

NULIDAD ELECTORAL – Contra el acto de elección de diputado a la Asamblea departamental del Meta / DOBLE MILITANCIA – Concepto / DOBLE MILITANCIA – Modalidades / DOBLE MILITANCIA – Elementos de la modalidad de apoyo

La prohibición de doble militancia fue introducida en el ordenamiento jurídico colombiano con el fin de dar seriedad y fortalecer las instituciones de las agrupaciones políticas para evitar que sus militantes desplegaran conductas contrarias a los principios y lineamientos propios de cada uno de ellos. (...). [E]s claro que la doble militancia tiene varias manifestaciones, algunas de ellas consagradas en la misma Carta Política, otras introducidas por la Ley 1475 de 2011, las cuales han sido consolidadas por la jurisprudencia de la Sección en cinco modalidades, según sus destinatarios, así: i) Los ciudadanos: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político.” (Inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011). ii) Quienes participen en consultas: “Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.” (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política). iii) Miembros de una corporación pública: “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”. (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011). iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: “Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011). v) Directivos de organizaciones políticas: “Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos” (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011). (...). Preciado lo anterior, se tiene que frente a los elementos de la doble militancia en la modalidad de apoyo, que es la que se alega en este caso, esta Sección ha dicho que se deben demostrar los siguientes elementos: Elemento subjetivo: El deber de abstención que se deriva de la prohibición de la doble militancia en su modalidad de apoyo cobija, además de quienes detentan cargos de dirección, gobierno, administración o control en los partidos y movimientos políticos, a los miembros de las organizaciones políticas que han sido elegidos o aspiran a serlo en cargos o corporaciones de elección popular. Por lo anterior, la demostración de esta manifestación de doble militancia exige que el demandado ostente cualquiera de las calidades referidas. Elemento objetivo: La conducta proscrita consiste en apoyar aspirantes inscritos por partidos y movimientos políticos que difieren de aquél al que pertenece el accionado. (...). En lo que refiere a la naturaleza del apoyo, se ha reconocido que la asistencia censurada debe ser el resultado de la ejecución de actos positivos y concretos que demuestren el favorecimiento político al candidato de otra organización. (...). Pero no solo estos aspectos del respaldo proscrito han sido delimitados por la

jurisprudencia de la Sección Quinta, pues igualmente ella ha hecho referencia a la frecuencia con la que deben producirse las acciones que denotan asistencia, afirmando que los actos de acompañamiento político no requieren ser actos de tracto sucesivo o continuo, sino instantáneos, de donde se colige que la configuración de esta modalidad de la doble militancia puede probarse a través de una sola manifestación de apoyo en el contexto de la campaña política. De otra parte, se ha establecido que el apoyo indebido se configura de manera independiente al resultado electoral obtenido por el candidato asistido –carácter autónomo del patrocinio– razón por la que no se hace necesario que “...el apoyo tenga incidencia real en el resultado de la elección, pues al regular la doble militancia la Ley 1475 de 2011 no incluyó ninguna condición de este carácter, ni limitó sus alcances a este tipo de factores.” Finalmente, la Sala ha expresado que la probanza del comportamiento prohibido en la legislación electoral debe llevar al juez a un estado de convicción que, más allá de cualquier duda razonable, permita acreditar la ocurrencia de un actuar a través del cual se persigue el impulso proselitista de una candidatura extraña a la avalada por el partido o movimiento político del que hace parte el accionado. (...). Elemento temporal: Se ha destacado que, a pesar de que el inciso 2 del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, no hace referencia expresa al período o plazo en el que deben producirse los apoyos, una interpretación sistemática y con efecto útil de la norma conlleva aceptar que la materialización de la asistencia indebida debe suceder en el contexto de la campaña política, toda vez que “...solo durante ese lapso se puede hablar de candidatos en el sentido estricto de la palabra”; término que se extiende desde el momento en el que el ciudadano acusado inscribe su aspiración y va hasta la fecha de la elección. Elemento modal de la conducta: La incursión en la prohibición de doble militancia en su modalidad de apoyo exige que el partido o movimiento político que avaló la postulación del acusado haya inscrito una candidatura propia al cargo de elección popular de que se trate, comoquiera que solo en estos eventos puede reprocharse la defraudación a la lealtad partidista exigida al candidato sometido al medio de control de nulidad electoral. Sin embargo, no solo la inscripción da por acreditado este presupuesto, teniendo en cuenta que, como ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala de Sección, el desconocimiento de los apoyos expresos dados por un partido o un movimiento político a una causa proselitista distinta de la suya, –aunque no exista registro de una aspiración particular–, pueden llevar a cristalizar igualmente la causal de inelegibilidad erigida en el artículo 2.2 de la Ley 1475 de 2011. (...). Entonces, la materialización del elemento modal de la conducta proscrita pasa por la demostración de la inscripción de candidatos pertenecientes a la estructura política de la que hace parte el accionado o a la existencia de manifestaciones explícitas, mediante las cuales su partido se compromete de lleno con la candidatura postulada por un movimiento distinto, lo que obliga al demandado a respetar sus directrices, sin que sus intereses puedan anteponerse a aquellos de la colectividad. Elemento territorial: De los precedentes de la Sección es posible advertir que el respaldo recriminado por el legislador estatutario de 2011 puede producirse en el seno de una misma circunscripción electoral –v. gr., la asistencia política prestada por un candidato al Concejo a la aspiración proselitista de un candidato a la Alcaldía de la misma municipalidad–, pero también en el escenario de circunscripciones territoriales diversas. (...). De esta manera, la parte actora deberá acreditar que, sin importar la coincidencia o no de circunscripciones electorales, el acusado acompañó a través de actos positivos y concretos las aspiraciones políticas de un candidato avalado por una organización distinta de la suya, fomentando sus posibilidades de acceso a un cargo de elección popular.

NULIDAD ELECTORAL – Inexistencia de omisión en la valoración de las pruebas o de los alegatos

En primer lugar [el demandante] solicitó que se revise en debida forma todo el material probatorio y todas las actuaciones del presente proceso, dada la celeridad con la que se actuó en primera instancia, puesto que el traslado para alegar de conclusión vencía el 26 de noviembre de 2020 y el 27 se registró el proyecto de fallo, lo que deja ver que ya se contaba con un proyecto de fallo sin haber visto los alegatos de conclusión. Frente a este punto debe decirse que no se encuentra irregularidad alguna dentro del trámite, toda vez que a revisar la sentencia de primera instancia se advierte que el tribunal en el acápite 6 de los antecedentes, resumió los alegatos de conclusión presentados por el partido político Alianza Verde, el demandado, el demandante, los coadyuvantes y el concepto del Ministerio Público. Así mismo se realizó una valoración del video, de los testimonios de los señores Hanner Sabogal y César Buitrago, del interrogatorio de parte del demandado, así como del dictamen pericial, y explicó de manera fundada cada una de las razones por las cuales se negaron las pretensiones de la demanda. De manera que el hecho de que la sentencia se hubiera suscrito en ese lapso, no quiere decir que haya habido alguna omisión en la valoración de las pruebas o de los alegatos.

