

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA PLENA

Medellín, dieciséis (16) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO: Pérdida de investidura
DEMANDANTE: Veeduría Ciudadana Transparencia Electoral
DEMANDADO: Juan Carlos Upegui Vanegas
RADICADO: 05001 23 33 **000 2023 01243 00**
Acumulados 05001 23 33 000 2023 1236 00
05001 23 33 000 2024 0013 00
INSTANCIA: Primera

Magistrado disidente: CARLOS ENRIQUE PINZON MUÑOZ

Con el respeto que merecen las consideraciones de mis compañeros de Sala, expongo a continuación las razones que me llevan a disentir de la posición mayoritaria, en lo que respecta a la definición de la Litis, pues considero que no ha debido declararse la pérdida de investidura del Concejal de Medellín JUAN CARLOS UPEGUI VANEGAS, designado de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 en armonía con el artículo 112 Constitucional, a través del derecho fundamental a la oposición.

La tesis de mi disidencia se funda en las siguientes premisas: i) La participación política en nuestro sistema es el eje del sistema democrático, ii) La oposición es un derecho fundamental, iii) En materia sancionatoria la analogía *in malam partem* está proscrita, iv) Las reglas de interpretación constitucionales nos obligan a dejar explícitas las posiciones jurisprudenciales contradictorias, y acoger la que más se avenga con la realización efectiva de los derechos en juego.

1. La participación política es un principio axial de nuestro sistema normativo

La democracia participativa es un concepto amplio y contemporáneo que rebasa el de la simple democracia representativa, en tanto le entrega garantías de efectividad al ciudadano (artículo 2 de la C.P.) y se integra con el carácter pluralista del modelo de Estado Social de Derecho¹.

El pluralismo se opone al unanimismo y por ende acepta el juego *"de las diferentes opciones ideológicas; desconfía de la homogeneidad, porque reconoce la heterogeneidad de la sociedad, así como la existencia de los grupos a los que pertenecen los individuos; rechaza el carácter absoluto de las opiniones o tendencias, ya que le otorga legitimidad a los distintos puntos de vista; promueve la participación política en la medida en que da oportunidad de expresarse a diversas propuestas y grupos sociales y supone la aceptación de las reglas fijadas para tornar viable esa expresión y hacerla accesible a todos"*²

De este modo el pluralismo presenta dos dimensiones: i) la ideológica, y ii) la institucional, que son el eje de la democracia representativa y, de manera especial, se justifica en el derecho a la oposición, o derecho a disentir como minoría política dentro del dialogo que legitima el sistema democrático.

Tal y como lo ha reiterado la Corte Constitucional, entonces, *"el ejercicio político de la crítica requiere de la intercomunicación entre las personas; de lo contrario las voces disidentes se desvanecen y pierden eficacia, especialmente en la sociedad actual en la que lo político, entre otros aspectos de la vida social, pasa por el tamiz de los medios de comunicación"*

Precisamente el artículo 112 de la Constitución Política prevé la garantía de la oposición como derecho de las colectividades políticas organizadas, mientras el artículo 40 de la Carta lo hace como garantía para todo ciudadano. De este modo se articuló el derecho a disentir políticamente como uno de corte fundamental, de ahí que requiere de la garantía de efectividad.

Ese rasgo característico del derecho fundamental, su efectividad, en el marco del de oposición en Colombia se desarrolló del denominado Estatuto de la Oposición (Ley 1909 de 2018). Concretamente esta normativa, en su artículo 25 consagra como garantía de la oposición la posibilidad de designar, a quien ocupase el segundo lugar en votación, en la

¹ Sobre el pluralismo, Cfr, entre otras: Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010.

² Ibídem.

Corporación pública que corresponda al nivel en el que se materializó el derecho político a ser elegido, en una curul.

ARTÍCULO 25. Curules en las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones. Con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 7 de esta ley y harán parte de la misma organización política

De modo que la designación en una curul, para quien siga en votos a quien resulte electo en la entidad territorial, en la corporación pública de elección popular de ese nivel tiene un sentido específico constitucional que es dotar de efectividad el derecho fundamental a la oposición, eje transversal de la democracia.

