoyar a los candidatos de otros, especialmente cuando ese militante tiene la calidad de postulado o avalado por una determinada organización y que, para ello, basta demostrar que hubo por lo menos un hecho, una manifestación, un suceso o evento que permita deducir que aquel se presentó, siendo indiferente para el juez, si fue repetitivo, para que se configure esta causal de nulidad.

Manifestó que en reciente pronunciamiento de esta Sección² se indicó que la referida causal de nulidad no se configura cuando se hacen manifestaciones frente a candidatos de la coalición o de partidos o movimientos políticos, que sin ser

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia de 24 de septiembre 2020. Expediente 11001-03-28-000-2019-00074-00 y 11001-03-28-000-2019-00075-00 (Acumulados). Magistrado Ponente. Carlos Moreno Rubio

parte de la coalición, manifiestan con posterioridad su apoyo al candidato de un partido o movimiento político.

A continuación, se refirió al caso concreto precisando que la doble militancia en la modalidad de apoyo, la prohibición se cuenta desde el día de la inscripción del candidato, de modo que las manifestaciones de promoción de la demandada al candidato Eder Garcés antes de tal fecha, no transgreden la prohibición.

Frente al efecto jurídico del silencio al que se hace referencia en la demanda, después de referirse a la sentencia T-155-19 de la Corte Constitucional, manifestó que los actos positivos, implican conductas activas, lo que, aunque parezca obvio, descarta las conductas pasivas, entre ellos, el silencio, por lo que, a este no puede dársele el alcance que pretende el accionante.

Afirmó que el acto positivo de la demandada, consistente en replicar en su cuenta pública de Twitter mensajes de otros usuarios, no indica necesariamente que quisiera dar su apoyo a Eder Garcés, porque es razonable considerar que quiso publicitar que contaba con el apoyo de un ciudadano.

Finalmente, frente a la falta de apoyo de la demandada al candidato a la alcaldía de Cali por su partido, afirmó que lo prohibido por el ordenamiento jurídico, es el apoyo brindado por quien ya es candidato, a personas postuladas por organizaciones políticas distintas a la suya. Que, en este caso la garantía de los derechos fundamentales de la demandada, implica que no se le puede obligar a apoyar al candidato avalado por su partido, por cuanto, lo prohibido, es apoyar a otro, después de su inscripción.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con los artículos 150 y 152.8 del CPACA³, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 10 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó la solicitud de nulidad del acto de elección acusado.

2.- Acto demandado

³ Por controvertirse la elección de concejal de una ciudad capital de departamento.

Formulario E-26 CON proferido por la Comisión Escrutadora Municipal de Santiago de Cali, en el departamento del Valle del Cauca, el 14 de noviembre de 2019, por medio del cual se declaró la elección de la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** como concejal para el periodo 2020-2023.

3. Problema jurídico

Se contrae a determinar si la decisión de primera instancia debe ser confirmada, modificada o revocada, para lo cual es menester establecer si el acto demandado se encuentra viciado de nulidad por configurarse la causal contenida en el numeral 8° del artículo 275 del CPACA, en tanto, de acuerdo con el recurrente, la demandada incurrió en de doble militancia en la modalidad de apoyo.

4. Marco jurídico de la prohibición de doble militancia

Como se expuso en los antecedentes de esta providencia, la causal de nulidad que se considera materializada, en el caso concreto, se encuentra establecida en el numeral 8° del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, el cual contempla:

“CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...)

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

Como puede observarse el ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, prevé una consecuencia jurídica clara y expresa cuando el candidato incurra en la prohibición de doble militancia. Sin embargo, la causal de nulidad no puede leerse de forma aislada, pues para determinar cuándo una persona está inmersa o no en la prohibición es necesario recurrir al texto del artículo 107 Superior y al artículo 2° de la Ley 1475 de 2011. En efecto, la norma consagra:

“ARTÍCULO 107 Constitucional: 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. (...)