NULIDAD ELECTORAL – Prosperidad parcial de la tacha de falsedad: Los logos del partido Polo Democrático Alternativo fueron editados en el video / NULIDAD ELECTORAL – No se demostró que se hubieran editado la literalidad de las palabras

Sobre la forma como se resolvió la tacha de falsedad, sostuvo [el actor] que el estudio que realizó la fiscalía, fue sobre el video aportado con la demanda, ya que el demandado nunca allegó el original, y del estudio nunca se dijo que era falso. (...). [E] *a quo* concluyó que la tacha de falsedad prosperaba de manera parcial, y señaló que el video solo se valoraría en lo relacionado con literalidad de su contenido. En este contexto, no le asiste razón a la parte recurrente al controvertir la forma en la que se resolvió la tacha de falsedad, puesto que quedó debidamente probado en el plenario que los logos del partido Polo Democrático Alternativo, fueron incluidos por el equipo de Hanner Sabogal, para subirlo a las redes sociales, lo cual coincide plenamente con el informe rendido por el perito. (...). Así las cosas, para esta Sala quedó suficientemente probado que el video fue editado en lo que corresponde a los logos del partido Polo Democrático Alternativo, y a la leyenda que aparece en la parte superior del mismo. (...). Sin embargo, no se demostró que el contenido, esto es, la literalidad de las palabras que dice el señor Arley Gómez se hayan editado, y por el contrario fueron reconocidas por él, razón por las que el tribunal en primera instancia las valoró. Así las cosas, esta Sala coincide con el estudio hecho por el *a quo*, y en consecuencia, en lo que corresponde a este cargo, los argumentos del recurrente no están llamados a prosperar.

NULIDAD ELECTORAL – Para la debida publicación de un video se debe contar con la autorización del emisor / NULIDAD ELECTORAL – No se acreditó el vínculo de amistad alegado

En cuanto a la valoración del video destacó que el Tribunal olvidó las calidades de los intervinientes del mismo, esto es, que el demandado que era candidato a la gobernación, y el apoyado, candidato al concejo de Villavicencio, razón por la que no se puede hablar de una conversación personal de dos personajes públicos. Acotó que al revisarse el video, se puede ver que la conversación siempre se sostuvo de manera plural, y si era privada, no se advierte la razón del interés de invitar a votar a todo Villavicencio y a la comuna 8, que tiene aproximadamente

80.000 habitantes, por lo que desde su creación, el demandado tuvo la intención clara en hacer públicas sus preferencias políticas. [N]o le asiste razón al recurrente cuando dice que la conversación no era personal, por haberse realizado por una persona pública, esto es, el señor Arley Gómez, dado que lo que quedó demostrado de las declaraciones fue que el señor César Buitrago en una conversación de *WhatsApp*, y sin finalidad alguna de publicación, le preguntó al demandado por su opinión sobre los candidatos al concejo de Villavicencio, incluso sobre este punto el señor Buitrago dijo que la pregunta pudo haber sido más precisa, relacionada con los candidatos de la comuna 8 al concejo. En cuanto a la afirmación consistente en que en el dictamen pericial se dijo que el video no tenía ninguna restricción para su reproducción, y que por tanto debía concluirse que podía ser difundido, esta Sala precisa que tal conclusión no es válida, puesto que para la debida publicación de un video, se debe contar con la autorización del emisor, cuando provenga de una conversación privada, concluir lo contrario, implicaría que cualquiera pueda ser publicado, sin verificar su origen, desde que no tenga protección alguna por el creador para su difusión. Tampoco es cierta la afirmación relacionada con que el señor César Buitrago por ser uno de los participantes era propietario del video y podía difundirlo, puesto que en el video solo aparece la imagen del señor Arley Gómez hablando, razón por lo que se necesitaba la autorización de este último, para que se pudiera hacer una publicación. (...). Entonces, del testimonio de Hanner Sabogal y la declaración de Arley Gómez, quedó suficientemente probado que no eran amigos, y que se vieron solo un par de veces en que coincidieron en reuniones, de manera que no es cierta la afirmación del recurrente relacionada con el que *a quo* no tuvo en cuenta la amistad entre ellos, puesto que quedó demostrado lo contrario. Por lo anterior, tampoco le asiste razón al demandante en estos argumentos.

DERECHO A LA INTIMIDAD – Frente a una conversación proveniente de una red social. WhatsApp / DERECHO A LA INTIMIDAD – Elementos para determinar si hay lugar o no a proteger el derecho a la intimidad de conversación por mensajería instantánea WhatsApp / DERECHO A LA INTIMIDAD – El video aportado con la demanda no se puede valorar al violar el derecho por publicarse sin autorización / DERECHO A LA INTIMIDAD – El Tribunal no incurrió en teoría subjetiva al no valorar el video / DOBLE MILITANCIA – Ante la duda por la falta de prueba del contexto de la conversación de WhatsApp, prima el derecho a la intimidad

De otra parte, explicó [el recurrente] que el fallo de primera instancia tiene una teoría peligrosa, puesto que se quiere sentar jurisprudencia con el argumento de que los candidatos a elecciones públicas pueden apoyar a uno distinto al del partido, siempre que lo haga a través de videos o llamadas, sin que pueda ser catalogado como doble militancia, por ampararse en un supuesto derecho a la intimidad. Mencionó que no entendió el tribunal el apoyo que le prestó el demandado al señor Hanner Sabogal, quien aprovechó la gran cantidad de seguidores en sus redes, por lo que, al solo etiquetarlo en sus publicaciones, sus seguidores tenían acceso a ver el video de apoyo. (...). [L]a Corte [Constitucional sobre whatsapp y el derecho a la intimidad] (...) explicó que *WhatsApp* es una aplicación de mensajería instantánea que funciona a través de teléfonos inteligentes, que permite enviar y recibir mensajes a través de internet, de manera que los usuarios pueden crear listas de distribución y grupos, lo que facilita el intercambio de videos, imágenes, grabaciones, mensajes escritos, notas de voz y contactos. Explicó que estas conversaciones cuentan con un sistema de cifrado de extremo a extremo, lo que garantiza que solo las personas participantes pueden tener acceso a dicha información. En este contexto, para determinar si el demandado tenía alguna expectativa de privacidad, y en consecuencia determinar