En el caso que nos ocupa, debe partirse de la premisa de que el señor JUAN CARLOS UPEGUI VANEGAS fue *designado* como Concejal de Medellín, gracias al sistema de garantías normativas que se han dispuesto para ejercitar de forma material el derecho fundamental a la oposición, que de manera indirecta recae en la ciudadanía y se ejerce a través de la colectividad política organizada, de ello no hay duda.

2. El derecho a la oposición es un derecho fundamental

De lo anteriormente referido, se evidencia que el derecho a la oposición en Colombia tiene rango de fundamental. Sin duda, la Corte Constitucional, al revisar en el año de 1994 una disposición estatutaria que consagraba el ejercicio de la oposición política como un derecho, resaltó que el ejercicio de la oposición política implicaba el acceso a ciertos derechos constitucionales fundamentales, mismos que ya han sido descritos. Más adelante, la jurisprudencia constitucional, avanzó hacia el reconocimiento directo de ese carácter fundamental, en los siguientes términos:

“Así, ha sostenido la Corte que las garantías institucionales se deben entender como un límite al margen de configuración del legislador, por cuanto, “[g]ozan de protección, especialmente frente al legislador, pues a este último al regularlas le estaría vedado suprimirlas, vaciarlas de contenido o desfigurarlas”; en este sentido el ejercicio de la oposición política es una garantía para el sistema democrático y para las organizaciones políticas, pues un régimen democrático dejaría de ser tal si no se permitiera el ejercicio de la oposición política. No obstante lo anterior, en observancia del listado de derechos contenidos en el artículo 112 Superior, se infiere que se encuentra dentro de la competencia del legislador la determinación de los medios (porcentajes de financiación, determinación de los espacios en medios de comunicación, etc.) para lograr la protección de dicho ejercicio de la oposición política.”³

³ Corte Constitucional, Sentencia C-018 de 2018.

De igual forma, la Corte en su jurisprudencia temprana, concretamente en las sentencias T-002 de 1992 y T-406 de 1992, fijó unos de criterios para el reconocimiento de un derecho como fundamental. Así, aunque *prima facie* el respeto por el principio democrático implica que el legislador pueda definir derechos fundamentales y sus contenidos esenciales, a través de los mecanismos que la Constitución se lo permite, es necesario también pasar tal reconocimiento por el tamiz de los criterios que esta Corte ha fijado para el identificar un derecho, como fundamental autónomo:

“En lo concerniente a los requisitos esenciales del derecho se hacía mención de tres. El primero, implicaba que la concepción del derecho como fundamental, suponía la conexión de este con un principio. El segundo, postulaba que la fundamentalidad comportaba la eficacia, entendida como la posibilidad de hacer efectivo el derecho a partir del texto constitucional sin que mediase intermediación normativa, esto es, no se requiere la presencia de la ley u otro tipo de preceptiva para lograr la efectividad del derecho. Finalmente, se exponía en la providencia la existencia, en el derecho, de un contenido esencial. Este contenido esencial, está excluido de la decisión por parte de las mayorías políticas.”^[202]

A través de esta evolución jurisprudencial del criterio de derecho fundamental que ha hecho la Corte Constitucional se *“ha concluido que todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales, pues cada uno de ellos encuentra un vínculo inescindible con el principio de dignidad humana, fundante y justificativo del ESDD”*⁴

De la misma manera la sentencia C-288 de 2012 señaló:

“Las propiedades de interdependencia e indivisibilidad han permitido concluir a la jurisprudencia constitucional que “los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) sobre cuya fundamentalidad existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario.” A su vez, ese mismo precedente determina que la posibilidad de “traducción” en derechos fundamentales subjetivos es un asunto que debe analizarse en cada caso y hace referencia a la posibilidad de determinar la existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental en el evento enjuiciado o de establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de tutela, a partir de los citados consensos”.

En definitiva, en la Sentencia C- 018 de 2018, el tribunal de cierre constitucional dispuso:

“En este sentido, es innegable que el ejercicio del control político por parte de una persona o ciudadano es un componente del derecho fundamental a la participación política, contenido en el artículo 40 de la Constitución, siempre que sea ejercido por dichos ciudadanos a través de los mecanismos que para su efectividad consagra el mencionado artículo.

