

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo / CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA - Solicitud de pérdida de su investidura como Senador / DOBLE MILITANCIA

El asunto es de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo dispuesto por los artículos 184 y 237, numeral 5º, de la Carta Política, en armonía con el artículo 1º de la Ley 144 de 1994. Ocupa la atención de la Sala el examen de la conducta del Senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA, con base en la causal de pérdida de investidura aducida en su contra por el ciudadano demandante en este proceso. Según el demandante, el Senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA, está incurso en la causal de pérdida de investidura aducida porque, siendo miembro del Congreso se presentó a la siguiente elección, por un partido distinto, sin que previamente renunciara a la curul con al menos doce (12) meses de antelación al primer día de inscripciones, conforme al inciso final del artículo 1º, del Acto Legislativo 1 de 2009. En el mismo sentido alega que la previsión del Parágrafo Transitorio, 1º., que autoriza que, en un plazo de dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, el candidato pueda inscribirse en un partido distinto al que lo avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia; no es aplicable al actor, conforme a lo previsto por el artículo 134 de la Carta Política que prevé la provisión de la vacante cuando el miembro de una Corporación Pública decida presentarse por otro partido político. En suma, con base en la interpretación antes aludida, el actor deduce que el Congresista demandado está incurso en la prohibición establecida en el nuevo Acto Legislativo No. 1 de 2009, lo que causa su inhabilidad y por ende, la pérdida de investidura como Senador.

TRANSFUGUISMO POLITICO - Noción / REGIMEN DE BANCADAS

El Acto Legislativo No. 1 de 2009, comporta una reforma política en el Estado Social de Derecho, que busca un mejoramiento Institucional y una mayor legitimación; para ello, sus normas procuran: fortalecer los partidos políticos y evitar la infiltración en las instituciones de los grupos al margen de la Ley . Pero también, es lo cierto, que entre los elementos que trae la nueva reforma política es evitar el transfuguismo, expresión que se usa “especialmente en la vida política, actitud y comportamiento de quien se convierte en tráfuga.”. Por su lado, Tráfuga, en sus acepciones aplicables significa: “1. com. Persona que pasa de una ideología o colectividad a otra. 2. com. Persona que con un cargo público no abandona este al separarse del partido que lo presentó como candidato”. Este elemento, propio del sistema parlamentario, ha sido trasladado a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 2003, en donde les dio una mayor fortaleza a los partidos políticos. La reforma Constitucional antes aludida, tuvo como finalidad la búsqueda de: “(i) el fortalecimiento del sistema democrático, mediante la exigencia a partidos y movimientos de organizarse de modo armónico con dicho principio, en especial para la escogencia de sus candidatos a cargos uninominales y corporaciones públicas; (ii) el establecimiento de condiciones más exigentes para la creación de partidos y movimientos políticos, al igual que el otorgamiento de rango constitucional a la prohibición de la doble militancia; (iii) la previsión de listas únicas avaladas por el partido o movimiento político; (iv) la modificación del sistema electoral a través de la cifra repartidora como método para la asignación de curules; y (v) la racionalización de la actividad del Congreso de la República mediante el establecimiento de un régimen severo de bancadas”. Con base en lo anteriormente expuesto lo que buscó en definitiva la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo No 1 de 2003, y que ahora se replica en esta

nueva reforma constitucional, fue establecer, como en efecto lo hizo, un régimen de bancadas, por ello, el artículo 108 de la Carta Política así lo señaló, de manera que sus decisiones se presentan en esa forma, salvo los asuntos de conciencia. En otras palabras, los partidos o movimientos políticos adoptan sus decisiones de manera colectiva y estas se imponen por encima de las opiniones individuales de sus miembros, por ende, para lograr su realización, estos deben mantener una disciplina seria y consistente, en donde impere la voluntad mayoritaria del partido y esto replique en la Corporación ante la cual ejercen sus funciones.

CIFRA REPARTIDORA Y UMBRAL

A partir de la modificación del sistema anterior basado en el modelo de cuocientes y residuos, se reemplazó de manera parcial por el sistema de cifra repartidora y umbral, resultan relevantes figuras como el denominado transfuguismo político, que atentan contra el régimen de los partidos y movimientos políticos, los principios de la democracia participativa y soberanía popular. Empero, los partidos políticos se presentan con una lista única a las elecciones bajo una identidad de programas e ideario político y el elector, con base en estas condiciones, sufraga y elije, por ende, los parlamentarios así elegidos deben representar y defender en condiciones de bancada, tal ideario programático ante las respectivas Corporaciones Políticas donde ejerzan sus funciones. Pero además, en nuestro país el problema del transfuguismo político se ve reflejado no sólo, en el mero cambio de partido, por la disparidad de criterios entre el parlamentario y la formación política que avaló su candidatura en las anteriores elecciones o el grupo parlamentario surgido de aquélla, sino que, comporta “un fraude a los electores, quienes votaron por un determinado programa al cual se comprometió defender el elegido mediante su bancada en una determinada Corporación Pública.”. Empero, la alteración de las condiciones constitucionales en que acceden los parlamentarios, a través del sistema de bancadas, procura que los partidos políticos mediante sus representantes en los diferentes estamentos manifiesten sus voluntades políticas y programáticas y no defiendan sólo los intereses particulares de alguno de sus miembros. Además, con esto se evita la utilización de los partidos políticos como plataformas para obtener fines individuales, pues el aval del movimiento político le serviría al tráfuga político sólo hasta salir elegido, en la medida en que está en una lista única y utiliza el método para la asignación de las curules a través de la cifra repartidora y el umbral.

CIFRA REPARTIDORA

La cifra repartidora está determinada por “un procedimiento matemático que, en los términos del artículo 263A C.P., se deriva de la división sucesiva por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados de forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor será la cifra repartidora y cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida dicha cifra en el total de sus votos.”. Por su lado el nivel de representación democrática de los partidos y movimientos políticos se asegura a través del umbral mínimo de votación, regulado en el artículo 263 de la Carta, en donde “se exigió que para que una lista pueda obtener curules en corporaciones públicas deberá haber obtenido un número mínimo de votos que equivaliera al dos por ciento (2%) de los votos sufragados para el Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones. Debe acotarse que, como se explicará en apartado posterior, la reforma política de 2009 aumentó el umbral al tres por ciento (3%). Estas previsiones fueron acompañadas por la

reforma de 2003 con la exigencia que cada partido o movimiento político presente listas únicas para cada corporación pública”. Conforme a los dos métodos, es claro que quien obtiene las curules es el partido, en donde, una vez pasado el umbral los candidatos entran a ocupar los cargos políticos de manera escalonada, conforme al voto preferente; por ello, su vinculación al partido político es necesaria para lograr acceder a los cargos públicos de representación y, el cambiar de militancia en corto tiempo implica un uso utilitarista del partido, que, por supuesto, desnaturaliza su finalidad.

TRANSFUGUISMO POLITICO - Prohibición. Término

Corolario de lo antes dicho, el denominado transfuguismo político está proscrito, por ello en el Acto Legislativo No. 1 de 2009, instaure como prohibición a los miembros de corporaciones públicas, presentarse por otro partido político en un plazo inferior a un año antes del primer día de inscripciones. La anterior medida le permite a los electores, identificar de forma clara la ideología a la que pertenece el candidato que cambia de partido, y bajo qué nuevas condiciones se presenta ante el electorado, de manera que se identifique plenamente la nueva ideología y programa que representa.

CAMBIO DE PARTIDO POLITICO - En vigencia del Acto Legislativo 1 de 2009 / DOBLE MILITANCIA

Conforme al artículo 107 de la Carta Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2009, le está vedado al miembro de una corporación pública presentarse a la siguiente elección por un partido distinto sin que previamente renuncie a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. Según el demandante esta prohibición es absoluta y no admite excepciones, sino que debe aplicarse de plano, máxime, cuando el contenido de la norma es ambiguo, pues de un lado autoriza por un plazo de dos (2) meses trasladarse a otro partido, pero esto sin perjuicio de lo previsto en el artículo 134 de la Carta, es decir, que en suma no permite el traslado, sin la antelación debida. Sin embargo, esta interpretación exegética y restrictiva desconoce la posibilidad que el Acto Legislativo No. 1 de 2009 estableció, al permitir el cambio de partido político, por una sola vez y en un corto periodo, a los miembros de las Corporaciones Públicas. En efecto, el Parágrafo Transitorio No. 1o., arriba transcrito, autorizó, de manera evidente, que en los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del acto legislativo, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieran renunciado a su curul con anterioridad pudieran inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia. La expresión “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134”, debe entenderse en su sentido obvio y literal, es decir, que se refiere a otra clase de vacantes que se puedan presentar, diferentes al cambio de militancia política, o mejor, esta preceptiva sólo regula la forma de provisión de vacantes y no crea una nueva inhabilidad. Lo antes dicho porque el artículo 134 de la Constitución Política, modificado por el artículo 6º del acto Legislativo 1 de 2009, sólo regula el régimen de reemplazos y no crea o establece alguna causal de impedimento o prohibición, simplemente, regula su materia, la forma de proveer las vacantes en caso de que ocurra alguna, conforme a las modificaciones Constitucionales existentes en ese momento, eliminando las faltas temporales.