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

De la transcripción de la norma constitucional se desprende con claridad que está prohibido: i) a los ciudadanos estar formalmente inscritos, de manera simultánea, en más de dos partidos o movimientos políticos y ii) a los miembros de corporaciones públicas, presentarse a la siguiente elección por una organización política distinta por la cual resultaron electos en la corporación pública, si no se ha presentado renuncia 12 meses antes de la inscripción.

En tanto, el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 contempla:

“ARTÍCULO 2o. PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible⁴> En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

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

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

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción.

PARÁGRAFO. Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia.”

⁴ En sentencia C-490 de 2011 se especificó que dicha disposición era constitucional *“en el entendido que la administración de datos personales sobre filiación partidista que realizan los partidos y movimientos políticos debe sujetarse a los principios del derecho fundamental al hábeas data”*.

Como puede observarse, la ley estatutaria no solo replica las modalidades de doble militancia previstas en la norma constitucional, sino que además desarrolla la Carta Política incluyendo otros eventos en los cuales la prohibición se materializa. Así las cosas, la Sección Quinta del Consejo de Estado⁵, haciendo un análisis armónico de los artículos en cita, ha entendido que en la actualidad existen cinco circunstancias en las que se puede concretar la prohibición de doble militancia, a saber:

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

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

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

iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: “*Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán*

⁵ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de noviembre de 2015, Exp. 11001-03-28-000-2014-00091-00 CP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Dte: Humberto de Jesús Longas; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de noviembre de 2015, Exp. 11001-03-28-000-2014-00088-00 C.P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Dte: Humberto de Jesús Longas; Consejo de Estado, Sección Quinta sentencia del 28 de septiembre de 2015, Exp. 1001-03-28-000-2014-00057-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Dte: Yorgin Harvey Cely Ovalle y Otro; Consejo de Estado, Sección Quinta sentencia del 4 de agosto de 2016 , Exp. 63001-23-33-000-2016-00008-01CP. Alberto Yepes Barreiro. Dte: Wilson de Jesús Támara Zanabría; Consejo de Estado, Sección Quinta sentencia del 18 de agosto de 2016, Exp. 50001-23-33-000-2015-00653-01 CP. Alberto Yepes Barreiro. Dte: Diego Alexander Garay y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 8 de septiembre de 2016, Exp. 63001-23-3-000-2015-00361-01 (Acumulado) CP. Alberto Yepes Barreiro. Dtes: Jhon Alexander Arenas y Jaime Alberto Muriel.

renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).

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

Todas estas modalidades apuntan a la consecución de un propósito común, esto es, *“crear un régimen severo de bancadas en el que esté proscrito el transfuguismo político”⁶*, pues su intención es, precisamente, dar preponderancia a los partidos y movimientos políticos sobre los intereses personalísimos de los candidatos.

Finalmente, es de anotar que se ha entendido que la figura de doble militancia incluye a todas las agrupaciones políticas sin importar que aquellas tengan o no personería jurídica. Sin embargo, no se puede perder de vista que esta afirmación no es absoluta, dado que el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 contempla en su parágrafo una excepción en materia de doble militancia que es aplicable a cualquiera de los eventos en los que ésta pueda presentarse⁷.

Bajo estos lineamientos, corresponde a la Sala determinar si la demandada se encuentra incurso o no en la prohibición de doble militancia.

5. De la modalidad de doble militancia atribuida en el caso concreto

⁶ Esto es así debido a que la Corte Constitucional Sentencia C-490 de 2011 definió la prohibición de doble militancia como una *“limitación, de raigambre constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas (Art. 40-3 C.P.). Ello en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política, no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular.”*

⁷ Parágrafo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 *“Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia.” (Negrilla propia)*

A la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** se le atribuyen la modalidades de doble militancia relativa a apoyar un candidato diferente al que su partido inscribió y avaló para la Alcaldía de Cali, este punto fue decidido por el juez de instancia y apelado en el recurso que hoy ocupa la atención de la Sala. Por lo que será en este que se concentre el estudio. Veamos:

5.1 La doble militancia de apoyo a un candidato diferente al avalado por el partido

Para la parte actora se materializó, la cuarta modalidad de doble militancia toda vez que, contrario a lo afirmado por el juez de primera instancia, se demostró que la demandada no apoyó al candidato a la alcaldía inscrito por el Partido Liberal, esto es al señor Jorge Iván Ospina, sino al inscrito por el Movimiento Compromiso Ciudadano, esto es al señor Alejandro Eder Garcés.