Finalmente, considera la Corte que el artículo 3 del PLEEO, mediante el cual el legislador estatutario desarrolló los artículos 40 y 112 de la Carta, resulta ajustado a

⁴ Vid, por todas, Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014.

la Constitución, por cuanto, de una interpretación sistemática de dichos mandatos constitucionales, se puede inferir que el derecho fundamental a la oposición política es no solo (i) una garantía institucional para las organizaciones políticas que participan en el sistema democrático que se declaren en oposición al Gobierno, por lo que se erige en un límite a las competencias legislativas; sino también (ii) un derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en el control del poder político.”.

Por tanto, que no cabe duda de que el derecho a la oposición es de carácter fundamental y, por ende, debe ser garantizado por todas las autoridades públicas (artículo 2 de la Constitución Política) incluidas, por supuesto, las judiciales.

De igual forma, por si perviviera alguna duda, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que es deber de los Estados maximizar el concepto democrático, en los siguientes términos:

“Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”

“En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria del 11 de septiembre de 2001, durante el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. En dicho instrumento se señala que: [s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos

“La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”.⁵

De modo que, el ejercicio efectivo de las garantías políticas es un fin en sí mismo de las sociedades democráticas, como la nuestra, y por ende un derecho fundamental el de presentar oposición política, no solo ideológica, sino institucional a través de las figuras desarrolladas con ese fin por el sistema normativo, tal como sucede dentro de nuestra estructura jurídica a través de los artículos 40 y 112 de la Carta Política, pero particularmente

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman Vs. México, párr. 141-143; sentencia del 6 de agosto de 2008. En similar sentido la sentencia Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia señaló: “140. Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos”

a través del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, denominada Estatuto de la Oposición, cuando consagra la designación en una curul en la Corporación de elección popular para quien siguiere en votación al ganador de la contienda electoral territorial.

3. El principio de taxatividad estricta en materia sancionatoria no permite la analogía en *In Malam Partem*

Dentro de nuestro ordenamiento normativo el deber jurídico para los jueces y magistrados de juzgar no es posible rehusar so pretexto de *la oscuridad o insuficiencia de la ley*, tal y como dispone el artículo 48 de la Ley 153 de 1887. Una eventual laguna del sistema habilita al juzgador para acudir a la analogía, principio fundante de la función interpretativa y correctora que, por excepción, recae en el fallador.

En el sub examine, la decisión mayoritaria convalida la aplicación de una causal de inhabilidad, y por ende de pérdida de investidura del edil, por analogía, pues se admite que existe una laguna normativa al no estar consagrada expresamente la causal que se aplica para quien, como en el caso concreto, es designado concejal en garantía del derecho fundamental a la oposición consagrado en el artículo 112 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018. En su lugar, estima la Sala que es el régimen de inhabilidades consagrado en la Ley 136 de 1994 en concordancia con la Ley 617 de 2000 pasible de ser aplicado en este caso concreto. Cito disposiciones que se refiere en el texto principal:

La ley 136 de 1994⁶, establece en el numeral segundo del artículo 55 que los concejales pierden la investidura por violación al régimen de inhabilidades, así:

"ARTÍCULO 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL. Los concejales perderán su investidura por:

1. La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo [291](#) de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho.
2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses..." Resaltos intencionales.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 43 ídem, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, establece como inhabilidad:

"ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. <Artículo modificado por el artículo [40](#) de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> **No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:**
(...)

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo

⁶ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización de los municipios

municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha.” (Resalto fuera del texto original)

Sobre la cuestión, es cierto que el sistema jurídico permite al juez acudir a la analogía en casos de lagunas normativas, sin embargo, ese ejercicio tiene unas limitaciones y excepciones. En materia del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, está prohibida la analogía *in malam partem*, o en desventaja, pues riñe con el principio de taxatividad, o tipicidad estricta, que es el pilar del debido proceso constitucional y, con él, del derecho de defensa (artículo 29 de la Constitución Política).