si hay lugar o no a proteger el derecho a la intimidad del señor Arley Gómez, es necesario valorar los siguientes elementos: 1. El carácter más o menos abierto del sistema de mensajería bajo el cual se desarrolla la conversación; 2. Los integrantes y fines del grupo virtual; 3. La clase de información de la que se trate y si se encuentra o no protegida por regímenes especiales; 4. La existencia de reglas o pautas que hayan fijado límites a la circulación de las expresiones o informaciones contenidas en el espacio virtual; y 5. La vigencia de obligaciones legales o contractuales de confidencialidad como las que pueden establecerse en contratos de trabajo o en los reglamentos internos de trabajo. Al respecto, debe decirse que la conversación entre el señor César Buitrago y Arley Gómez se hizo en un chat, donde solo participaban ellos dos, por la mensajería instantánea *WhatsApp*. La finalidad de la conversación, tal como se deriva de los testimonios, estaba dada, por una opinión que le solicitó el señor Buitrago a Arley Gómez, sobre los candidatos al concejo de Villavicencio. En este punto se recalca, que el señor Buitrago no trabajaba para la campaña del señor Hanner Sabogal, por lo que no se pidió tal concepto, con la finalidad de promover o realizar un acto en favor de la campaña del señor Sabogal al concejo. Ahora bien, el señor Arley realizó un video, que únicamente fue enviado al señor Buitrago, en el que se indicaba el concepto que tenía sobre uno de los candidatos al concejo de Villavicencio. Y si bien, el señor Arley no señaló en la conversación que el video podía ser publicado, lo cierto es que tampoco autorizó expresamente esa difusión. De acuerdo con lo anterior, y dado que el video se envió solo en una conversación entre dos personas, y no en un chat grupal, esta Sala considera que el señor Arley contaba con una expectativa de privacidad, consistente en que el video que le envió al señor César Buitrago no iba a ser publicado en alguna red social. En este punto se precisa que al no obrar dentro del expediente la conversación entre los señores Arley Gómez y César Buitrago, esta Sala no puede concluir que su contenido trasciende lo privado, ya que no hay prueba de ello, y por el contrario de las declaraciones se evidencia, que solo se pidió una opinión personal. Al respecto, debe decirse que en los testimonios quedó suficientemente claro que el demandado en ningún momento autorizó la publicación del video, de manera que carece de fundamento la consideración tendiente a afirmar que al haberse etiquetado al demandado en el mismo, y al ser las dos cuentas públicas -la de Hanner Sabogal y la de Arley Gómez-, se configura la doble militancia, puesto que (...) claramente se dijo cuáles son los requisitos, y en este caso no se encontró demostrado el elemento objetivo. Lo anterior, toda vez que en este caso, tal como lo dijo el *a quo*, no se puede valorar el video aportado con la demanda, puesto que el mismo no debió publicarse por falta de autorización, lo cual fue violatorio a su derecho a la intimidad, y como se dijo, el señor Arley Gómez contaba con una expectativa de privacidad. Además, el video no se publicó en la cuenta de *Facebook* del demandado, sino en la cuenta del señor Hanner Sabogal, tal como él mismo lo reconoció. Se reitera, en cuanto a las posibles etiquetas del video, haciendo relación a Arley Gómez, que esta Corporación no puede tenerlas en cuenta como una aprobación de la publicación por parte del demandado, ya que quedó suficientemente probado, que el video solo tenía por destinatario al señor César Buitrago, quien se lo envió a Hanner Sabogal sin la autorización del creador del mismo. Así mismo en el presente proceso carece de relevancia el número de reproducciones que tuvo, o el carácter de públicas de las cuentas del demandado y de Hanner Sabogal, puesto que la conducta de doble militancia por apoyo, debe quedar debidamente probada en el expediente, y no dejar ninguna duda, ya que su implicación es la declaratoria de nulidad de una elección por voto popular, que refleja los principios democráticos y el acceso a los cargos públicos. En consecuencia, es claro que el video, en el cual el demandado se refiere a Hanner Sabogal, fue enviado en una conversación únicamente entre dos personas, sin la finalidad de ser publicado en alguna red social y sin intenciones de promover

campaña alguna, razón por la que no se encuentra debidamente demostrado el apoyo a un candidato de otro partido o movimiento político. Se recalca en este punto, que al no obrar la conversación dentro del expediente, no se puede concluir que su contenido trascienda el ámbito privado de la misma. De acuerdo con lo expuesto, no considera esta Sala que el Tribunal haya incurrido en una teoría peligrosa o subjetiva al no valorar el video, para tener por demostrada la doble militancia, puesto que dentro del expediente no hay prueba de la conversación que mostrara que frente a la misma el demandado no tenía expectativa alguna de privacidad, y que por tanto el video sí podía ser publicado. Así las cosas ante la duda por la falta de prueba del contexto de la conversación, y de lo dicho en las declaraciones se da primacía al derecho a la intimidad.

DOBLE MILITANCIA – En la modalidad de apoyo se requiere un solo acto contrario a la persona a la que se dirige la prohibición / DOBLE MILITANCIA – Cuando se trate de redes sociales se debe determinar si se trasciende del ámbito privado al público / NULIDAD ELECTORAL - Se confirma decisión de primera instancia

[E]sta Sala pone de presente que para que se configure la doble militancia por apoyo se requiere que la persona a la que se dirige la prohibición realice un solo acto contrario a la misma, el cual puede materializarse a través de actos de campaña en redes sociales, o por medio del uso de mensajerías instantáneas como *WhatsApp*, de manera que todos los candidatos deben abstenerse de realizar actos de apoyo a otros candidatos sin importar la forma o el medio a través del cual se haga, ya que se reitera, no se requiere que el acto sea masivo, basta con que se demuestre el apoyo a un candidato de otro partido. Ahora bien, la aplicación de la anterior regla dependerá del contexto en que se produzcan este tipo de mensajes de datos y del análisis armónico e integral del material probatorio que se allegue al proceso, conforme a lo cual se deberá determinar si la correspondiente publicación o mensaje trasciende del ámbito de lo privado al ambiente público y abierto de las justas electorales con las consecuencias que ello conlleva para el elector. De todo el análisis hecho con antelación, esta Sala encuentra que ninguno de los cargos presentados en el recurso de apelación están llamados a prosperar y, en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

NOTA DE RELATORÍA: La presente providencia fue suscrita con aclaración de voto presentada por la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sobre las modalidades en la doble militancia, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre del 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 730001-23-33-000-2015-00806-01. Sobre los elementos de la doble militancia en la modalidad de apoyo, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-28-000-2020-00016-00. En cuanto al concepto de apoyo y que la configuración de la modalidad de la doble militancia puede probarse a través de una sola manifestación de apoyo, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 31 de octubre de 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-28-000-2018-00032-00. Acerca que el actuar objeto de sanción se centra en el ofrecimiento de apoyos, y no en el recibimiento de respaldos por parte de un candidato, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 20 de agosto de 2020, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-28-000-2019-00088-00. En cuanto a lo que se consideran como actos



de apoyo, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de noviembre de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 52001-23-33-000-2015-00841-01. En cuanto al elemento territorial en la modalidad de apoyo, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 31 de octubre de 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-28-000-2018-00032-00.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 107 / LEY 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 2 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 275 NUMERAL 8

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 50001-23-33-000-2020-00003-01

Actor: JAIME DARÍO CARRILLO SUÁREZ

Demandado: ARLEY FERNANDO GÓMEZ HERNÁNDEZ – DIPUTADO DEL META, PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2020 por el Tribunal Administrativo del Meta, que negó las pretensiones de la demanda encaminada a declarar la nulidad del acto de elección del señor Arley Fernando Gómez Hernández como diputado de la Asamblea Departamental.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El señor Jaime Darío Carrillo Suárez, solicitó:

“PRIMERA: Decretar que el candidato ARLEY FERNANDO GÓMEZ HERNÁNDEZ, incurrió en doble militancia de conformidad con el artículo 2º inciso segundo de la ley 1475 de 2011

consagrado en la ley. En consecuencia, cáncélese la credencial que lo acredita como Diputado del Meta, la cual se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia.

SEGUNDA: decretar la nulidad electoral de las Actas de fecha 15 de noviembre de 2019, E-26GOB y E-27 mediante la cual los miembros de la comisión escrutadora general expidieron la credencial, por medio de las cuales se declaró la elección de ARLEY FERNANDO GÓMEZ HERNÁNDEZ como Diputado a la Asamblea Departamental por el departamento del Meta para el período 2020-2023 como consta en las actas de Escrutinio General y parcial cuyas copias auténticas adjunto.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, el cargo de Diputado deberá ser ocupado por el siguiente en la lista o el que de acuerdo al cociente electoral le corresponde la curul.”

2. Hechos

Relató que el 27 de octubre de 2019 se llevaron a cabo las elecciones para la gobernación y asamblea en las cuales el departamento del Meta eligió a los miembros de la duma departamental.

Sostuvo que el señor Arley Fernando Gómez Hernández se registró para las elecciones como candidato a la gobernación 2020-2023 bajo la inscripción del partido Verde.