CAMBIO DE PARTIDO POLITICO - Período de transición. Dos meses para no renunciar ni incurrir en doble militancia

Este denominado periodo de transición, en el que, de manera temporal y por un corto lapso de tiempo se autorizó el cambio de partido político sin que el miembro del Cuerpo Colegiado de elección popular deba “renunciar a la curul o incurrir en doble militancia.”, obedece al querer del Poder Constituyente Secundario. En efecto, desde el mismo momento en que, por iniciativa del Gobierno Nacional, se presentó el proyecto de reforma constitucional, se introdujo este permiso para cambiarse de partido político y durante todos los debates se mantuvo esta previsión, lo que varió, simplemente, fue el plazo previo a la renuncia a la Curul, que el proyecto inicial se estipuló en cuatro (4) meses, y el lapso para ejercer la opción de cambiar de partido, por una sola vez, inicialmente se estableció en un plazo de seis (6) meses. Es más, en la exposición de motivos y en todos los debates permaneció incólume la posibilidad de cambiarse de partido político sin consecuencia alguna. Además, como lo señaló la Corte Constitucional, según se verá más adelante, en el caso de los Congresistas, resultaba materialmente imposible hacer uso de la opción del cambio de partido puesto que, al momento de que entró a regir el Acto Legislativo, el 14 de julio de 2009, el plazo de un año ya había fenecido respecto de las elecciones para el periodo constitucional 2010-2014, porque, según el artículo 88 del Código Electoral, modificado por el artículo 4º de la Ley 62 de 1988, el término de inscripción de candidatos para las corporaciones públicas de elección popular vence el primer martes del mes de febrero del respectivo año. En suma, la interpretación del demandante le restaría el efecto útil a la norma e impediría hacer uso de esta autorización a los Congresistas. Las interpretaciones dadas por el demandante para señalar que el senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA, debía renunciar doce (12) meses antes a la curul, no resultan válidas pues, el Parágrafo Transitorio del artículo 1º, del Acto Legislativo No. 1 de 2009, por el cual se modificó el artículo 107 de la Carta Política, autorizó el cambio de partido político. Lo antes dicho, descarta de plano el hecho de que el demandante esté incurso en una inhabilidad o prohibición que, eventualmente, implique algún reproche sancionatorio conducente a declarar la pérdida de investidura. En suma, el demandante podía válidamente cambiarse de partido político en el lapso de los dos (2) meses que autorizó el Artículo 1º, Parágrafo Transitorio, del Acto Legislativo 1 de 2009, que reformó el artículo 107 de la Carta Política, sin que esta actuación fuese considerada fuera del ordenamiento jurídico o pueda ser considerada como prohibida o que su conducta pueda ser tipificada como transfuguismo político.

TRANSFUGUISMO POLITICO - Definición

De otra parte, la Sala señala que, el denominado transfuguismo político que, por demás, puede calificarse, como en efecto se hace en esta decisión, como una conducta deleznable, cuando se hace por intereses personales y no por diferencias ideológicas irreconciliables que aparecen en el devenir político de los miembros de los partidos que ejercen la representación ante las Corporaciones Públicas. El Acto Legislativo No. 1 de 2009, prevé que quien pretenda cambiar de partido político, debe renunciar a la curul que ocupa, por lo menos dentro del año anterior a su inscripción como candidato del nuevo partido al que desea pertenecer. En efecto, como se destacó en el Informe Ponencia para el Segundo Debate Proyecto de Acto Legislativo 106 de 2008 Cámara, cuando, se refirió al contenido de la Reforma, específicamente lo relacionado con la “Responsabilidad de los partidos Prohibición y sanción de la doble militancia”, precisó que: “Si bien la Constitución vigente señala la prohibición a los ciudadanos para pertenecer de manera simultánea a más de un partido o movimiento político, se define la doble militancia y se propone que quien haya sido elegido por un partido o movimiento pertenezca a este hasta el final de su período y en caso de que quiera renunciar al mismo, deberá igualmente renunciar a su curul. Tampoco podrán apoyar

candidatos de otros partidos si no han sido avalados por su partido de origen. Quien viole estos preceptos podrá ser sancionado con la pérdida de la curul o el cargo. Lo anterior con el propósito de establecer nuevos mecanismos para fortalecer partidos y movimientos y ponerle cortapisa a una de las prácticas que más afecta la legitimidad de los partidos políticos y se constituye en una grave burla a la representación ciudadana. La implementación de este esquema impone como sanción la pérdida de curul (corporaciones) o el cargo (uninominales) según el caso, de acuerdo con el procedimiento que sea legalmente fijado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [...]” .

CAMBIO DE PARTIDO POLITICO - Comporta una nueva inhabilidad que puede dar lugar a la pérdida de investidura / PERDIDA DE INVESTIDURA - Denegación

Conforme a lo antes expuesto, la Ley no ha regulado expresamente la existencia de una causal de pérdida de investidura para el miembro de una Corporación Pública que decida presentarse a la siguiente elección por un partido, sin renunciar, al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones, pero es lo cierto, que la prohibición de cambio de partido político, que es de rango constitucional, subsiste. Es más conforme está redactada la prohibición de cambiar de partido político, sin la debida antelación, comporta una nueva inhabilidad, que puede dar lugar a la pérdida de investidura, por aplicación del artículo 183-1 de la Carta Política. En el presente asunto, como ya se indicó, el demandado, al estar autorizado para cambiar de partido político en las elecciones previstas para el periodo constitucional 2010 – 2014, porque: 1) El Artículo 1, Parágrafo Transitorio, del Acto Legislativo No. 1 de 2009, expresamente lo autorizó; 2) lo hizo dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición de dicha preceptiva, es decir dentro del plazo constitucional fijado; 3) el Acto Legislativo fue encontrado ajustado a la Constitución por la Corte Constitucional, tanto por defectos de forma como de fondo como se vio arriba; y 4) dicha autorización está en un todo ajustado al querer del Poder Constituyente Secundario que quiso otorgar un plazo de gracia para cambiarse de partido a los “miembros de los Cuerpos Colegiados de elección Popular o a quienes hubiesen renunciado a su curul”. Consecuencialmente, es claro que el Senador Acusado no está inmerso en alguna prohibición y su conducta, por no ser reprochable, no puede catalogarse como gestora de la pérdida de su investidura como Congresista.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00873-00(PI)

Actor: CARLOS ALBERTO GARCIA OVIEDO

Demandado: CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA

Referencia: PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a decidir sobre la pérdida de investidura del Senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA solicitada por el ciudadano CARLOS ALBERTO GARCÍA OVIEDO.

1. La solicitud

El 21 de julio de 2010 el ciudadano CARLOS ALBERTO GARCÍA OVIEDO solicitó la pérdida de investidura como congresista del Senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA, elegido para el período constitucional 2010-2014, con fundamento en la causal prevista en el acto legislativo No. 01 de 2009, que en su artículo 1º, modificó el artículo 107 de la C.N. y estableció que quien siendo miembro de una corporación pública decidiera presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, debería renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Al fundamentar fácticamente su pedimento expuso:

El demandado, CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA, fue elegido como Senador de la República, avalado por el Partido Convergencia Ciudadana para el período 2006 – 2010.

El demandado, a nombre del Partido Convergencia Ciudadana, solicitó el 13 de agosto de 2009, su inscripción en el Partido Conservador Colombiano amparado en el párrafo transitorio del artículo 107 de la C.N., modificado por el “*artículo 6*” (sic) del acto legislativo 01 de 2009, y, además, notificó su renuncia al Partido Convergencia Ciudadana.

Dicha inscripción, según los archivos del Partido, fue realizada el 18 de agosto de 2009.

El 22 de enero de 2010, para las elecciones al Senado de la República período 2010-2014, el Partido Conservador inscribió su lista de candidatos correspondiéndole el número 10 al Senador demandado.

El Consejo Nacional Electoral, una vez cerrados los escrutinios nacionales del 14 de marzo de 2010, expidió la Resolución No. 1787 de 18 de julio de 2010 donde declaró la elección del Senado de la República expidiendo las correspondientes

credenciales entre ellas la del demandado.

Concepto de Violación

El Acto Legislativo 01 de 2009, en su artículo 1º, modificó el artículo 107 de la C.P. y estableció que: *“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”*

Pero en el mismo acto legislativo, en el párrafo transitorio del “artículo 6to” (sic), determinó que: *“PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, autorízase, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del presente acto legislativo, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia.”* (El destacado es del actor).

El precitado artículo 134 de la Constitución, modificado por el artículo 6 del Acto Legislativo mencionado, dispone:

*“ARTÍCULO 6o. El artículo 134 de la Constitución Política quedará así:
Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a las relacionadas (sic) con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1o del artículo 107 de la Constitución Política.”* (Lo destacado es del peticionario).