Este principio fundamental de la legalidad de las sanciones ha sido resaltado en varias ocasiones por el Consejo de Estado. En un reciente pronunciamiento, sobre el punto, la Corporación de cierre señaló:

El principio de legalidad (también conocido como principio de taxatividad o tipicidad) limita la competencia del funcionario que ostenta la potestad sancionatoria, a partir de parámetros sustanciales (juzgamiento conforme con las leyes preexistentes al acto que se imputa, según lo prevé el artículo 29 CP) y parámetros procesales (formas propias del juicio). El principio de legalidad responde al aforismo nulla crimen, nulla poena sine lege. Se trata del principio de tipicidad, que, en términos sencillos, es un mandato al legislador para:

(i) Que la ley describa expresamente el comportamiento reprochable y punible (*lex scripta*).

(ii) Que la ley que describa el comportamiento sea anterior (*lex praevia*) a la conducta que se va a sancionar. Comúnmente es conocido como el principio de irretroactividad de la ley en materia punitiva.

(iii) Que la conducta reprochada esté definida con cierto grado de certeza para que resulte entendible (*lex certa*). **Se incluye la prohibición de analogía juris, analogía legis o la interpretación extensiva (in malam partem o interpretación para perjudicar)**, sin perjuicio de la norma en blanco y del concepto jurídico indeterminado, que están permitidos en materia sancionatoria, siempre que cumplan con un grado mínimo de determinación razonable. Desde luego, la taxatividad no enerva la posibilidad de que el juez interprete las causales para superar ambigüedades, vacíos o simplemente para delimitar el alcance de la conducta reprochada⁷. (Resalto)

Por tanto, la analogía que se hace en la decisión mayoritaria resulta lesiva del principio de taxatividad y por ende se configura en una afrenta al derecho fundamental al debido proceso

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2021, Expediente 11001-03-15-000-2020-04535-01(PI), M.P. JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

y al de legalidad estricta en materia punitiva. Sobre el principio de taxatividad, también recientemente, la Sala Plena del Consejo de Estado reiteró:

“66. La importancia del principio de taxatividad en el ámbito sancionatorio de la pérdida de investidura, ha sido resaltada por esta Corporación al considerar que “[...] Entre esas garantías se destaca el principio de taxatividad, por virtud del cual se precave, de una parte, que sean sólo las conductas que la Constitución incluye como constitutivas de las causales de pérdida de investidura, las que puedan dar lugar a este juicio de reproche y, de otra, que el juez esté sometido al imperio de la ley de manera exclusiva y que, en consecuencia, **deba abstenerse de crear causales de pérdida de investidura, aún en los eventos en los cuales se pueda concluir que un congresista incurrió en una conducta contraria a la ética** [...]” (Subraya la Sala)

67. De acuerdo con lo anterior, la investidura de congresista, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política genera una serie de obligaciones frente a su electorado, que implica, de su parte, la asunción de conductas acordes con los intereses del conglomerado y muchas de las cuales tienen su configuración en los supuestos de hecho que fijó el Constituyente en el artículo 183 como causales de pérdida de investidura, pero no es posible extender el alcance de la sanción de pérdida de investidura a los asuntos no establecidos de manera precisa como susceptibles de este tipo de reproche, por lo que las conductas que se enmarcan en el código de ética y el régimen disciplinario de los congresistas, previstas en la Ley 1828 de 2017, quedan por fuera de su ámbito de aplicación.⁸ (Resalto original)

De modo que, ni siquiera ante una conducta contraria a la ética, como bien puede haberse configurado el presente evento, se permite al juez ir más allá de la legalidad estricta de la sanción, punto en el que la decisión mayoritaria no se detiene al convalidar su posición únicamente a través de una referencia jurisprudencial.

Resalto que la decisión mayoritaria está creando una nueva causal de pérdida de investidura pues si se repara en la inhabilidad que por vía analógica se plasma, está dispuesta para quien *se inscriba y resulte elegido concejal*, no para quien, como en este caso sea ***designado*** en virtud de una garantía al derecho fundamental a la oposición prevista en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

Sin duda, el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, que es el que se aplica en la decisión mayoritaria señala:

“ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> **No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:**
(...)