La modalidad de doble militancia atribuida está consagrada en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, el cual establece que:

“Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados (...)”
(Subrayas fuera de texto)

De la norma transcrita se pueden extraer los siguientes elementos configurativos de la prohibición a saber:

- i) **Un sujeto activo**, según el cual deben abstenerse de realizar la conducta prohibitiva, de un lado, los que detenten algún tipo de cargo directivo, de gobierno, administración o control dentro de la organización política, y de otro, los que hayan sido o aspiren a ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular.
- ii) **Una conducta prohibitiva** consistente en apoyar a un candidato distinto al inscrito por la organización política a la que se encuentren afiliadas las personas descritas anteriormente. En otras palabras, lo que esta modalidad de doble militancia proscribía es la ayuda, asistencia, respaldo o acompañamiento de cualquier forma o en cualquier medida a un candidato distinto al avalado por la respectiva organización política.
- iii) **Un elemento temporal**, aunque no está expreso en la redacción de la norma, una interpretación sistemática y con efecto útil de esta disposición impone colegir que **la modalidad de apoyo de doble militancia solo puede ejercerse en época**

de campaña electoral, la cual comprende desde el momento en el que la persona inscribe su candidatura hasta el día de las elecciones. Esto es así, porque solo durante ese lapso se puede hablar de candidatos en el sentido estricto de la palabra, y por ende, solo en este espacio de tiempo se podría ejecutar la conducta que la norma reprocha, es decir, el apoyo a las candidaturas.

Con base en lo expuesto, la Sala determinará si en el caso concreto se encuentran acreditados los citados elementos, de forma que sea viable revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

5.1.1. La demandada como sujeto activo de la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo

En el caso concreto, está demostrado que la demandada aspiró a ser elegida Concejal Municipal de Cali, así consta no solo en el acto de elección (fl. 25 al 31), sino también en: i) la certificación aportada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en la que se precisa que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** se inscribió el 26 de julio de 2019 con el aval del Partido Liberal (fl. 261), y ii) el formulario de inscripción E-6 (fl.266 - 268)

Bajo este panorama probatorio, para la Sala no cabe duda que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** sí puede ser sujeto de la modalidad de doble militancia que se le atribuye, pues aspiraba a ser elegida como miembro de una corporación pública, es decir, al Concejo Municipal con el aval del Partido Liberal.

Por lo anterior, es claro que la demandada sí es destinataria de la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo. En otras palabras, el primer elemento configurativo de la prohibición sí se encuentra acreditado.

5.1.2. ¿La demandada incurrió en doble militancia al apoyar a un candidato distinto al inscrito por su partido?

Decantado lo anterior, es menester establecer si la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** incurrió en la **conducta prohibitiva** que se le atribuye y si la misma se **ejerció en época de campaña electoral (elemento temporal)**. Para resolver sobre este punto se deben analizar si de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que en efecto, apoyó a un candidato a la alcaldía distinto al avalado por su partido.

Frente al punto, obran en el expediente los siguientes medios probatorios, fotografías e imágenes de artículos impresos de las cuales se presume su

autenticidad, por cuanto no fueron tachados de falsos ni desconocidos por ninguna de las partes, por lo que resulta pertinente su valoración en el presente proceso⁸ veamos:

- Imágenes de la red social Instagram (fls. 5-6), de la cuenta de los señores Alejandro Eder Garcés, @alejoeder18 y @Jogerbuitrago_co donde se evidencia la asistencia de la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** a un evento de proselitismo político a favor del candidato Eder Garcés, con fecha de publicación el 1º de julio de 2019.