Alega el demandante que de la lectura sistémica “del párrafo transitorio del artículo 6” [sic] del acto legislativo 1 de 2009 y del artículo 134 de la Constitución Política, modificado por ese mismo acto legislativo, se deduce que este reguló dos (2) situaciones distintas: 1) “El ejercicio de la curul por parte de quién cambia de

Partido en un periodo Constitucional (en este caso 2006-2010), dándole la posibilidad, en este caso [sic] a un senador de la república, de cambiarse de partido sin incurrir en doble militancia ni tener que renunciar a su curul, permitiéndosele terminar su período sin ser sujeto disciplinable por parte de los comités de ética de su colectividad”; y 2) El “senador que desea presentarse a la siguiente elección, a nombre de un partido diferente al cual ostenta dicha calidad en la actualidad, para ese evento, la norma es clara en el sentido de que debe renunciar a su curul por lo menos 12 meses antes del primer día de inscripciones y el párrafo transitorio no estableció ninguna excepción acerca de esta inhabilidad, por lo cual tiene plena eficacia.”.

El Senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA no renunció a su curul con la anticipación establecida en el precitado artículo por lo que su inscripción como candidato al Senado de la República por el Partido Conservador contraría lo estipulado por los artículos 107 y 134 de la C.P., incurriendo en causal de inhabilidad que daría como consecuencia la pérdida de investidura.

Citó las sentencias C-546 de 25 de noviembre de 1993 y C-497 de 1994 proferidas por la Corte Constitucional, de donde concluyó que el Congreso podía, en su función de reformar o adicionar la Constitución, introducir nuevas causales de inhabilidad.

2. La respuesta del implicado

CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA al contestar la demanda, mediante apoderado, indicó que la disposición legal soporte de la autorización era el párrafo transitorio primero, del artículo 1, del acto legislativo No. 01 de 2009 y no el artículo 6 de la misma enmienda como lo sostenía el libelista.

Expresó que la valoración jurídica hecha por el demandante era ajena aún en lontananza de la verdad real y constitucional que permeaba el asunto invocado.

3. La Audiencia Pública

En cumplimiento de lo ordenado por el artículo 10 de la Ley 144 de 1994, el 21 de septiembre de 2010, con participación de las partes y del Ministerio Público se

llevó a cabo la audiencia pública:

3.1. Intervención del solicitante

El demandante aludió a las publicaciones en la prensa en relación con el transfuguismo, que se referían a la, supuesta, infortunada redacción del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2009, donde concluyen que los Congresistas que deseaban pasarse a otro partido político no lo podían hacer sino sólo con doce (12) meses de antelación, previa renuncia a la curul, y al contenido de cada uno de los mismos.

Reiteró la solicitud de Pérdida de Investidura, al considerar que el Senador violó el régimen de inhabilidades contemplado en la Constitución Política, en cuanto contrarió lo estipulado en los artículos 107 y 134 de la Carta Política, modificados por los actos legislativos 001 de 2003 y 001 de 2009, puesto que él ha debido renunciar a su curul con un año de antelación, como lo indicaban esas normas, a efectos de presentarse como candidato por el Partido Conservador, para el período 2010 - 2014.

En relación a los hechos y cargos formulados en la demanda, señala que el demandado aceptó cada uno de los mismos, en consecuencia solicita que se decrete la pérdida de la investidura del Senador Barriga Peñaranda.

3.3. Intervención del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, se refirió a los hechos de la demanda, a sus fundamentos, a la contestación de la misma y a las pruebas aportadas y decretadas. En atención a ello consideró que la interpretación efectuada por el actor como sustento de su demanda, según la cual aquellos congresistas que tenían interés de presentarse en representación de otro partido político para las elecciones de Congreso de la República en el período 2010-2014, no es acorde con lo establecido en el parágrafo primero transitorio del artículo 1º del Acto Legislativo 001 de 2009; por ello, la conducta desplegada por el demandado resulta atípica tal como lo precisó la Sala Plena de esta Corporación en jurisprudencia relacionada con la “doble militancia”.¹ Concluye su intervención,

¹ Al respecto citó como precedente la sentencia del 11 de mayo de 2004, expediente No.

solicitando que se deniegue la pérdida de investidura del señor Barriga Peñaranda, por cuanto su actuar se adecuó a lo estipulado en la norma antes mencionada.

3.4. Intervención de la parte demandada

- Intervención del apoderado del Congresista demandado

El apoderado del demandado, se refiere a los hechos, a las pretensiones y a las pruebas obrantes en el proceso, y tras enunciar las dos (2) situaciones que plantea el actor en su demanda y la jurisprudencia que sobre el caso ha señalado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con el tema del régimen de inhabilidades, afirma que el demandante expone una serie de argumentos que a su juicio no constituyen como tal una causal de Pérdida de Investidura, por cuanto la disposición constitucional que soporta la autorización de que trata el artículo 107 superior, es el párrafo transitorio primero, del artículo primero, del Acto Legislativo No. 001 de 2009 y no el artículo 6º de dicha reforma, tal como lo esboza el actor en la demanda.

Señaló que en el Acto Legislativo 001 de 2009 se estableció una inhabilidad general para los miembros de los cuerpos colegiados de elección popular que se quieran cambiar de partido para los comicios siguientes a la representación que ostentan, consistente en renunciar 1 año antes de la inscripción de esa futura elección, pero también fijó, a la par, un lapso exceptivo temporal de dos (2) meses a partir de su vigencia, lo cual se sustenta además en los antecedentes del proyecto de Acto Legislativo No. 106 de 2008, Cámara de Representantes.

Concluyó que el Senador en agosto de 2009, con fundamento en el artículo 107 de la C.P., se pasó del partido Convergencia Ciudadana al partido Conservador Colombiano, conservando la curul como tal, que a partir de agosto de 2009 en calidad de Senador, hace parte de este último partido, y que él se acogió al beneficio Constitucional dentro de los dos (2) meses que consagra el citado artículo. Por ende, solicita al H. Consejo de Estado se abstenga de decretar la Pérdida de Investidura.

De folios 229 a 231 obra el Acta de la Audiencia Pública que, sometida a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fue aprobada.

Tanto el Ministerio Público, folios 233 a 246, como el apoderado del congresista demandado, folios 247 a 268, presentaron exposición escrita de su intervención en la audiencia pública.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a decidir la controversia.

4. CONSIDERACIONES

4.1. La competencia:

El asunto es de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo dispuesto por los artículos 184 y 237, numeral 5º, de la Carta Política, en armonía con el artículo 1º de la Ley 144 de 1994.

4.2 La causal invocada.

Ocupa la atención de la Sala el examen de la conducta del Senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA, con base en la causal de pérdida de investidura aducida en su contra por el ciudadano demandante en este proceso.

El actor acusa al congresista de estar incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 1º del Acto legislativo No. 1 de 2009, que modificó el artículo 107 de la Carta Política, en armonía con lo dispuesto en el artículo 134 de la misma.

NORMATIVIDAD APLICABLE:

Las normas señaladas como violadas son del siguiente tenor:

“Acto Legislativo No. 1 de 2009.

ARTÍCULO 1o. El artículo 107 de la Constitución Política quedará así:

Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

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

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

En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. 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. El resultado de las consultas será obligatorio.

Los directivos de los Partidos y Movimientos Políticos deberán propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas.

Los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el período del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente.

Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica. Cuando se trate de estas condenas a quienes fueron electos para cargos uninominales, el partido o movimiento que avaló al condenado, no podrá presentar candidatos para las siguientes elecciones en esa Circunscripción. Si faltan menos de 18 meses para las siguientes elecciones, no podrán presentar terna, caso en el cual, el nominador podrá libremente designar el reemplazo.

Los directivos de los partidos a quienes se demuestre que no han procedido con el debido cuidado y diligencia en el ejercicio de los derechos y obligaciones que les confiere Personería Jurídica también estarán sujetos a las sanciones que determine la ley.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, autorízase, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del presente acto legislativo, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia.[...].” (Destacado no es del texto)

El artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2009 que modificó el 134 de la Carta Política, en lo pertinente, establece:

“ARTÍCULO 6o. El artículo 134 de la Constitución Política quedará así:

Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a las relacionadas con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1o del artículo 107 de la Constitución Política.

En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.[...].”

La Sala, con fundamento en lo dispuesto por la Ley 144 de 1994 está legalmente limitada en su análisis en la causal señalada por el demandante, con base en los hechos y pretensiones aducidos en la demanda.

4.3. Lo probado en el proceso

En relación con la causal alegada se acreditaron los siguientes hechos:

4.3.1. Calidad de Senador:

CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA fue elegido Senador en las elecciones del 12 de marzo de 2006, según consta en la copia de la Resolución No. 915 del 5 de Junio de 2006, proferida por el Consejo Nacional Electoral, por el Partido Convergencia Ciudadana, periodo constitucional 2006-2010 (Folios 37 y 40, cuaderno 2).

En el mismo sentido fue elegido Senador en las elecciones del 14 de marzo de 2010, según consta en la copia de la Resolución No. 1787 de 2010, proferida por el Consejo Nacional Electoral, por el Partido Conservador Colombiano, por el período constitucional 2010 – 2014 (Folio 102).