Anotó que fue elegido como gobernador del Meta el señor Juan Guillermo Zuluaga Cardona y, en segundo lugar, quedó el señor Arley Fernando Gómez Hernández.

Dijo que el Consejo Nacional Electoral, acogiendo el cánón 25 inciso 2 de la Ley 1909 de 2018, declaró elegido como diputado a la asamblea departamental al señor Arley Fernando Gómez inscrito por el partido Alianza Verde.

De otra parte, adujo que el demandado incurrió en doble militancia ya que a través de un video les solicitó a sus seguidores, votar por el candidato Hanner Alexis Sabogal González, inscrito por el partido Polo Democrático Alternativo al concejo municipal de la ciudad de Villavicencio.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Destacó que la Ley 1437 de 2011 consagró la doble militancia como una causal expresa de nulidad para los actos que declaren una elección de carácter popular.

Señaló que en este caso el demandado incurrió en doble militancia al haber apoyado al candidato de elección popular al concejo municipal de Villavicencio – Meta, Hanner Alexis Sabogal González inscrito por el Polo Democrático Alternativo, lo cual resultó de vital importancia.

4. Contestaciones de la demanda

4.1 Partido Alianza Verde

Mediante apoderado, se pronunció sobre los hechos en los siguientes términos:

Precisó que la doble militancia que reclama el actor no existe, y carece de fundamento legal.

Arguyó que el partido Polo Democrático Alternativo no tenía candidato propio a la gobernación del Meta, y sus miembros estaban apoyando la candidatura del ingeniero Arley Fernando Gómez Hernández.

Sostuvo que las constancias de los partidos Alianza Verde y Polo Democrático Alternativo, dejan sin fundamento la argumentación del demandante.

Acotó que la Alianza Verde es el único partido que estatutariamente puede juzgar y calificar la conducta del candidato.

Expuso que el señor Arley Fernando Gómez Hernández nunca se ha afiliado a partido político distinto al Partido Alianza Verde, y el partido Polo Democrático Alternativo no tenía candidato a la gobernación, por lo que sus miembros estaban autorizados para apoyar al candidato del Partido Verde, y éste tenía derecho a ejercer reciprocidad proselitista.

4.2 Arley Fernando Gómez Hernández

Esgrimió que el demandado no incurrió en doble militancia, puesto que el video allegado con la demanda no solo no fue publicado por él en ninguna de sus redes sociales, sino que el mismo fue editado, manipulado, modificado y subido por otra persona sin ninguna autorización del demandado en una página de *Facebook* diferente a las del demandado.

Recalcó que si se escucha detenidamente el video, es claro que el demandado en forma privada realizó diferentes afirmaciones y opinó de distintos candidatos a diversas corporaciones públicas y además su intervención consistió en que “le gustaría que los amigos de Hanner, los conocidos de Hanner de la comuna 8 y de Villavicencio votaran por él, y que ojalá votaran por él” por lo que es claro que emitió una opinión.

Propuso las excepciones de caducidad del medio de control, falta de legitimación en la causa por activa, inepta demanda, inexistencia de causa para demandar y temeridad.

De otra parte, solicitó que fuera excluido del acervo probatorio el video, toda vez que fue hecho de manera privada y no pública, por lo que su uso y publicación en redes sociales como *Facebook* por terceras personas, fue violatorio al derecho

fundamental a la intimidad del demandado, por lo que debe ser omitido de valoración a las luces del artículo 29 de la Constitución.

Indicó que además de lo anterior tal video es falso, por haber sido editado y manipulado por terceros sin su autorización.

Precisó que no es cierto que el demandado haya utilizado sus redes sociales para subir el video, puesto que jamás publicó el video allegado como prueba.

Explicó que el video fue descargado de la página *Facebook* del señor Hanner Sabogal y no del demandado.

Dijo que como no fue la intención ni el querer del demandado, editar, manipular ni tampoco incluir gráficos alusivos al partido Polo Democrático Alternativo, ni mucho menos el de indicar tal apoyo al señor Hanner Sabogal, así como tampoco publicó ese video en sus redes sociales, es necesario concluir que existe una total ausencia de responsabilidad del demandado frente a las conductas que se le endilgan como constitutivas de doble militancia.

Precisó que el demandado en ningún momento invitó a su electorado a votar por Hanner Sabogal, sino que dio una opinión en el sentido de indicar que ojalá los amigos de la comuna 8 y de todo Villavicencio votaran por Hanner Sabogal.

Finalmente, dijo que en este caso existió una adhesión del partido Polo Democrático Alternativo a la candidatura del demandado, la cual fue aceptada por el partido Alianza Verde.

4.3 Juan Esteban Vargas Paolinar (impugnador)

Anotó que el señor Arley Fernando Gómez Hernández no publicó, compartió, ni hizo una reacción en señal de apoyo en el video. Además indicó que el mismo fue descargado de la red social de *Facebook* del concejal Hanner Sabogal.

Sostuvo que al escuchar el video, en ningún momento se oye que el demandado haya invitado a sus seguidores a votar por Hanner Sabogal.

Señaló que el video, es privado y fue realizado en un recinto cerrado, razón por la que se violó el derecho a la intimidad del demandado. Además su publicación no contó con la aprobación del señor Arley Fernando Gómez Quintero.

4.4 Harrison López Gutiérrez (coadyuvante)

Dijo que el señor Arley Fernando Gómez no tuvo en cuenta que, si bien el Polo Democrático Alternativo no tenía candidato a la gobernación, el apoyo no podía ser recíproco a los candidatos al concejo de esa colectividad, puesto que el partido Alianza Verde contaba con lista propia al concejo de Villavicencio.

Explicó que a través de varios medios de comunicación, el demandado se manifestó públicamente sobre el planteamiento de la demanda y el 13 de enero¹ a través de RCN dijo “el video se lo envié al aspirante al concejo personalmente y fue él quien decidió hacerlo público”, de donde se puede concluir que la autoría si es del demandado.

Indicó que en el programa región 365 señaló “de acuerdo con Gómez Hernández, todo obedece a una muestra de gratitud con los integrantes del partido Polo Democrático Alternativo, quienes en las pasadas elecciones a la gobernación del Meta oficializaron el apoyo a su candidatura”

4.5 Diana Marcela Linares Morales (coadyuvante)

También hizo mención al video y sostuvo que de forma abierta, reiterativa, indisciplinada el ciudadano Arley Fernando Gómez Hernández en su calidad de candidato a la gobernación por el Partido Alianza Verde, violó el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, por haber apoyado e invitado a sus seguidores a votar y trabajar por la elección del ciudadano Hanner Alexis Sabogal, candidato al concejo por el partido Polo Democrático Alternativo.

5. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia del 2 de diciembre de 2020, el Tribunal Administrativo del Meta denegó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de dicha decisión, expresó en resumen lo siguiente:

Advirtió que en relación con la tacha de falsedad, en la audiencia inicial se ordenó la práctica del testimonio del señor Hanner Alexis Sabogal, la declaración de parte del demandado, la práctica de un dictamen pericial realizado por servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación y el testimonio del señor César Buitrago.

Al resolver la tacha de falsedad anotó que de los testimonios de los señores Hanner Sabogal, César Buitrago y de la declaración del demandado se evidenció que el video fue creado por el señor Arley Fernando Gómez, el cual fue entregado al señor César Buitrago, su amigo, para darle su opinión sobre algunos candidatos del Polo Democrático Alternativo. Así mismo, los tres coincidieron en que fue editado, y además se le incluyó la leyenda “Arley Gómez invita a votar por Hanner al Concejo de Villavicencio”.