- Imagen de una publicación del 6 de julio de 2019 en la cuenta secundaria de Instagram @jovenesconedercali20, donde aparece la demandada **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** y el candidato en ese entonces Alejandro Eder Garcés.

⁸ De conformidad con lo estipulado en los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso.



jovenesconedercali
Cali



42 Me gusta

jovenesconedercali Vamos a trabajar unidos por una Cali al 100. #conederse puede

Ver 1 comentario

1 de julio de 2019 • Ver traducción

- Foto publicada en la cuenta de Instagram @mafesilva199221, de la cual no se establece fecha, en donde aparecen la demandada y el señor Alejandro Eder Garcés



- Imagen del perfil del señor Alejandro Eder Garcés en la red social twitter, donde hace alusión a un evento de proselitismo político, del 1º de julio de 2019, donde agradece a la señora Diana Carolina Rojas Atehortúa⁹.



⁹ La cuenta @DianaRojasCali fue reconocida por la demandada como suya en los escritos de contestación.

- Artículo realizado por Mauricio Ríos Giraldo en el Diario Occidente en el cual se manifiesta que la demandada es partidaria de apoyar la candidatura del señor Alejandro Eder Garcés desde las toldas del Partido Liberal. Dicho artículo fue publicado en el periódico el día 3 de julio de 2019 (fl 36-37).



Diana Rojas dice que Partido Liberal debería apoyar a Eder

Por Mauricio Ríos Giraldo

La campaña de Jorge Iván Ospina reporta que el exalcalde y candidato a la Alcaldía de Cali ha conformado 531 grupos de apoyo y transformación social, los llamados gatos.

Estos 531 grupos tienen 5.323 miembros, una fuerza que replica los mensajes de Ospina en los barrios de Cali.

En la disputada campaña del 2007 los gatos fueron claves en el triunfo de Ospina.

La precandidata al Concejo de Cali y exsecretaria privada del alcalde Maurice Armitage, Diana Rojas, oficializó su respaldo a la campaña de Alejandro Eder a la Alcaldía de Cali.

Como la economista inscribirá su candidatura en la lista del Partido Liberal, colectividad

- Publicación del 4 de julio de 2020, donde el mismo autor de la nota del Diario de Occidente, manifiesta que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** oficializa su apoyo al precandidato a la alcaldía de Cali Alejandro Eder Garcés.



MAURICIO RÍOS GIRALDO
mauricio@diariooccidente.com.co
teléfono: 3011111

Graffiti

Duvallier Sánchez recibirá hoy el "sello verde" que lo acredita como candidato oficial de la Alianza Verde a la Gobernación del Valle del Cauca.

Así lo anunció a Graffiti la representante Catalina Ortiz, quien hace parte de la delegación de la colectividad encargada de definir los 'sellos verdes'.

La congressista dijo que Sánchez será avalado "con toda la intención", lo que quiere



membros, una fuerza que replica los mensajes de Ospina en los barrios de Cali.

En la disputada campaña del 2007 los gatos fueron claves en el triunfo de Ospina.

La precandidata al Concejo de Cali y exsecretaria privada del alcalde Maurice Armitage, Diana Rojas, oficializó su respaldo a la campaña de Alejandro Eder a la Alcaldía de Cali.

Como la economista inscribirá su candi-



Diana Rojas

Aunque ninguno de los concejales liberales ha oficializado su decisión al respecto, y todos dicen que están esperando la definición del jefe único de la colectividad, el expresidente César Gaviria, lo cierto es que ya todos tienen prácticamente decidido el tema.

Hay tres concejales del Partido Liberal muy cercanos a Jorge Iván Ospina y dos que prácticamente ya están con Roberto Ortiz.

En ese escenario, así Gaviria dé línea en favor de "X" o "Y", cada concejal y cada candidato al Concejo de Cali tomará como es costumbre en esta indisciplina colectiva el camino que mejor le parezca.



Alejandro Eder

- Publicación del 27 de octubre de 2019, retuiteado por la demandada, en el cual un usuario anuncia su voto a favor de los señores **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA**, Juan David Cruz y Alejandro Eder Garcés.