No cabe duda entonces que la taxatividad del texto impide extender sus efectos a quien ha sido *designado* pues no lo contempla, lo que ciertamente comporta una laguna normativa,

⁸Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 20 de octubre de 2021, expediente 11001-03-15-000-2020-03359-01 (acumulado).

pero no por ello puede crearse una causal de pérdida de investidura que contraría el principio fundamente de la tipicidad previa y el de la legalidad de la sanción.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- CIDH, ha resaltado la obligación de garantizar el debido proceso en todo tipo de procedimientos, en el siguiente sentido:

Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [...] La obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁹

De hecho, entonces, se trata de una de las denominadas obligaciones positivas del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁰ que se manifiestan, con diversas intensidades, en los sistemas regionales de protección internacional y, por supuesto, en nuestro sistema normativo a través del bloque de constitucionalidad, y particularmente a través de la norma estricta contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, por lo que su carácter preceptivo y vinculante no está en discusión.

Finalmente, por si quedara alguna duda sobre el imperativo normativo, el artículo 9 de la Convención Americana recoge una de las más antiguas garantías del *ius puniendi* que es el principio de legalidad. Ya en el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que «[e]n un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo».¹¹ Tanto razones de justicia como de seguridad jurídica sustentan esta regla, que también se debe verificar a través de la interpretación judicial.

⁹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166.

¹⁰ Cfr., con más detalle en: Corte IDH. Caso Valle Jaramillo vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2008, párrafo 98.

¹¹ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafo 97; y Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de noviembre de 2004, párrafo 104.

4. El criterio de autoridad en que se funda la decisión mayoritaria es un argumento falaz

El argumento de autoridad que se consigna en la decisión mayoritaria según el cual la jurisprudencia del Consejo de Estado¹² ya ha definido esta posibilidad y por ende se sujeta a esa referencia para apoyar la decisión, merece varias observaciones, a saber:

En primer lugar, no existe analogía estrecha entre el caso que se trae como criterio jurisprudencial y el caso debatido, pues la decisión a la que alude la mayoría estudió una causal de pérdida de investidura diferente a la aquí tratada, pues en ese debate el centro de discusión fue la falta de posesión del concejal designado. Y este punto no es para nada anodino, en la medida en que al crearse una regla jurídica el juzgador debe partir de la norma aplicable al caso por extensión, con perfecta delimitación de su contenido y alcance. En el caso concreto, una es la finalidad de una causal que impide la ventaja en los comicios, que es el centro de atención de la Sala, y otra, por cierto, muy distinta, la ausencia en la toma de posesión del cargo, que es el supuesto de la decisión que se cita como argumento de autoridad.

De otro lado, en gracia de la discusión, si se aceptare que es un caso idéntico repárese que no se trata de un precedente vinculante en la medida en que no es una sentencia de unificación. Sin duda, precedente es la regla contenida en una decisión de Sala Plena sí, pero con la expresa intención de, *por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver divergencias en su interpretación y aplicación*, en los términos del artículo 270 del CPACA, supuestos que no contiene la jurisprudencia que se cita en el texto que contiene la decisión mayoritaria.

Ahora, si se considerara que es una decisión de unificación por ser emitida por la Sala Plena de la Corporación de cierre, este Tribunal está habilitado para discrepar de esa regla en la medida en que existen decisiones contrarias que orientan en sentido inverso. Ya he citado una, más reciente en el tiempo a la que se refiere en el texto principal, y que, en lo que interesa para la discusión, vuelvo a aludir:

"66. La importancia del principio de taxatividad en el ámbito sancionatorio de la pérdida de investidura, ha sido resaltada por esta Corporación al considerar que "[...] Entre esas garantías se destaca el principio de taxatividad, por virtud del cual se precave, de una parte, que sean sólo las conductas que la Constitución incluye como constitutivas de las causales de pérdida de investidura, las que puedan dar lugar a este juicio de reproche y, de otra, que el juez esté sometido al imperio de la ley de

¹² Cfr., la sentencia en cita: Consejo de Estado, sentencia del 11 de marzo de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdéz, expediente 15001-23-33-000-2020-01680-01(PI)

manera exclusiva y que, en consecuencia, **deba abstenerse de crear causales de pérdida de investidura, aún en los eventos en los cuales se pueda concluir que un congresista incurrió en una conducta contraria a la ética** [...]” (Subraya la Sala)