De otra parte, indicó que contrastadas las versiones de los deponentes, frente al video que fue creado y enviado por Arley Gómez al señor César Buitrago, se encuentra que no tenía el logo del partido Polo Democrático Alternativo, ni el comentario de la invitación a votar, lo cual coincide con el informe rendido por el técnico investigador del Grupo de Fotografía y Video del Cuerpo Técnico de Investigación.

¹ No dijo el año

Explicó que también pudo deducir que el video fue creado en un entorno de una conversación virtual que sostuvieron los señores Arley Gómez y César Buitrago, con ocasión de una solicitud de opinión que le hizo este último frente al candidato al concejo municipal de Villavicencio por el partido Polo Democrático Alternativo, Hanner Sabogal. Así mismo, que el video fue objeto de edición en cuanto al logo del partido Polo Democrático Alternativo y la inclusión del comentario referente a la invitación a votar por Hanner sabogal.

No obstante lo anterior, adujo que el demandado en la audiencia de declaración de parte reconoció su contenido, aceptó que corresponde al video que creó y posteriormente lo envió al señor César Buitrago, indicando la fecha y hora de su envío.

Aseguró que si bien el demandado alega una presunta edición en el segundo doce del video, no aportó medio de prueba alguno del cual se pueda determinar dicha circunstancia y la prueba pericial no es concluyente sobre este particular, situación que solo se puede verificar con el video original, el cual ya no existe.

Indicó que por lo anterior, la tacha de falsedad prospera de manera parcial, esto es, se tiene que el video fue editado en lo relacionado con la inclusión del logo del partido y el comentario de la invitación a votar, pero existe certeza respecto de su contenido, de la persona que lo creó, por lo que lo valoró de acuerdo con la literalidad de su contenido.

Precisó que el video objeto de debate, se realizó en el ámbito de una conversación virtual privada entre el demandado, quien manifestó estar en el lugar de su residencia y el señor César Buitrago. El señor Arley Gómez manifestó que dio su opinión frente al candidato Hanner Sabogal, por solicitud del señor Buitrago, por lo que hizo un video y se lo compartió, sin que en ningún momento haya autorizado publicarlo en las redes sociales de un tercero.

Precisó que el video objeto del presente proceso, se desarrolló en el marco del tercer nivel (social), comoquiera que es producto de las relaciones sociales del señor Arley Fernando Gómez Hernández en el momento de una campaña electoral que para ese momento se adelantaba en todo el país.

De acuerdo con lo anterior, el tribunal consideró que la difusión del video por parte del señor Buitrago, sin la autorización de su emisor, vulneró su derecho a la intimidad y a la imagen, puesto que se obtuvo en el contexto de una conversación privada.

Añadió que la Sala a partir del análisis probatorio realizado, encontró que existen mayores elementos para tener como acreditada la hipótesis que no existió la autorización para la difusión del video, pues los medios de prueba aportados no resultaron suficientes para tener por demostrado que el demandado autorizó la publicación del video en las redes sociales del señor Hanner Sabogal.

Recalcó que otorgarle valor probatorio a un video derivado del ámbito privado, y que fue publicado sin autorización, vulnera el debido proceso.

Por lo anterior, negó las pretensiones de la demanda.

6. La apelación

El apoderado de la parte actora, sustentó el recurso con fundamento en lo siguiente:

En primer lugar, solicitó que se revise en debida forma todo el material probatorio y todas las actuaciones del presente proceso, dada la celeridad con la que se actuó en primera instancia, puesto que el traslado para alegar de conclusión vencía el 26 de noviembre de 2020 y el 27 se registró el proyecto de fallo, lo que deja ver que ya se contaba con uno sin haber visto los alegatos de conclusión.

De otra parte, explicó que el fallo de primera instancia tiene una teoría peligrosa, puesto que se quiere sentar jurisprudencia con el argumento de que los candidatos a elecciones públicas pueden apoyar a un candidato distinto al del partido, siempre que lo haga a través de videos o llamadas, sin que pueda ser considerado como doble militancia, por ampararse en un supuesto derecho a la intimidad.

Destacó que el tribunal olvidó las calidades de los intervinientes del video, esto es el demandado que era candidato a la gobernación, y el apoyado, candidato al concejo de Villavicencio.

Señaló que no sabe en dónde encuadra lo personal de dos personajes públicos, que gracias a esos apoyos públicos, el uno hoy es diputado y el otro concejal.

Acotó que al revisarse el video, se puede ver que la conversación siempre se sostuvo de manera plural, y si era privada, no se advierte la razón del interés de invitar a votar a todo Villavicencio y a la comuna 8, la cual tiene aproximadamente 80.000 habitantes, por lo que el mismo nunca fue personal, sino que desde su creación, la intención era clara en hacer públicas sus preferencias políticas.

Dijo que no podía ser personal, porque hablaba de grupos políticos de manera específica, invitaba a todo Villavicencio a votar, cuando habla en el video se dirige a todo Villavicencio y a las comunas y nunca al señor Buitrago.

Añadió que esto no fue una opinión personal, sino que es una conversación política a través de videos.

Advirtió que el fallo desestima el grado de amistad que existe entre los vinculados al proceso, Hanner Sabogal y Arley Gómez, la cual se manifiesta a través de sus redes sociales, así como del testimonio en donde el señor Gómez confirmó la amistad.

Mencionó que no entendió el tribunal el apoyo que le prestó el demandado, quien aprovechó la gran cantidad de seguidores en sus redes, por lo que al solo etiquetarlo en sus publicaciones, sus seguidores tenían acceso a ver el video.

Adujo que la demanda fue mal interpretada puesto que nunca se dijo que el video se había publicado en la red social del demandado, sino que lo que se señaló tanto en la demanda como en las coadyuvancias, es que el señor Arley Gómez cuenta con una gran cantidad de seguidores, los cuales pueden acceder al video de apoyo, puesto que las cuentas de los dos políticos son públicas, de manera que lo que realmente ocurrió es que se aprovechó de la gran cantidad de seguidores, y prueba de esto es que el video tuvo más de 5.836 reproducciones.

Sostuvo que el estudio que realizó la fiscalía sobre el video, fue sobre el video aportado con la demanda, ya que el demandado nunca allegó el original, y del estudio nunca se dijo que era falso.

Insistió en que otro error al valorar las pruebas consistió en que el CTI nunca ratificó que el video fuera falso, sino que siempre solicitó que se le pusiera de presente el video original, y luego manifestó que en su concepto parecía que le habían colocado los logos, de manera que eso nunca fue parte de la experticia técnica realizada, sino una opinión personal.

Señaló que es incoherente que el fallo se haya fundamentado en la Ley 1909, puesto que nada tiene que ver con el proceso, ya que la doble militancia puede configurarse incluso con la ocurrencia de un solo acto de apoyo.

De otra parte, indicó que dentro del proceso quedó debidamente demostrada la autoría del video por parte del señor Arley Fernando Gómez, a su vez señaló que también quedó probado con el video que él apoyó a un candidato de otra colectividad cuando manifestó: “Hay uno especial que se llama Hanner Sabogal del polo, del polo número 5, yo si quisiera que todos los amigos de Hanner, de la comuna 8 y de todo Villavicencio voten por Hanner, número 5”.

Argumentó que adicionalmente quedó probada la forma de consecución del video, a través del interrogatorio del señor Hanner Sabogal, de igual forma su intención, esto es, la forma como la campaña del señor concejal Hanner Sabogal decidió hacer público el video de apoyo para su campaña, donde se evidencia la manera en que solicitaron al candidato a la gobernación de otra colectividad distinta a la suya, que emitiera un video de apoyo a su candidatura, y se comprobó la manera en la que la campaña del señor Sabogal decidió hacerlo público a través de su red social *Facebook*.