Según certificación expedida por el Secretario General del Senado de la República, CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA fue elegido Senador para los periodos constitucionales 2006 – 2010 y 2010-2014. Para este último periodo, el 20 de julio de 2010 tomó posesión del cargo de Senador y a la fecha de la certificación ejerce como tal (Folio 135).

4.3.2. El cambio de partido político:

El Acto Legislativo No. 01 de 2009, fue publicado en el Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009.

A folio 217 aparece la petición del demandado, Carlos Emiro Barriga Peñaranda,

fecha del 13 de agosto de 2009, en que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2009, solicitó al Partido Conservador Colombiano su ingreso a dicha colectividad (Folio 217).

A folio 56, obra copia simple de la renuncia irrevocable del demandado del 13 de agosto de 2009, Carlos Emiro Barriga Peñaranda, al Partido Convergencia Ciudadana.

De folios 221 a 226 aparece el formulario E-6, para la Inscripción de Listas y Constancia de Aceptación de Candidatos al Senado de la República, en el que se prueba que el demandado se presentó para los comicios del 14 de marzo de 2010, por el Partido Conservador Colombiano.

5. El aspecto de fondo de acuerdo con lo probado.

5.1. Planteamiento del problema a resolver

Según el demandante, el Senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA, está incurso en la causal de pérdida de investidura aducida porque, siendo miembro del Congreso se presentó a la siguiente elección, por un partido distinto, sin que previamente renunciara a la curul con al menos doce (12) meses de antelación al primer día de inscripciones, conforme al inciso final del artículo 1º, del Acto Legislativo 1 de 2009.

En el mismo sentido alega que la previsión del Parágrafo Transitorio, 1º. , que autoriza que, en un plazo de dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, el candidato pueda inscribirse en un partido distinto al que lo avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia; no es aplicable al actor, conforme a lo previsto por el artículo 134 de la Carta Política que prevé la provisión de la vacante cuando el miembro de una Corporación Pública decida presentarse por otro partido político.

En suma, con base en la interpretación antes aludida, el actor deduce que el Congresista demandado está incurso en la prohibición establecida en el nuevo Acto Legislativo No. 1 de 2009, lo que causa su inhabilidad y por ende, la pérdida

de investidura como Senador.

Conforme a lo expuesto, se trata de establecer si en atención a los hechos probados, el Congresista está incurso en la causal de pérdida de investidura que se le atribuye.

5.2. Del Transfuguismo Político.

El Acto Legislativo No. 1 de 2009, comporta una reforma política en el Estado Social de Derecho, que busca un mejoramiento Institucional y una mayor legitimación; para ello, sus normas procuran: fortalecer los partidos políticos y evitar la infiltración en las instituciones de los grupos al margen de la Ley .²

Pero también, es lo cierto, que entre los elementos que trae la nueva reforma política es evitar el transfuguismo, expresión que se usa “*especialmente en la vida política, actitud y comportamiento de quien se convierte en tráfuga.*”. Por su lado, Tráfuga, en sus acepciones aplicables significa: “*1. com. Persona que pasa de una ideología o colectividad a otra. 2. com. Persona que con un cargo público no abandona este al separarse del partido que lo presentó como candidato.*”.³

Este elemento, propio del sistema parlamentario, ha sido trasladado a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 2003, en donde les dio una mayor fortaleza a los partidos políticos.

² Al respecto el Informe de ponencia primer debate proyecto acto legislativo 106 de 2008 cámara. Señaló: *El proyecto de Acto Legislativo en estudio, de origen gubernamental, tiene por objeto la modificación de disposiciones constitucionales que fortalezcan las instituciones y el régimen democrático, para evitar la infiltración y manipulación en las corporaciones y cargos de elección popular por parte de grupos armados al margen de la ley, y del narcotráfico, proponiendo para ello sanciones a los partidos políticos que atenten contra los deberes que le impone el gozar de una personería jurídica.*

Mediante el establecimiento de un estricto régimen de responsabilidades para los partidos políticos, así como la adopción de herramientas para fortalecerlos como representantes de la sociedad, se espera cerrar la puerta a estrategias de grupos ilegales que buscan distorsionar la voluntad popular para ocupar espacios de representación política.

Igualmente, se pretende profundizar en la democratización interna de los partidos, su fortalecimiento y su responsabilidad política, dentro de un marco programático y de transparencia en las relaciones entre los poderes públicos. La transparencia electoral, la responsabilidad política de los partidos, la responsabilidad individual e intransferible de los titulares de cargos públicos de elección popular frente al pueblo colombiano y la austeridad y control en la financiación de campañas y partidos son parte fundamental de la reforma.”. (Ver Gaceta del Congreso No. 674).

³ Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española, vigésima tercera edición.

La reforma Constitucional antes aludida, tuvo como finalidad la búsqueda de: “(i) el fortalecimiento del sistema democrático, mediante la exigencia a partidos y movimientos de organizarse de modo armónico con dicho principio, en especial para la escogencia de sus candidatos a cargos uninominales y corporaciones públicas; (ii) el establecimiento de condiciones más exigentes para la creación de partidos y movimientos políticos, al igual que el otorgamiento de rango constitucional a la prohibición de la doble militancia ; (iii) la previsión de listas únicas avaladas por el partido o movimiento político; (iv) la modificación del sistema electoral a través de la cifra repartidora como método para la asignación de curules; y (v) la racionalización de la actividad del Congreso de la República mediante el establecimiento de un régimen severo de bancadas.”.⁴

Con base en lo anteriormente expuesto lo que buscó en definitiva la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo No 1 de 2003, y que ahora se replica en esta nueva reforma constitucional, fue establecer, como en efecto lo hizo, un régimen de bancadas, por ello, el artículo 108 de la Carta Política así lo señaló, de manera que sus decisiones se presentan en esa forma, salvo los asuntos de conciencia.⁵

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-303 del 28 de Abril de 2010, Magistrado Ponente Dr. Luís Ernesto Vargas Silva y las sentencias C-1081/05, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-342/06, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, citadas en la primera.

⁵ “ARTÍCULO 2o. El artículo 108 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 108. El Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al dos por ciento (2%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno.

Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

La ley determinará los requisitos de seriedad para la inscripción de candidatos.

Los estatutos de los partidos y movimientos políticos regularán lo atinente a su régimen disciplinario interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas.

Los estatutos internos de los partidos y movimientos políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del congresista, diputado, concejal o edil por el resto del período para el cual fue elegido.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Los partidos y movimientos políticos con Personería Jurídica reconocida actualmente y con representación en el Congreso, conservarán tal personería hasta las siguientes elecciones de Congreso que se realicen con posterioridad a la promulgación del presente Acto Legislativo, de cuyos resultados dependerá que la conserven de acuerdo con las reglas dispuestas en la Constitución.

Para efectos de participar en cualquiera de las elecciones que se realicen desde la entrada en vigencia de esta Reforma hasta las siguientes elecciones de Congreso, los partidos y movimientos políticos con representación en el Congreso podrán agruparse siempre que cumplan con los requisitos de votación exigidos en la presente Reforma para la obtención de las personerías jurídicas de los partidos y movimientos políticos y obtengan

En otras palabras, los partidos o movimientos políticos adoptan sus decisiones de manera colectiva y estas se imponen por encima de las opiniones individuales de sus miembros, por ende, para lograr su realización, estos deben mantener una disciplina seria y consistente, en donde impere la voluntad mayoritaria del partido y esto replique en la Corporación ante la cual ejercen sus funciones.

A partir de la modificación del sistema anterior basado en el modelo de cuocientes y residuos, se reemplazó de manera parcial por el sistema de cifra repartidora y umbral, resultan relevantes figuras como el denominado *transfuguismo político*, que atentan contra el régimen de los partidos y movimientos políticos, los principios de la democracia participativa y soberanía popular.

Empero, los partidos políticos se presentan con una lista única a las elecciones bajo una identidad de programas e ideario político y el elector, con base en estas condiciones, sufragar y elige, por ende, los parlamentarios así elegidos deben representar y defender en condiciones de bancada, tal ideario programático ante las respectivas Corporaciones Políticas donde ejerzan sus funciones.

Pero además, en nuestro país el problema del transfuguismo político se ve reflejado no sólo, en el mero cambio de partido, por la disparidad de criterios entre el parlamentario y la formación política que avaló su candidatura en las anteriores elecciones o el grupo parlamentario surgido de aquélla, sino que, comporta *“un fraude a los electores, quienes votaron por un determinado programa al cual se comprometió defender el elegido mediante su bancada en una determinada Corporación Pública.”*⁶ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia de C-342 del 3 de mayo de 2006, precisó:

“En efecto, las claras relaciones existentes entre los partidos políticos y la conformación y funcionamiento de los grupos parlamentarios explican

personería jurídica que reemplazará a la de quienes se agrupen. La nueva agrupación así constituida gozará de los beneficios y cumplirá las obligaciones, consagrados en la Constitución para los partidos y movimientos políticos en materia electoral.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Un número plural de Senadores o Representantes a la Cámara, cuya sumatoria de votos en las pasadas elecciones de Congreso hayan obtenido más del dos por ciento (2%) de los votos válidos emitidos para Senado de la República en el Territorio Nacional, podrán solicitar el reconocimiento de la Personería jurídica de partido o movimiento político. Esta norma regirá por tres (3) meses a partir de su promulgación.”