- A folios 70 a 104 del expediente obra análisis técnico realizado por el testigo Leonardo Alberto Arango Cifuentes, quien fue el encargado de capturar los registros de internet aportados anteriormente. Según el cual, el 90% de los posts realizados en la red social Instagram surgieron desde la ciudad de Cali y se anexan imágenes del apoyo de la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** al movimiento ciudadano que impulsaba la candidatura del señor Alejandro Eder Garcés, registro gráfico en el cual se hacía extensa una invitación al evento denominado “GRAN CICLOVÍA 6K” para el domingo 7 de julio de 2019.



Participación en actividades de Alejandro Eder

- A folio 218 del expediente se aportó, en memoria USB, notas periodísticas de los noticieros NOTI 21 y SUPERNOTICIAS DEL VALLE.

En el video de noticias NOTI 21, se presenta a la demandada anunciando su futura candidatura por el partido Liberal al Concejo de Santiago de Cali a la espera de confirmar el número del tarjetón por el cual será inscrita por la mencionada colectividad, a su vez, anuncia el apoyo a la candidatura del señor Alejandro Eder a la alcaldía de Cali. Dicho video tiene relación con la imagen de Instagram (imagen quinta), de fecha 1º de julio de 2019.

En el segundo video del noticiero SUPERNOTICIAS DEL VALLE se anuncia la demanda en contra de la Concejal electa Diana Carolina Rojas Atehortúa, con base en el material videográfico de NOTI 21, el cual data del 9 de julio de 2019.

- De igual forma, en la audiencia de pruebas realizada el 27 de julio de 2020, se recibieron los testimonios de los señores Jorge Iván Ospina Gómez (alcalde electo de Cali), Alejandro Eder Garcés (candidato a la alcaldía de Cali), Leonardo Alberto Arango Cifuentes (testigo técnico que recaudó las imágenes, videos y publicaciones de internet) y el señor Miguel Ángel Sánchez (secretario general del Partido Liberal).
- **Testimonio del señor Jorge Iván Ospina Gómez:** El alcalde electo para el periodo 2020 – 2023, manifestó al momento de rendir su testimonio que la demandada no participó en ningún acto de proselitismo político en su favor, detalló fechas específicas de eventos realizados en la contienda electoral, como la huelga de hambre a la que se sometió como candidato a la alcaldía de Cali; sin embargo, también indicó no constarle algún acto de promoción

o apoyo de la Concejal Diana Carolina Rojas Atehortúa a la campaña por la alcaldía del señor Alejandro Eder Garcés. Lo anterior en concordancia con la declaración escrita realizada por este testigo que se encuentra anexa a folio 105 del expediente.

- **Testimonio del señor Alejandro Eder Garcés:** Enfatizo que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA**, no apoyó su campaña política a la alcaldía de Santiago de Cali, una vez se inició formalmente con la inscripción de las candidaturas.
- **Testimonio del señor Leonardo Alberto Arango Cifuentes:** Fue el encargado de recolectar el múltiple material gráfico, de audio y video así como las publicaciones en redes sociales y artículos en medios de comunicación de las manifestaciones en torno a las campañas políticas adelantadas para la elección de alcalde y concejales en el municipio de Santiago de Cali, indicando que las mismas fueron compartidas en la red social Instagram el 1º, 7 y el 25 de julio de 2019 por parte de las cuentas adscritas a la campaña del señor Alejandro Eder Garcés y seguidores de su candidatura. Asimismo, manifestó que no existe publicación alguna realizada el 26 de julio de 2019 o con fecha posterior, siendo la fecha de recolección de estos datos el 22 de marzo de 2020.
- **Testimonio del señor Miguel Ángel Sánchez:** El Secretario General del Partido Liberal frente a las preguntas realizadas por las partes manifestó: que de la presunta conducta prohibitiva de doble militancia de la concejal **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** no tuvo conocimiento alguno de esta situación, tampoco adelantó acciones de control ético frente a este tema. Sostuvo además que, sí le consta que la demandada recomendó al director del partido Liberal avalar la candidatura del señor Alejandro Eder Garcés, sin embargo, una vez otorgado el aval al señor Jorge Iván Ospina no se conocieron acciones de la señora Rojas Atehortúa en contra de la decisión tomada por el partido.