Arguyó que también quedó probado a través del interrogatorio del señor César Buitrago, receptor del video, su disposición como propietario del mismo, del querer hacerlo público, como lo manifestó en su interrogatorio en el minuto 15.53.

Aseguró que del interrogatorio se puede extraer:

- Que el señor César Buitrago realizó todas las gestiones para que el video fuera de público conocimiento, y por eso se lo envió al señor Hanner Sabogal.
- El señor Buitrago tuvo conocimiento que el video de apoyo fue colgado en las redes públicas del candidato al concejo, sin que realizara ninguna actuación legal para impedirlo.

Alegó que el señor Buitrago, receptor del video, es también propietario de la conversación, el cual renunció al derecho a la intimidad al ser su querer hacerlo público, como lo manifestó en su interrogatorio.

De otra parte, aseguró que de acuerdo con el informe del CTI el video no contaba con ninguna restricción por parte del creador para que no se pudiera reproducir, por lo que no estaba protegido y entonces no tenía restricciones para su libre circulación.

Aseguró que con base en lo dicho en la pericia, el video era original, y nunca aportaron prueba si quiera sumaria de que era una copia, y mucho menos que se le hicieron modificaciones, por lo que la tacha de falsedad debe ser negada.

Por lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda.

7. Actuación procesal

Mediante auto del 9 de febrero de 2021 el Tribunal Administrativo del Meta concedió el recurso de apelación.

A través de auto del 3 de marzo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

8. Alegatos de conclusión

8.1. Parte demandante

Reiteró lo dicho en el escrito de apelación.

8.2 Parte demandada

No presentó alegatos.

9. Concepto del Ministerio Público

La procuradora séptima delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en los siguientes términos:

Acotó que de acuerdo con los testimonios que obran en el proceso, quedó acreditado que Arley Fernando Gómez Hernández realizó el video, que el 25 de octubre de 2019 se lo envió a César Buitrago, que este último se lo remitió a un

grupo de *WhatsApp* creado por Hanner Sabogal, que el video fue tomado de la red de mensajería instantánea y publicado en la red social *Facebook*.

Indicó que no existe ningún elemento de juicio o criterio orientador que desdiga esas afirmaciones, o por lo menos no se derivan de los instrumentos de pruebas allegadas por el demandante. No existen hechos o elementos que desvirtúen que el video fue elaborado en un escenario privado.

Explicó que en este caso la persona creadora del video, era Arley Gómez, por lo que solo él podía dar cuenta de lo que correspondiera con el uso de su creación. Así las cosas, el creador del video no autorizó la publicación del mismo, por lo que se hizo bajo la actuación discrecional de terceros, que no contaban con la autorización del creador.

Argumentó que además del video, no existían mayores elementos probatorios, que demostraran la doble militancia.

Sostuvo que por lo anterior, se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta del 2 de diciembre de 2020 dentro del presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150 y 152.8 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo² y el artículo 13 del acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación³.

2. Problema jurídico

De lo planteado en el recurso de apelación, le corresponde a esta Corporación resolver, si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, habrá de establecerse si:

(i) Hubo alguna irregularidad en la expedición de la sentencia de primera instancia,

² **Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia.** “El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos...”

³ Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003)

Artículo 13.- “DISTRIBUCIÓN DE LOS NEGOCIOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

Sección Quinta:

(...)

3-. Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos”.

por haberse registrado el proyecto de fallo al día siguiente en que se venció el término para alegar de conclusión,

(ii) Se resolvió indebidamente la tacha de falsedad del video,

(iii) Se valoraron indebidamente el video y los testimonios, y

(iv) Se incurrió en una teoría subjetiva y peligrosa por parte del *a quo* en cuanto a los requisitos de la doble militancia.

3. Doble militancia

La prohibición de doble militancia fue introducida en el ordenamiento jurídico colombiano con el fin de dar seriedad y fortalecer las instituciones de las agrupaciones políticas para evitar que sus militantes desplegaran conductas contrarias a los principios y lineamientos propios de cada uno de ellos.

Respecto de la doble militancia el artículo 107 de la Constitución Política dispone:

“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...”

Al respecto, el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 dispone:

“En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La

milитancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

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

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

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

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

Conforme con lo anterior, es claro que la doble militancia tiene varias manifestaciones, algunas de ellas consagradas en la misma Carta Política, otras introducidas por la Ley 1475 de 2011, las cuales han sido consolidadas por la jurisprudencia de la Sección en cinco modalidades, según sus destinatarios, así:⁴

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

⁴ Ver entre otras, sentencia del 29 de septiembre del 2016, expediente 730001-23-33-000-2015-00806-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

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

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

iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: *“Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o **hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados.** Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”* (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

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

De igual forma, resulta del caso reiterar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, la doble militancia constituye una causal autónoma de nulidad electoral con consagración expresa en el numeral 8 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

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

(...)

8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política.”⁵

Precisado lo anterior, se tiene que frente a los elementos de la doble militancia en

⁵ Al momento de su inscripción, según lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-334 de 2014.

la modalidad de apoyo, que es la que se alega en este caso, esta Sección ha dicho que se deben demostrar los siguientes elementos⁶:

Elemento subjetivo:

El deber de abstención que se deriva de la prohibición de la doble militancia en su modalidad de apoyo cubre, además de quienes detentan cargos de dirección, gobierno, administración o control en los partidos y movimientos políticos, a los miembros de las organizaciones políticas que han sido elegidos o aspiran a serlo en cargos o corporaciones de elección popular.

Por lo anterior, la demostración de esta manifestación de doble militancia exige que el demandado ostente cualquiera de las calidades referidas.

Elemento objetivo:

La conducta proscrita consiste en apoyar aspirantes inscritos por partidos y movimientos políticos que difieren de aquél al que pertenece el accionado.

Así, el concepto de apoyo ha sido caracterizado por esta Sección como “...la ayuda, asistencia, respaldo o acompañamiento de cualquier forma o en cualquier medida a un candidato distinto al avalado o apoyado por la respectiva organización política.”⁷

En lo que refiere a la naturaleza del apoyo, se ha reconocido que la asistencia censurada debe ser el resultado de la **ejecución de actos positivos y concretos que demuestren el favorecimiento político al candidato de otra organización**. En decisión de 31 de octubre de 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, esta Corporación explicó:

*“Sobre el primer aspecto, realmente no existe controversia pues de tiempo atrás la Sala mantiene el criterio según el cual la estructuración de dicha prohibición exige necesariamente la **ejecución de actos positivos y concretos de apoyo en favor del candidato perteneciente a otro partido político**.”⁸*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Radicación: 11001-03-28-000-2020-00016-00 (Acum.). M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2018-00032-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sentencia de 31 de octubre de 2018.

Desde esta perspectiva, la Sala consideró, en providencia de 7 de diciembre de 2016, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, que las abstenciones atribuidas por la parte actora al Concejal acusado –cimentadas en la realización de reuniones políticas sin la presencia del aspirante a la Alcaldía de Soacha inscrito por el partido que lo avalaba–, no disponían de la virtualidad de configurar la doble militancia por apoyo, de cara a la ausencia de actos positivos y concretos que permitieran materializarla. En ese punto, la Sección expuso:

“Lo que exige el texto de la norma es precisamente lo contrario: la ejecución de actos positivos de apoyo a un candidato diferente de aquel inscrito por el partido al cual pertenece el concejal demandado.