⁶ Corte Constitucional sentencia que se cita en el texto a continuación.

el rechazo a la práctica del transfuguismo, entendido, en términos amplios, como una deslealtad democrática. En efecto, dicho fenómeno perverso, constante en partidos políticos latinoamericanos y que ha conducido a aquello que la doctrina denomina “electoral volatility”, denota en el elegido una falta de firmeza ideológica, debilidad de convicciones, exceso de pragmatismo y anteposición de intereses personales y egoístas sobre aquellos programas e ideario del partido político que lo llevó a ocupar un cargo de representación popular, y por supuesto, un fraude a los electores. Al respecto, Presno Linera explica que el transfuguismo consiste en que “una persona, afiliada o no a una formación política, que ha concurrido a las elecciones en una candidatura y que luego se marcha a un Grupo Parlamentario distinto de aquel que es expresión de su candidatura electoral, pues está asegurada en los Reglamentos Parlamentarios la vinculación entre los Grupos y las mencionadas candidaturas” . De tal suerte que dicho fenómeno ha de reconducirse a la actuación de los representantes en sede institucional, y por ende, no se presenta, en estricto sentido, en relación con el funcionamiento interno de los partidos políticos o respecto a la conducta de sus militantes. Así mismo, es necesario precisar que el rechazo que produce la práctica del transfuguismo político no puede ser entendido en términos absolutos, en el sentido de que igualmente resulte reprochable el comportamiento de quien, movido por sus íntimas convicciones ideológicas decida abandonar una agrupación política y vincularse a otra. [...].”.

Empero, la alteración de las condiciones constitucionales en que acceden los parlamentarios, a través del sistema de bancadas, procura que los partidos políticos mediante sus representantes en los diferentes estamentos manifiesten sus voluntades políticas y programáticas y no defiendan sólo los intereses particulares de alguno de sus miembros. En cuanto al funcionamiento del Régimen de Bancadas, la Corte Constitucional, en la sentencia antes citada precisó:

“De allí que, con la entrada en funcionamiento de un régimen de bancadas, las clásicas funciones del Congreso se pueden simplificar de manera significativa. El control político, adelantado mediante los consabidos debates, se realizaría principalmente como una estrategia partidista y no motivado por actitudes individuales o egoístas. De esta forma, la opinión pública recibirá un menor número de opiniones, pero éstas serán, a su vez, más representativas y profundas. De igual manera, el procedimiento legislativo se verá transformado puesto que se puede racionalizar la presentación de iniciativas legislativas y los debates en comisiones y plenarias serán más organizados. Cabe asimismo señalar que los regímenes de bancadas conducen a fomentar y estimular la especialización de los congresistas. A su vez, los portavoces de las respectivas bancadas deberán ser los más preparados para aportar y criticar los proyectos de ley que se discuten. El trabajo en comisión será el principal, pues allí se definirán los contenidos, en tanto que las plenarias servirán para hacer públicas las razones de consenso

o disenso entre las diversas bancadas. De allí que las bancadas son un instrumento para ejercer la participación política dentro del Congreso, evitando la dispersión y atomización de las opiniones políticas, y sobre todo, logra una mejor gobernabilidad, coadyuvando a racionalizar el sistema político colombiano. Así, todos los cambios en el funcionamiento del Congreso, en el desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, serán adelantadas como consecuencia de las pautas de conducta de las bancadas, y eventualmente, en el futuro podrán incorporarse legislativamente. En consecuencia, fenómenos tales como la doble militancia y el transfuguismo político atentan gravemente contra la consecución de dichos fines perseguidos con la introducción de un régimen de bancadas en nuestro sistema político.”

Además, con esto se evita la utilización de los partidos políticos como plataformas para obtener fines individuales, pues el aval del movimiento político le serviría al tráfuga político sólo hasta salir elegido, en la medida en que está en una lista única y utiliza el método para la asignación de las curules a través de la cifra repartidora y el umbral.

La cifra repartidora está determinada por *“un procedimiento matemático que, en los términos del artículo 263A C.P., se deriva de la división sucesiva por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados de forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor será la cifra repartidora y cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida dicha cifra en el total de sus votos.”*.⁷

Por su lado el nivel de representación democrática de los partidos y movimientos políticos se asegura a través del umbral mínimo de votación, regulado en el artículo 263 de la Carta, en donde *“se exigió que para que una lista pueda obtener curules en corporaciones públicas deberá haber obtenido un número mínimo de votos que equivaliera al dos por ciento (2%) de los votos sufragados para el Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones. Debe acotarse que, como se explicará en apartado posterior, la reforma política de 2009 aumentó el umbral al tres por ciento (3%). Estas previsiones fueron acompañadas por la reforma de 2003 con la exigencia que cada partido o movimiento político presente listas únicas para cada corporación pública.”*⁸

⁷ Ver, Corte Constitucional sentencia C-303-10, Magistrado Ponente Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁸ Sentencia citada en la nota al pie anterior.

Conforme a los dos métodos, es claro que quien obtiene las curules es el partido, en donde, una vez pasado el umbral los candidatos entran a ocupar los cargos políticos de manera escalonada, conforme al voto preferente⁹; por ello, su vinculación al partido político es necesaria para lograr acceder a los cargos públicos de representación y, el cambiar de militancia en corto tiempo implica un uso utilitarista del partido, que, por supuesto, desnaturaliza su finalidad.

Corolario de lo antes dicho, el denominado transfuguismo político está proscrito, por ello en el Acto Legislativo No. 1 de 2009, instaura como prohibición a los miembros de corporaciones públicas, presentarse por otro partido político en un plazo inferior a un año antes del primer día de inscripciones.

La anterior medida le permite a los electores, identificar de forma clara la ideología a la que pertenece el candidato que cambia de partido, y bajo qué nuevas

⁹ Al respecto la Corte Constitucional, en la sentencia citada en la nota al pie anterior: “*la Corte considera imprescindible enfatizar en la afectación que el transfuguismo político infiere al principio de soberanía popular. Para sustentar esta conclusión, debe partirse de advertir el sistema electoral de representación proporcional que prevé la Carta Política para el caso particular de las corporaciones públicas del orden nacional, regional o local. En efecto, la exigencia derivada de la reforma política de 2003 consistente en que los partidos y movimientos políticos deben presentar listas únicas de candidatos para dichas corporaciones. Esto significa que el elector no elige estos candidatos de forma uninominal, sino que vota por la lista en la que se encuentren y es esa lista la depositaria de la voluntad democrática ciudadana, parámetro justificativo del poder político en los términos del artículo 3° de la Carta Política.*”

Esta conclusión pervive incluso cuando el partido o movimiento político haya decidido conformar sus listas únicas bajo la modalidad de voto preferente. Según lo prevé el artículo 263A C.P., esta posibilidad permite que el elector opte, si así lo decide, por indicar en su voto, además de la lista que apoya, el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral. Conforme la misma norma, estos votos preferentes reordenarán la lista de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos. Así, (i) la asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes; (ii) en caso que el partido o movimiento opte por prever el voto preferente y sus electores decidan no hacer uso de esa posibilidad y se limiten a sufragar por la lista única, tales votos se contabilizarán a favor de la lista para efectos de la aplicación de las reglas sobre cifra repartidora y umbral, sin que se computen para la reordenación de la lista; y (iii) de cualquier modo, la asignación de curules de las corporaciones públicas se hará mediante la fórmula electoral de la cifra repartidora, la cual se basa en el cálculo de los sufragios expresados a favor de la lista, sin distinguir entre votos preferentes o no preferentes.

En ese sentido, se advierte que los votos preferentes tienen como único propósito el de ordenar la lista, sin que ello signifique una desvinculación entre el candidato frente al cual el elector ha explicitado su predilección y la lista a la que pertenece. Por ende, la legitimidad democrática representativa de los miembros de las corporaciones públicas depende de los votos de los electores de la lista que avaló su aspiración. No puede la Corte soslayar que la actual práctica política colombiana ha llegado a tergiversar la figura del voto preferente, de modo que una visión desprevenida concluiría que el apoyo del elector en las listas con esa modalidad de sufragio se circunscribe a un candidato en particular, con abstracción del partido o movimiento a que pertenece. Este rezago de prácticas personalistas en el acontecer político no tiene, de ningún modo, el alcance de desvirtuar la fórmula electoral, el método de asignación de curules y la vigencia del régimen de bancadas que prevén la Constitución. Estos instrumentos concuerdan en afirmar que, en el marco de la promoción del fortalecimiento del sistema de partidos, la legitimidad democrática del mandato representativo descansa en el apoyo ciudadano a la lista del partido o movimiento correspondiente, no a sus integrantes individualmente considerados.[...].”

condiciones se presenta ante el electorado, de manera que se identifique plenamente la nueva ideología y programa que representa.