67. De acuerdo con lo anterior, la investidura de congresista, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política genera una serie de obligaciones frente a su electorado, que implica, de su parte, la asunción de conductas acordes con los intereses del conglomerado y muchas de las cuales tienen su configuración en los supuestos de hecho que fijó el Constituyente en el artículo 183 como causales de pérdida de investidura, pero no es posible extender el alcance de la sanción de pérdida de investidura a los asuntos no establecidos de manera precisa como susceptibles de este tipo de reproche, por lo que las conductas que se enmarcan en el código de ética y el régimen disciplinario de los congresistas, previstas en la Ley 1828 de 2017, quedan por fuera de su ámbito de aplicación.¹³(Resalto original)

Resulta una obviedad que, en el referente que cito y que, como he resaltado, es también de Sala Plena de la Corporación de cierre, y más reciente en el tiempo al que alude el texto aprobado por la mayoría, contiene una regla totalmente contraria a la que sirve de apoyo a la decisión de la que me aparto. En esta ocasión el Tribunal de cierre concluye que el juez de lo contencioso administrativo no puede crear causales de pérdida de investidura que no estén taxativamente consagradas en la ley, por la evidente lesión que ello significaría para las garantías del debido proceso y presunción de inocencia del acusado.

De modo que, según las reglas consagradas a través de nuestra jurisprudencia constitucional que reinterpretó el artículo 230 de la Constitución Política¹⁴, cuando existe ambivalencia en la regla jurisprudencial el juez o tribunal está autorizado para elegir cuál es la regla que aplicará al caso, todo, como se debió haber considerado en este caso, bajo la lectura normativo-constitucional que obliga a concluir que el derecho fundamental a la oposición es una garantía que no puede ser desconocida.

En definitiva, lo que ha debido contener la decisión de la que me aparto, con sujeción estricta a la regla constitucional que se alude, es la referencia explícita de esta contracción que resalto a través de mi escrito de disenso en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y luego sí tomar una postura, siempre asegurándose de adoptar el criterio que más se ajuste con la realización efectiva de los derechos en juego, máxime cuando se trata de derechos de raigambre fundamental como en efecto lo son el derecho a la oposición, el debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

De hecho, por si no fuera clara la regla de interpretación constitucional que nos vincula, el *principio de inercia* dentro de la teoría de la argumentación jurídica habilita al juez para

¹³Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 20 de octubre de 2021, expediente 11001-03-15-000-2020-03359-01 (acumulado).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

decidir en un caso similar con una regla distinta, cuando aquella sea una decisión *contra iuris*, injusta o sin coherencia normativa.

En síntesis, me aparto de la decisión mayoritaria por cuanto la regla que crea el Tribunal por la vía de la analogía *in malam partem*, genera una grave antinomia con los principios axiales de nuestro sistema jurídico, al desconocer el concepto de la democracia deliberativa, el derecho fundamental al disenso a través de la oposición, el de la oposición institucional al desconocerse la garantía material que ofrece el artículo 25 de la Ley 1909; además, porque en mi sentir no consulta las reglas de aplicación del precedente dispuesta en la jurisprudencia constitucional; de igual forma, por apartarse del sentido amplio que debe imprimírsele a los derechos en juego conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a las reglas contenidas en los artículos 8, 9 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referidas a las garantías de defensa, el principio de tipicidad y la garantía de efectividad para quien ejerce políticamente.

En los anteriores términos, con el respeto acostumbrado ante mis compañeros de la Sala Plena de este Tribunal, queda sustentado mi salvamento de voto.

Atentamente,

CARLOS ENRIQUE PINZÓN MUÑOZ

Magistrado

Fecha ut supra.

Firmado Por:

Carlos Enrique Pinzon Muñoz

Magistrado

Tribunal Administrativo De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **de507fa82ed3548b6e6e8a4e48ce83d0ab0d7f574ad448257ff8c9123df7d2f4**

Documento generado en 16/02/2024 05:01:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>