(...)

*“Entonces no resulta procedente extender sus alcances a otras situaciones no contempladas en la norma, diferentes de los actos de apoyo, **como la decisión de llevar a cabo actos políticos sin el acompañamiento del candidato del partido, en este caso a la alcaldía, como señaló el actor.**”⁹ (Negrilla y subrayas fuera de texto)*

En ese mismo sentido, ha pregonado que no pueden, en principio, considerarse como actos de apoyo ante la ausencia demostrativa del

⁸ Rad. 11001-03-28-000-2018-00032-00.

⁹ Rad. 2500-23-41-000-2015-02347-00.

*elemento teleológico de la noción, la impresión de volantes publicitarios respecto de los cuales se omitió probar su socialización y distribución para el fortalecimiento de la campaña política de un candidato afiliado a otro movimiento¹⁰; las palabras de agradecimiento entre aspirantes políticos¹¹; así como la existencia de publicidad perteneciente a un aspirante avalado por otra organización, cuando los medios de convicción allegados no permiten aseverar **que su presencia responde a la voluntad del accionado, como una manifestación de apoyo.***

En consonancia, la Sección señaló en sentencia de 31 de enero de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate:

*“... de las imágenes aportadas, no se evidencian elementos que, por ejemplo permitan definir cuándo fueron realizadas las reuniones respectivas y, entre otras cosas, **si fue el demandado quien dispuso, autorizó, convino o consintió tales actividades proselitistas y menos que de ellas se derive el cuestionado apoyo.**” (Negrilla y subrayas fuera de texto)*

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 52001-23-33-000-2015-00841-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 24 de noviembre de 2016. ““Ahora bien, aunque la Sala no desconoce la vocación de permanencia que tiene un volante publicitario de estas características, lo cierto es que el demandante no demostró que aquellos fueran socializados, distribuidos o publicitados después del 25 de septiembre de 2015 - fecha en la que el partido Opción Ciudadana decidió apoyar la candidatura del señor Cuarán Castro-, pues la mera impresión de los mismos no acredita la conducta proscrita por el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2018-00032-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sentencia de 31 de octubre de 2018: “A diferencia de lo expuesto por la parte actora, subraya la Sala que el video que sustentó la tacha de falsedad permite establecer que las manifestaciones hechas por el demandado no están fuera de contexto en la prueba allegada con la demanda, **puesto que no son simples palabras de agradecimiento dirigidas al señor Acosta Acosta** sino expresiones concretas de respaldo a su candidatura por Bogotá.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Pero no solo estos aspectos¹² del respaldo proscrito han sido delimitados por la jurisprudencia de la Sección Quinta, pues igualmente ella ha hecho referencia a la frecuencia con la que deben producirse las acciones que denotan asistencia, afirmando que los actos de acompañamiento político no requieren ser actos de tracto sucesivo o continuo, sino instantáneos, de donde se colige que la configuración de esta modalidad de la doble militancia puede probarse a través de una sola manifestación de apoyo en el contexto de la campaña política¹³.

De otra parte, se ha establecido que el apoyo indebido se configura de manera independiente al resultado electoral obtenido por el candidato asistido –carácter autónomo del patrocinio– razón por la que no se hace necesario que *“...el apoyo tenga incidencia real en el resultado de la elección, pues al regular la doble militancia la Ley 1475 de 2011 no incluyó ninguna condición de este carácter, ni limitó sus alcances a este tipo de factores.”*¹⁴

Finalmente, la Sala ha expresado que la probanza del comportamiento prohibido en la legislación electoral **debe llevar al juez a un estado de convicción que, más allá de cualquier duda razonable, permita acreditar la ocurrencia de un actuar a través del cual se persigue el impulso proselitista de una candidatura extraña a la avalada por el partido o movimiento político del que hace parte el accionado.** Así, en la citada decisión de 31 de enero de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, esta Judicatura aseveró respecto de la acreditación probatoria del apoyo:

¹² La naturaleza del apoyo.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2018-00032-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sentencia de 31 de octubre de 2018.

¹⁴ Ibidem.

*“De esa manera, la Sala estima pertinente aclarar que la demostración del presunto apoyo de un candidato a otro que pertenece a una colectividad política distinta, **debe aflorar de manera evidente o de bulto**, es decir, **revistiendo al operador judicial tantos elementos de juicio que permita superar toda duda razonable** para que éste pueda colegir que en el caso en concreto se presentó la causal de nulidad endilgada (doble militancia) y de esa forma advertir que el candidato traicionó la voluntad de su electorado.”*

Por último, la Sección resalta que, como se precisó en la providencia de 20 de agosto de 2020, el actuar objeto de sanción se centra en el ofrecimiento de apoyos, y no en el recibimiento de respaldos por parte de un candidato:

*“Al respecto, resulta del caso precisar que la conducta prohibida, en materia de doble militancia, consiste en apoyar candidatos distintos a los propios del partido o movimiento político al cual se encuentran afiliados, **no recibir apoyo de agrupaciones políticas diferentes a la que inscribe a un aspirante a un cargo de elección popular**.”¹⁵*

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2019-00088-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sentencia de 20 de agosto de 2020.

Elemento temporal:

Se ha destacado que, a pesar de que el inciso 2 del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, no hace referencia expresa al período o plazo en el que deben producirse los apoyos, una interpretación sistemática y con efecto útil de la norma conlleva aceptar que la materialización de la asistencia indebida debe suceder en el contexto de la campaña política, toda vez que *“...solo durante ese lapso se puede hablar de candidatos en el sentido estricto de la palabra”*¹⁶; término que se extiende desde el momento en el que el ciudadano acusado inscribe su aspiración y va hasta la fecha de la elección.

Elemento modal de la conducta:

La incursión en la prohibición de doble militancia en su modalidad de apoyo exige que el partido o movimiento político que avaló la postulación del acusado haya inscrito una candidatura propia al cargo de elección popular de que se trate, comoquiera que solo en estos eventos puede reprocharse la defraudación a la lealtad partidista exigida al candidato sometido al medio de control de nulidad electoral.

Sin embargo, no solo la inscripción da por acreditado este presupuesto, teniendo en cuenta que, como ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala de Sección, el desconocimiento de los apoyos expresos dados por un partido o un movimiento político a una causa proselitista distinta de la suya, –aunque no exista registro de una aspiración particular–, pueden llevar a cristalizar igualmente la causal de inelegibilidad erigida en el artículo 2.2 de la Ley 1475 de 2011.

Así, en sentencia de 24 de noviembre de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, la Sala concluyó en relación con este aspecto:

“Como se explicó en el acápite 3.2 de esta providencia, lo que la modalidad de doble militancia atribuida proscribire es el apoyo a un candidato diferente al inscrito o apoyado por una determinada

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 52001-23-33-000-2015-00841-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 24 de noviembre de 2016.

*colectividad política, lo cual necesariamente **presupone** que el partido o movimiento político bien haya inscrito un candidato propio para determinado cargo de elección popular o en su defecto que haya decidido, de forma expresa, apoyar a un candidato de otra organización política.*¹⁷

Entonces, la materialización del elemento modal de la conducta proscrita pasa por la demostración de la inscripción de candidatos pertenecientes a la estructura política de la que hace parte el accionado o a la existencia de manifestaciones explícitas, mediante las cuales su partido se compromete de lleno con la candidatura postulada por un movimiento distinto, lo que obliga al demandado a respetar sus directrices, sin que sus intereses puedan anteponerse a aquellos de la colectividad.