5.3. Interpretación de la Sala Plena en relación con la posibilidad del cambio de partido político en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2009.

Conforme al artículo 107 de la Carta Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2009, le está vedado al miembro de una corporación pública presentarse a la siguiente elección por un partido distinto sin que previamente renuncie a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Según el demandante esta prohibición es absoluta y no admite excepciones, sino que debe aplicarse de plano, máxime, cuando el contenido de la norma es ambiguo, pues de un lado autoriza por un plazo de dos (2) meses trasladarse a otro partido, pero esto sin perjuicio de lo previsto en el artículo 134 de la Carta, es decir, que en suma no permite el traslado, sin la antelación debida.

Sin embargo, esta interpretación exegética y restrictiva desconoce la posibilidad que el Acto Legislativo No. 1 de 2009 estableció, al permitir el cambio de partido político, por una sola vez y en un corto periodo, a los miembros de las Corporaciones Públicas.

En efecto, el Parágrafo Transitorio No. 1o., arriba transcrito, autorizó, de manera evidente, que en los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del acto legislativo, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad pudieran inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia. La expresión “*Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134*”, debe entenderse en su sentido obvio y literal, es decir, que se refiere

a otra clase de vacantes que se puedan presentar, diferentes al cambio de militancia política, o mejor, esta preceptiva sólo regula la forma de provisión de vacantes y no crea una nueva inhabilidad.

Lo antes dicho porque el artículo 134 de la Constitución Política, modificado por el artículo 6º del acto Legislativo 1 de 2009, sólo regula el régimen de reemplazos y no crea o establece alguna causal de impedimento o prohibición, simplemente, regula su materia, la forma de proveer las vacantes en caso de que ocurra alguna, conforme a las modificaciones Constitucionales existentes en ese momento, eliminando las faltas temporales.¹⁰

Este denominado periodo de transición, en el que, de manera temporal y por un corto lapso de tiempo se autorizó el cambio de partido político sin que el miembro del Cuerpo Colegiado de elección popular deba “*renunciar a la curul o incurrir en doble militancia.*”, obedece al querer del Poder Constituyente Secundario.

En efecto, desde el mismo momento en que, por iniciativa del Gobierno Nacional, se presentó el proyecto de reforma constitucional, se introdujo este permiso para cambiarse de partido político y durante todos los debates se mantuvo esta previsión, lo que varió, simplemente, fue el plazo previo a la renuncia a la Curul, que el proyecto inicial se estipuló en cuatro (4) meses, y el lapso para ejercer la

¹⁰ Así en el Informe Al respecto el Informe de ponencia primer debate proyecto acto legislativo 106 de 2008 Cámara, acumulados Nos. 051, 101, 109, 128, 129 y 140 de 2009 Cámara. Señaló: “**II. Régimen de reemplazos** // Dentro de la filosofía del constituyente de 1991 y del referendo votado en el año 2003, en el cual se sometía a la aprobación de los colombianos que los miembros de las corporaciones públicas no tendrían suplentes. Con la nueva propuesta se busca consagrar en el texto de la Constitución una normativa por la cual las únicas faltas que se suplan a partir de la vigencia del Acto Legislativo, sean las ocasionadas por muerte, incapacidad absoluta para el ejercicio del cargo por accidente o enfermedad, pérdida de investidura, o por condenas relacionadas con delitos distintos a la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, narcotráfico o delitos de lesa humanidad, o renuncia justificada (falta absoluta). En estos casos, el titular será reemplazado por el candidato que, según el orden de inscripción, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral. La renuncia presentada cuando haya sido iniciada vinculación formal por los delitos mencionados, no generará el ingreso del siguiente en la lista presentada por el partido o movimiento. Se eliminan las faltas temporales.

Finalmente, con el espíritu de proteger y defender la representación política, si por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocaría a elecciones para llenar las plazas vacantes.

La modificación propuesta al artículo 134, quedaría concordada ajustando el artículo 261 CP, tal como se propone, de acuerdo con la eliminación de las faltas temporales..”. (Ver Gaceta del Congreso No. 674, pág. 5).

opción de cambiar de partido, por una sola vez, inicialmente se estableció en un plazo de seis (6) meses.¹¹

Es más, en la exposición de motivos y en todos los debates permaneció incólume la posibilidad de cambiarse de partido político sin consecuencia alguna.¹²

Además, como lo señaló la Corte Constitucional, según se verá más adelante, en el caso de los Congresistas, resultaba materialmente imposible hacer uso de la opción del cambio de partido puesto que, al momento de que entró a regir el Acto Legislativo, el 14 de julio de 2009, el plazo de un año ya había fenecido respecto de las elecciones para el periodo constitucional 2010-2014, porque, según el artículo 88 del Código Electoral, modificado por el artículo 4º de la Ley 62 de 1988, el término de inscripción de candidatos para las corporaciones públicas de elección popular vence el primer martes del mes de febrero del respectivo año. En suma, la interpretación del demandante le restaría el efecto útil a la norma e impediría hacer uso de esta autorización a los Congresistas.

Es más, la Corte Constitucional en sentencia C-303 del 28 de abril de 2010, al ejercer el control de constitucionalidad diferido por el artículo 241-1 de la Constitución, declaró exequible, exclusivamente por los cargos analizados en esa sentencia, el parágrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2009 “*por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”, entre las razones de la decisión se destacan los siguientes aspectos:

“Estas consideraciones denotan que el Congreso tuvo en cuenta los efectos lesivos que para la disciplina de partidos y la representación democrática tiene la doble militancia y el transfuguismo político, por lo cual incorporó en la reforma política de 2009 una sanción grave para los miembros de corporaciones públicas que incurrieran en esas conductas, consistente en la pérdida de la curul, según lo definiera la ley. Esto explica, del mismo modo, la existencia del parágrafo

¹¹ Ver Gaceta del Congreso No. 558 del 38 de agosto de 2008.

¹² Véase: Trámite en Cámara de Representantes: GAC.558/2008, GAC.674/2008, GAC 697/2008; SEGUNDA VUELTA: GAC. 227/2009, GAC. 234/2009; 241/2009; GAC. 266/2009; GAC. 273/2009; GAC. 313/2009 y GAC.534/2009, entre otras. Senado de la República: GAC.828/2008; SEGUNDA VUELTA: GAC.374/2009, C.427/2009, GAC.466/2009 y GAC 737, entre otras.

transitorio acusado. Ante una nueva realidad de reglas más estrictas para el cambio de partido o movimiento político, respecto del diseño normativo previsto por la reforma política de 2003, el constituyente derivado consideró necesario fijar una norma de transición que permitiera que los miembros de corporaciones públicas que al momento de la reforma, desafilarse del partido o movimiento político que los había avalado, sin que incurrieran en las sanciones previstas por ese nuevo régimen, sanciones que, por supuesto, no existían cuando el miembro de la corporación pública había obtenido su investidura.

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

23. Es con base en estas premisas que debe la Corte detenerse en las condiciones particulares de la norma acusada. En primer término, la norma resulta aplicable para un periodo corto y específico, pues restringe su vigencia a los dos meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo 1º de 2009. De otro lado, la disposición agota su aplicabilidad en un solo instante, en la medida en que permite la inscripción en un partido distinto por una sola vez y dentro del plazo antes señalado. En tercer lugar, el efecto de la norma transitoria es relevar a los miembros de las corporaciones públicas que se inscriban en un partido distinto de las sanciones derivadas de quedar incurso en doble militancia, en especial la pérdida de la curul.

Finalmente, es importante destacar que la aplicación de la norma se muestra compatible con la prohibición de doble militancia y del régimen de bancadas, en la medida en que, contrario a como sucedió con la norma de rango legal analizada por la Corte en la sentencia C-342/06, la inscripción en un partido o movimiento político diferente opera de forma plena, sin que se establezca por parte de la norma acusada deberes de sujeción a las decisiones de bancada de la agremiación de origen. En ese sentido, una vez realizada la inscripción al partido o movimiento de acogida, el miembro de la corporación pública se somete a la disciplina de estas agremiaciones, a su régimen de bancadas, y a los deberes jurídicos que se derivan de la Constitución, la Ley y los estatutos internos de la organización política, entre ellos los referidos al régimen sancionatorio predicable de los actos de indisciplina frente a las decisiones de bancada que adopten los partidos a través de sus

mecanismos democráticos internos.

La norma demandada no configura una sustitución de la Constitución

[...]no es acertado sostener que la norma demandada sustituya la Constitución, puesto que se limita a prever una regla transitoria¹³ inmersa en una reforma constitucional amplia, que está dirigida precisamente al fortalecimiento de los principios y valores constitucionales que la demandante considera afectados. Incluso, la Sala advierte que la norma acusada, según sus particulares condiciones, puede válidamente comprenderse como un mecanismo para salvaguardar derechos constitucionales relevantes, como el derecho a elegir y a ser elegido (Art. 40-1 C.P.), al igual que el encauzamiento institucional de la garantía al derecho de conformar, pertenecer y retirarse de partidos o movimientos políticos (Art. 107 C.P.). Ello en tanto posibilita que los congresistas que decidiesen cambiar de partido y movimiento político no terminaran afectados retroactivamente por el nuevo régimen que, se insiste, establece condiciones más estrictas para esta opción.