Bajo este panorama, es importante analizar si con los medios de convicción obrantes en el expediente se demuestra que la demandada incurrió en la conducta que se le reprocha. Veamos:

Pues bien al ser la mayoría de las pruebas aportadas con la demanda imágenes provenientes de redes sociales, previo a su análisis resulta pertinente recordar lo establecido en el artículo 247 del Código General del Proceso, que señala:

“Artículo 247: VALORACIÓN DE MENSAJES DE DATOS. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.” (Negrilla y subraya fuera de texto)

De lo anterior se desprende que solo serán considerados como mensajes de datos todos los documentos que hubieren sido allegados al expediente en el formato en que fueron generados, situación que en esta oportunidad no se configura pues, las imágenes fueron aportadas impresas en el cuerpo de la demanda, por lo que, serán valoradas acorde con las reglas general de los documentos.

Teniendo claro lo anterior, pasa la Sala a analizar las pruebas obrantes en el expediente y con las que el actor pretende demostrar que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** incurrió en doble militancia en la modalidad de apoyo, pues bien, del análisis de las imágenes se evidencia que la demandada acompañó al señor Alejandro Eder Garcés en una reunión política realizada el 1° de julio de 2019, fecha en las que fueron publicadas en diferentes perfiles de redes sociales, realizada con antelación a la inscripción de las candidaturas, pues aún no se promocionan bajo el aval de ningún partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos.

De igual forma, el análisis técnico realizado por el señor Leonardo Alberto Arango Cifuentes arrojó que una foto en la que estaba la demandada fue la imagen con la que se impulsó una reunión política con miras a favorecer la futura candidatura del señor Alejandro Eder Garcés, registro gráfico en el cual se hacía extensa una invitación al evento denominado “GRAN CICLOVÍA 6K” para el domingo 7 de julio de 2019.

En cuanto al artículo periodístico denominado “*Diana Rojas dice que partido Liberal debería apoyar a Eder*”, publicado el 3 de julio de 2019, el mismo refuerza el testimonio dado por el señor Miguel Ángel Sánchez, Secretario General del Partido Liberal, quien manifestó que la demandada recomendó al director del partido avalar la candidatura del señor Alejandro Eder Garcés.

Del análisis anterior, es claro que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** deseaba que su partido avalara la candidatura para la alcaldía de Cali del señor Alejandro Eder Garcés, por lo que, antes del otorgamiento de los avales y con miras a demostrar el respaldo ciudadano del que gozaba el señor Eder Garcés, participó activamente en actividades políticas a su favor.

Sin embargo, dicha circunstancia no se enmarca en una **conducta prohibitiva**, pues la misma consistente en **apoyar a un candidato distinto al inscrito por la organización política a la que se encuentre afiliada la demandada**, y en este caso, los hechos indilgados ocurrieron¹⁰ cuando los avales aún no habían sido otorgados, y por ende, las candidaturas no se habían inscrito, por lo que ninguno era candidato y era posible que el señor Alejandro Eder Garcés recibiera el aval del partido Liberal.

En consonancia con lo anterior, solo es posible que se configure una conducta prohibitiva si la misma tiene ocurrencia entre la inscripción de la candidatura hasta el día de las elecciones (elemento temporal), cualquier tipo de apoyo antes o después de dichas fechas no será constitutivo de doble militancia en la modalidad de apoyo, teniendo claro lo anterior, en el caso que nos ocupa sería desde el 26 de julio de 2019 día en el que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** realizó la inscripción de su candidatura (E-6 fl 266) hasta el 27 de octubre de 2019, cuando se realizaron las elecciones.