[...]

Es evidente que las condiciones para que se configure la suspensión de la Constitución no están presentes en la norma demandada. Antes bien, la reforma política de 2009, vista en su conjunto, establece condiciones más exigentes en lo relativo a la disciplina de partidos y la representatividad democrática, cambios que de consuno apuntan al fortalecimiento de la democracia participativa y la soberanía popular. La disposición transitoria acusada no excluye un ámbito particular de la aplicación de la Carta, sino que establece una fórmula transicional entre dos modalidades de regulación de la doble militancia y el transfuguismo, uno más estricto y exigente que el otro. Es por ello que sus efectos son limitados en el tiempo y carecen de carácter definitivo ya que, como se expuso anteriormente, la legitimidad democrática de la investidura del miembro de la corporación que optó por inscribirse en un partido distinto deberá ser revalidada, con base en las reglas ordinarias, en el proceso electoral siguiente. Adicionalmente, el representante que cambia de partido no deja de estar atado, incluso bajo las nuevas condiciones más estrictas que prevé la reforma política de 2009, a la disciplina de partidos, al régimen de bancadas y a la vigencia de la prohibición de doble militancia. Por último, agotada la posibilidad temporal de inscribirse en un partido o movimiento político distinto que dispone la norma demandada, los miembros de las corporaciones públicas deberán cumplir con las precisas condiciones fijadas por el artículo 107 C.P. para ejercer la garantía constitucional de retirarse de tales agremiaciones. Todas estas razones permiten afirmar, sin duda alguna, que el párrafo transitorio demandado no suspende la eficacia normativa de la Constitución.”.

¹³ Sobre el carácter verdaderamente transitorio de la norma acusada y la compatibilidad entre este fallo y el precedente fijado por la Corte en la sentencia C-588/09 sobre la sustitución de la Carta Política derivada de reformas constitucionales nominalmente transitorias, pero con efectos suspensivos permanentes, *Vid. Infra*. Fundamento jurídico 26.3.

Las interpretaciones dadas por el demandante para señalar que el senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA, debía renunciar doce (12) meses antes a la curul, no resultan válidas pues, el Parágrafo Transitorio del artículo 1º, del Acto Legislativo No. 1 de 2009, por el cual se modificó el artículo 107 de la Carta Política, autorizó el cambio de partido político.

Lo antes dicho, descarta de plano el hecho de que el demandante esté incurso en una inhabilidad o prohibición que, eventualmente, implique algún reproche sancionatorio conducente a declarar la pérdida de investidura.

En suma, el demandante podía válidamente cambiarse de partido político en el lapso de los dos (2) meses que autorizó el Artículo 1º, Parágrafo Transitorio, del Acto Legislativo 1 de 2009, que reformó el artículo 107 de la Carta Política, sin que esta actuación fuese considerada fuera del ordenamiento jurídico o pueda ser considerada como prohibida o que su conducta pueda ser tipificada como transfuguismo político.

5.4. Conclusiones Finales

De otra parte, la Sala señala que, el denominado *transfuguismo político* que, por demás, puede calificarse, como en efecto se hace en esta decisión, como una conducta deleznable, cuando se hace por intereses personales y no por diferencias ideológicas irreconciliables que aparecen en el devenir político de los miembros de los partidos que ejercen la representación ante las Corporaciones Públicas.

El Acto Legislativo No. 1 de 2009, prevé que quien pretenda cambiar de partido político, debe renunciar a la curul que ocupa, por lo menos dentro del año anterior a su inscripción como candidato del nuevo partido al que desea pertenecer.

En efecto, como se destacó en el Informe Ponencia para el Segundo Debate Proyecto de Acto Legislativo 106 de 2008 Cámara, cuando, se refirió al contenido de la Reforma, específicamente lo relacionado con la “Responsabilidad de los partidos Prohibición y sanción de la doble militancia”, precisó que: “Si bien la Constitución vigente señala la prohibición a los ciudadanos para pertenecer de manera simultánea a más de un partido o movimiento político, se define la doble militancia y se propone que quién haya sido elegido por un partido o movimiento pertenezca a este hasta el final de su período y en caso de que quiera renunciar al mismo, deberá igualmente renunciar a su curul. Tampoco podrán apoyar candidatos de otros partidos si no han sido avalados por su partido de origen. Quien viole estos preceptos podrá ser sancionado con la pérdida de la curul o el cargo. Lo anterior con el propósito de establecer nuevos mecanismos para fortalecer partidos y movimientos y ponerle cortapisa a una de las prácticas que más afecta la legitimidad de los partidos políticos y se constituye en una grave burla a la representación ciudadana. **La implementación de este esquema impone como sanción la pérdida de curul (corporaciones) o el cargo (uninominales) según el caso, de acuerdo con el procedimiento que sea legalmente fijado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [...].”** (Destacado no es del texto).

Este mismo problema lo diagnosticó el Consejo de Estado, en los documentos de trabajo elaborados por esta Corporación, cuando se tramitó el proyecto de Reforma Política, que dio lugar a la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2009, al respecto, en esa oportunidad se precisó:

“Además, tampoco el contenido de la reforma es claro cuando regula la nueva figura de pérdida de la curul o cargo, porque no hace deslinde o diferencia entre los efectos que tal declaratoria ocasiona para el partido y de cuáles para el candidato. En este sentido es confusa e imprecisa.

Una Constitución Política, como norma fundante que es, fijadora de reglas básicas, no puede ocuparse de regular en detalle todos los aspectos de una materia. Es preciso evitar la constitucionalización de temas propios de ley.

El artículo 1° de la reforma trata la materia concerniente a las sanciones a los partidos políticos, pero remite al artículo 183, siendo que esta disposición consagra las causales de pérdida de investidura para la persona del congresista, y no establece sanciones para los partidos políticos.

Es equivocado armonizar la pérdida de la curul que básicamente es una sanción para el partido, con el artículo 183 de la Carta, porque este consagra las causales de pérdida de investidura de los congresistas, que es una sanción diferente a la que se pretende crear con la reforma, dirigida en contra del partido.

De otro lado, la reforma no le adiciona al artículo 183 de la Carta ninguna otra prohibición para el candidato, de índole similar a la que consagra en el inciso 6° del artículo 1° para el partido.

Es necesario entonces aclarar la redacción de la norma para precisar los alcances de la nueva figura ¿pérdida de la curul o cargo? determinando claramente su incidencia frente al partido y frente al candidato elegido.

Además, la conducta que en la reforma se tipifica como causante de pérdida de la curul o del cargo está circunscrita, en la norma al momento de otorgar aval a los candidatos. Esta redacción de la prohibición deja sin regular un espacio temporal en el cual es posible que se presente la misma conducta prohibida, cuando las condenas penales se producen concomitantemente con la declaratoria de elección, evento en el cual al no existir la condena para la época de recibir el aval, que es la condición temporal prevista, la situación quedaría por fuera de la sanción.

*Tampoco en el tema de la doble militancia política la reforma es clara y coherente. Ya en el actual artículo 107 de la Carta se prohíbe incurrir en esta conducta que doctrinariamente se ha dado en denominar transfuguismo electoral, y es tratada como materia cuya regulación se defiere a la ley. **Es entonces la ley la que debe determinar cuál es el alcance de violar dicha prohibición; si únicamente acarrea consecuencia de tipo disciplinario al interior de los partidos, o si se traduce en causal de nulidad de la elección e incluso, en causal de pérdida de investidura para el candidato que resulte elegido siendo trasgresor de esta conducta proscrita.***

*Por su parte, el texto de la reforma al artículo 107, como está previsto en el acto legislativo, **si lo que se quiere es que desde la Carta se establezcan las consecuencias de transgredir tal prohibición, continúa dejando sin precisar los efectos jurídicos concretos que en la práctica ocasiona violar la prohibición de incurrir en doble militancia política.***” (destacado no es del texto, lo subrayado sí).¹⁴

Conforme a lo antes expuesto, la Ley no ha regulado expresamente la existencia de una causal de pérdida de investidura para el miembro de una Corporación Pública que decida presentarse a la siguiente elección por un partido, sin

¹⁴ Gaceta del Congreso No. 96, del 3 de marzo de 2009, páginas 3 a 6.

renunciar, al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones,¹⁵ pero es lo cierto, que la prohibición de cambio de partido político, que es de rango constitucional, subsiste.

Es más conforme está redactada la prohibición de cambiar de partido político, sin la debida antelación, comporta una nueva inhabilidad, que puede dar lugar a la perdida de investidura, por aplicación del artículo 183-1 de la Carta Política.

En el presente asunto, como ya se indicó, el demandado, al estar autorizado para cambiar de partido político en las elecciones previstas para el periodo constitucional 2010 – 2014, porque: 1) El Artículo 1, Parágrafo Transitorio, del Acto Legislativo No. 1 de 2009, expresamente lo autorizó; 2) lo hizo dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición de dicha preceptiva, es decir dentro del plazo constitucional fijado; 3) el Acto Legislativo fue encontrado ajustado a la Constitución por la Corte Constitucional, tanto por defectos de forma como de fondo como se vio arriba; y 4) dicha autorización está en un todo ajustado al querer del Poder Constituyente Secundario que quiso otorgar un plazo de gracia para cambiarse de partido a los *“miembros de los Cuerpos Colegiados de elección Popular o a quienes hubiesen renunciado a su curul”*. Consecuencialmente, es claro que el Senador Acusado no está inmerso en alguna prohibición y su conducta, por no ser reprochable, no puede catalogarse como gestora de la pérdida de su investidura como Congresista.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA

¹⁵ El Parágrafo Transitorio 2º, del Acto Legislativo 1 de 2009, ordena que *“El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de agosto de 2009, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle este artículo.// El Proyecto tendrá mensaje de urgencia y sesiones conjuntas y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.”*. Sin embargo, a la fecha no ha sido expedida dicha Ley Estatutaria.

Deniégase la solicitud de pérdida de investidura del Senador CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA, solicitada por el ciudadano CARLOS ALBERTO GARCÍA OVIEDO.

Comuníquese esta decisión a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior y de Justicia, para lo de sus respectivas competencias.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y EN SU OPORTUNIDAD ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE.

MAURICIO ALFREDO FAJARDO GÓMEZ

Presidente

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ (E) VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO F. BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA T. BRICEÑO DE VALENCIA

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

CARMEN TERESA ORTÍZ DE RODRÍGUEZ

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE P.

DANILO A. ROJAS BETANCOURTH

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

MAURICIO TORRES CUERVO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ALFONSO MARÍA VARGAS RINCÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
Secretario General

**ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA (E) GLADYS AGUDELO
ORDOÑEZ**

INTERPRETACION DE LAS CAUSALES DE DESINVESTIDURA - Alcance restrictivo y no extensivo / TRANSFUGISMO - La incursión en su prohibición no conlleva la sanción de pérdida de investidura

En primer lugar, considero que al Juez no le está permitido emitir juicios valorativos en relación con las conductas que se hallan proscritas por la Constitución o la ley; tal función corresponde, precisamente, a quien por mandato constitucional está facultado para crear, subrogar o abrogar las normas jurídicas positivas, de lo contrario, el Juez tomaría parte en la determinación de las conductas que, en su entender, constituyen valores o antivalores y, sin duda, tal comportamiento genera una influencia subjetiva que afecta la decisión que debe adoptar. Precisamente, la providencia objeto de aclaración alude al transfugismo asignándole el calificando de “deleznable” y a continuación señala que la incursión en tal conducta “...comporta una inhabilidad, que puede dar lugar a la pérdida (sic) de investidura, por aplicación del artículo 183-1 de la Carta Política...”. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en distintas oportunidades que la posibilidad de deprecar la pérdida de investidura obedece “al empeño del constituyente de ordenar la gestión de los intereses públicos y a la necesidad de contar con un mecanismo que permita preservar la dignidad que implica ser

miembro de la más alta Corporación de la democracia participativa dentro del Estado de Derecho y a la cual corresponde ejercer, fundamentalmente, la labor legislativa...”, de allí que se halla erigido como una sanción para los Congresistas que incurran en violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en los casos taxativamente dispuestos por la norma, en violación al régimen de conflicto de intereses, en el incumplimiento de algunos de los deberes inherentes a la dignidad del cargo, -salvo circunstancias de fuerza mayor- o cuando resulten responsables por la indebida destinación de dineros públicos o por el tráfico de influencias debidamente comprobado. La taxatividad de la infracción y de la pena obedece fundamentalmente a la naturaleza y a la drástica sanción que reviste la institución, de manera que no toda prohibición en la cual incurran los miembros de las Corporaciones Políticas, por deleznable que parezca, genera indefectiblemente la sanción de pérdida de investidura. Es decir, la interpretación de las causales y el efecto de incurrir en la conducta proscrita debe ser analizado con alcance restrictivo, mas no extensivo como lo plantea la providencia objeto de aclaración. En efecto, no existe duda de que la prohibición se halla proscrita por la Constitución Política, sin embargo, la norma no ha tenido desarrollo Constitucional o legal, pues no se han previsto las consecuencias jurídicas que se desprenden de incurrir en la conducta prohibida y conforme a lo expuesto en precedencia, el juez no puede extender los efectos de la prohibición para imponer la drástica sanción de pérdida de investidura por el simple hecho de estimar reprochable la conducta, ubicándola como una apéndice de las inhabilidades dispuestas del artículo 183-1 de la Constitución Política. Por lo expuesto considero que en el estado actual, la incursión en prohibición no conlleva la sanción de pérdida de investidura. El precepto debe ser objeto de desarrollo legal, tal como lo dispuso el parágrafo transitorio 2º del Acto Legislativo 01 de 2009 y es en la ley donde se debe prever la consecuencia jurídica de infringir la norma.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00873-00(PI)

Actor: CARLOS ALBERTO GARCIA OVIEDO

Demandado: CARLOS EMIRO BARRIGA PEÑARANDA

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, a continuación expongo las razones por las cuales aclararé mi voto en el fallo proferido el día 9 de noviembre de 2010 dentro del proceso de la referencia.

Acompaño la decisión adoptada por la Sala porque, a mi juicio, era evidente que el Senador Barriga Peñaranda cambió de partido, al amparo de la norma contenida en el párrafo transitorio 1 del artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2009, dentro del término dispuesto para el efecto.

Sin embargo disiento del análisis consignado en la providencia en el numeral 5.4 de la parte motiva, denominado “Conclusiones Finales”.

En primer lugar, considero que al Juez no le está permitido emitir juicios valorativos en relación con las conductas que se hallan proscritas por la Constitución o la ley; tal función corresponde, precisamente, a quien por mandato constitucional está facultado para crear, subrogar o abrogar las normas jurídicas positivas, de lo contrario, el Juez tomaría parte en la determinación de las conductas que, en su entender, constituyen valores o antivalores y, sin duda, tal comportamiento genera una influencia subjetiva que afecta la decisión que debe adoptar.

Precisamente, la providencia objeto de aclaración alude al transfuguismo asignándole el calificando de “*deleznable*” y a continuación señala que la incursión en tal conducta “...*comporta una inhabilidad, que puede dar lugar a la pérdida (sic) de investidura, por aplicación del artículo 183-1 de la Carta Política...*”.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en distintas oportunidades que la posibilidad de deprecar la pérdida de investidura obedece “*al empeño del constituyente de ordenar la gestión de los intereses públicos¹⁶ y a la necesidad de contar con un mecanismo que permita preservar la dignidad que implica ser miembro de la más alta Corporación de la democracia participativa dentro del Estado de Derecho y a la cual corresponde ejercer, fundamentalmente, la labor legislativa...*”, de allí que se halla erigido como una sanción para los Congresistas que incurran en violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en los casos taxativamente dispuestos por la norma, en violación al régimen de conflicto de intereses, en el incumplimiento de algunos de los deberes inherentes a la dignidad del cargo, - salvo circunstancias de fuerza mayor- o cuando resulten

¹⁶ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2005; radicado No. 11001-03-15-000-2004-01216-00(PI). En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de junio de 2009. Radicado No. 110010315000200900291-00

responsables por la indebida destinación de dineros públicos o por el tráfico de influencias debidamente comprobado.

La taxatividad de la infracción y de la pena obedece fundamentalmente a la naturaleza y a la drástica sanción que reviste la institución, de manera que no toda prohibición en la cual incurran los miembros de las Corporaciones Políticas, por deleznable que parezca, genera indefectiblemente la sanción de pérdida de investidura. Es decir, la interpretación de las causales y el efecto de incurrir en la conducta proscrita debe ser analizado con alcance restrictivo, mas no extensivo como lo plantea la providencia objeto de aclaración.

En efecto, no existe duda de que la prohibición se halla proscrita por la Constitución Política, sin embargo, la norma no ha tenido desarrollo Constitucional o legal, pues no se han previsto las consecuencias jurídicas que se desprenden de incurrir en la conducta prohibida y conforme a lo expuesto en precedencia, el juez no puede extender los efectos de la prohibición para imponer la drástica sanción de pérdida de investidura por el simple hecho de estimar reprochable la conducta, ubicándola como una apéndice de las inhabilidades dispuestas del artículo 183-1 de la Constitución Política.

Por lo expuesto considero que en el estado actual, la incursión en prohibición no conlleva la sanción de pérdida de investidura. El precepto debe ser objeto de desarrollo legal, tal como lo dispuso el párrafo transitorio 2º del Acto Legislativo 01 de 2009 y es en la ley donde se debe prever la consecuencia jurídica de infringir la norma.

Respetuosamente,

GLADYS AGUDELO ORDÓNEZ