Por lo que, la única prueba de alguna conducta ejercida **en época de campaña electoral**, es la imagen del *tweet* del 27 de octubre de 2019, *retwitiado* por la demandada, en el cual un usuario anuncia su voto a favor de los señores **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA**, Juan David Cruz y Alejandro Eder Garcés.

Para la Sala, lo anterior no se enmarca en una **conducta prohibitiva**, pues con la misma la demandada no buscaba respaldar de forma activa la candidatura del señor Alejandro Eder Garcés, sino compartir el apoyo que tenía de sus votantes, esto se demuestra con sus siguientes retwees.



¹⁰ Entre el 1º y 9 de julio de 2019.



En los que algunos votantes mencionaron a otros candidatos, como en la imagen del retweet aportado por el demandante o como el siguiente:



Por lo que, se comparte la postura del Tribunal, que consideró que ello no significaba promoción de algún candidato de otro partido, sino, más bien, la intención de invitar a sus adeptos a depositar su voto en favor de la opción política que ella representaba, demostrando que varios seguidores en las redes sociales ya habían votado por ella. Por ello no es admisible darle al citado mensaje la connotación de acto positivo y concreto que demuestre el favorecimiento político del que se acusa a la demandada, más aún porque el mismo no es de su autoría, sino que contiene la voluntad y opinión de un tercero.

Conforme las razones expuestas en los capítulos que preceden para la Sección Quinta del Consejo de Estado, la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo no se encuentra materializada, y por eso así será declarado en la parte resolutive de esta providencia que confirmará el fallo apelado.

Ahora bien, la Sala procederá a estudiar la posible configuración de doble militancia por no apoyar al candidato del partido Liberal para la alcaldía de Santiago de Cali, alegada por el actor en la demanda y en el escrito de apelación.

5.2. De la falta de apoyo de la demandada al candidato a la alcaldía Jorge Iván Ospina

Frente al reparo formulado por el accionante, consistente en que la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** incurrió en la prohibición de doble militancia por no apoyar al candidato a la alcaldía de Cali de partido Liberal, organización política que le otorgó el aval a su candidatura al concejo, se tiene que la conducta que configura la prohibición de esta causal en la modalidad de apoyo, es la referente a promocionar candidatos distintos a los inscritos por la agrupación política a la cual pertenece; nótese que la conducta prohibitiva que trae el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, consistente en ejercer una posición activa al momento de apoyar a candidatos de distintos partidos, movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos al cual se encuentren afiliados, en ella no se advierte que esté proscrito el evento de ausencia de apoyo.

En ese mismo sentido, en cuanto a la ausencia de apoyo entre candidatos, la Sala se ha referido en los siguientes términos:

“La Sala estima que la simple ausencia de apoyo entre candidatos, en principio no se puede considerar sinónimo de doble militancia, en la medida que el artículo 2 de la ley 1475 de 2011 lo que proscribe es que quien haya sido o aspire a ser elegido por voto popular, respalde la candidatura de quien no pertenece a su partido o movimiento político, aspecto que no se encuentra probado, siquiera sumariamente en este proceso.”¹¹

Por lo anterior, no es de recibo para esta Sala que el no apoyo por parte de la demandada a la candidatura del señor Jorge Iván Ospina, a la alcaldía de Cali, deba ser interpretada como un acto positivo y concreto constitutivo de la prohibición de doble militancia.

6. Conclusión

En ese orden de ideas, para este *ad quem* resulta evidente que ninguna de las

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de noviembre 25 de 2016, expediente 20001-23-39-000-2015-00584-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

pruebas que en la apelación se estimaron mal valoradas permiten demostrar que la la señora **DIANA CAROLINA ROJAS ATEHORTÚA** hubiera incurrido en doble militancia por brindar apoyo a candidatos pertenecientes a partidos distintos del suyo o por la falta de apoyo al candidato de su partido, de igual forma, tampoco evidencia una inadecuada interpretación de los cargos y su sustentación y mucho menos una incorrecta interpretación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, por ende, confirmará la sentencia de 10 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.