Elemento territorial:

De los precedentes de la Sección es posible advertir que el respaldo recriminado por el legislador estatutario de 2011 puede producirse en el seno de una misma circunscripción electoral –v. gr., la asistencia política prestada por un candidato al Concejo a la aspiración proselitista de un candidato a la Alcaldía de la misma municipalidad–, pero también en el escenario de circunscripciones territoriales diversas.

En palabras de esta Sala de Decisión:

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 52001-23-33-000-2015-00841-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 24 de noviembre de 2016.

“Por último, la Sala estima que la circunstancia de que el apoyo haya sido brindado a un candidato que aspiraba a la Cámara de Representantes por una circunscripción territorial diferente, como era Bogotá, no incide en la configuración de la doble militancia política.”¹⁸

De esta manera, la parte actora deberá acreditar que, sin importar la coincidencia o no de circunscripciones electorales, el acusado acompañó a través de actos positivos y concretos las aspiraciones políticas de un candidato avalado por una organización distinta de la suya, fomentando sus posibilidades de acceso a un cargo de elección popular.

4. Análisis de los argumentos de la apelación

El apoderado de la parte actora, sustentó el recurso con fundamento en lo siguiente:

a) En primer lugar solicitó que se revise en debida forma todo el material probatorio y todas las actuaciones del presente proceso, dada la celeridad con la que se actuó en primera instancia, puesto que el traslado para alegar de conclusión vencía el 26 de noviembre de 2020 y el 27 se registró el proyecto de fallo, lo que deja ver que ya se contaba con un proyecto de fallo sin haber visto los alegatos de conclusión.

Frente a este punto debe decirse que no se encuentra irregularidad alguna dentro del trámite, toda vez que a revisar la sentencia de primera instancia se advierte que el tribunal en el acápite 6 de los antecedentes, resumió los alegatos de conclusión presentados por el partido político Alianza Verde, el demandado, el demandante, los coadyuvantes y el concepto del Ministerio Público.

Así mismo se realizó una valoración del video, de los testimonios de los señores Hanner Sabogal y César Buitrago, del interrogatorio de parte del demandado, así

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2018-00032-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sentencia de 31 de octubre de 2018.

como del dictamen pericial, y explicó de manera fundada cada una de las razones por las cuales se negaron las pretensiones de la demanda.

De manera que el hecho de que la sentencia se hubiera suscrito en ese lapso, no quiere decir que haya habido alguna omisión en la valoración de las pruebas o de los alegatos.

b) Sobre la forma como se resolvió la tacha de falsedad, sostuvo que el estudio que realizó la fiscalía, fue sobre el video aportado con la demanda, ya que el demandado nunca allegó el original, y del estudio nunca se dijo que era falso.

Insistió en que otro error al valorar las pruebas consistió en que el CTI nunca ratificó que el video fuera falso, sino que siempre solicitó que se le pusiera de presente el original, y luego manifestó que en su concepto parecía que le habían colocado los logos, de manera que eso nunca fue parte de la experticia técnica realizada, sino una opinión personal.

Aseguró que de acuerdo con lo dicho en la pericia, el video es original, y nunca aportaron prueba siquiera sumaria para demostrar que era una copia, y mucho menos si se le hicieron modificaciones, por lo que la tacha de falsedad debe ser negada.

Frente a este punto el tribunal de primera instancia tuvo en cuenta las siguientes pruebas: el testimonio de los señores Hanner Sabogal y César Buitrago, el interrogatorio de parte del demandado y el dictamen pericial realizado por servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación.

En cuanto a la valoración de los testimonios y del interrogatorio de parte, sostuvo que todas las versiones coincidieron en que el video fue editado en el sentido de incluir los logos del partido Polo Democrático Alternativo y la leyenda consistente en que Arley Gómez invita a votar por Hanner Sabogal.

Así mismo, indicó que lo anterior también coincide con lo dicho en el informe rendido por el técnico investigador del Grupo de Fotografía y Video del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, así como con lo que señaló el perito en la audiencia de sustentación del dictamen, de lo que concluyó que el video fue objeto de edición respecto del logo del partido Polo Democrático Alternativo y la inclusión de comentario “Arley Gómez invita a votar por HANNER al Concejo de Villavicencio”, puesto que no era posible técnicamente que un equipo de grabación establezca esos créditos, en el momento de su creación.

Finalizó diciendo que sobre el contenido del video, el demandado en la audiencia del interrogatorio, aceptó que corresponde al video que creó y envió al señor César Buitrago, razón por la que desestimó el argumento consistente en que en el segundo 12 hay un salto. Además, tuvo en cuenta lo dicho en el dictamen respecto a que el demandado no aportó el video original, razón por la que no se pudo determinar esa circunstancia.

Por lo anterior el *a quo* concluyó que la tacha de falsedad prosperaba de manera parcial, y señaló que el video solo se valoraría en lo relacionado con literalidad de su contenido.

En este contexto, no le asiste razón a la parte recurrente al controvertir la forma en la que se resolvió la tacha de falsedad, puesto que quedó debidamente probado en el plenario que los logos del partido Polo Democrático Alternativo, fueron incluidos por el equipo de Hanner Sabogal, para subirlo a las redes sociales, lo cual coincide plenamente con el informe rendido por el perito.

En el testimonio de Hanner Sabogal, se puede observar la siguiente declaración:

*“PREGUNTADO: usted reconoce ese video y en caso afirmativo diga de dónde lo conoce. CONTESTADO: sí señor, de dónde lo conozco, le voy al mencionar señor magistrado como llega a mi conocimiento este video, durante nuestra campaña nosotros estuvimos trabajando muy fuerte en la ciudad y digámoslo que estábamos completamente solos, de pararnos en tarima con absolutamente nadie y con nuestros candidatos a la alcaldía y demás hicimos ya bastante, difícil en el sentido de que tocó recorrernos a pata toda la ciudad con un grupito de personas, en ese sentido había una persona, un amigo, un conocido, que tenía una relación y una cierta forma de obtener una opinión del candidato a la gobernación Arley, en su momento uno de nuestros amigos le pide una opinión al candidato a la gobernación, pues éste le envía esa opinión respecto a nuestro candidato, en algún momento esto se comparte en un grupo de whatsapp, y ahí pues había varias personas y los compañeros y amigos voluntarios que nos apoyaban en redes sociales y demás, y en su momento uno de ellos procedió a subir este video a nuestras redes, a partir de allí, realmente con el tema de campaña yo tuve conocimiento del video en su momento, ya después cuando vi el video sin ningún tipo de edición y ya después cuando vemos que estaba editado, **la verdad el tema de la edición que aparece allí, del tema de logos y nombres y que invita a votar, esto realmente lo hacen son compañeros voluntarios que se tomaron la atribución de colocar esto** y pues digámoslo, es ese el conocimiento del video que él hace a la gente que nos está apoyando a nosotros (...) PREGUNTADO: quién autoriza hacer las ediciones. CONTESTADO: señor magistrado nosotros tuvimos un grupo de compañeros voluntarios, algunos de ellos consideraron en subirlo a nuestras redes en su momento, yo no estaba así como al tanto de si lo aprobábamos o no, sino que habíamos dado vía libre a los compañeros que subían material en su momento, yo no le vi reparo, porque estábamos recibiendo saludos de diferentes personas, opiniones de diferentes personas en su momento. PREGUNTADO: en qué redes sociales fue difundido el video. CONTESTADO: los compañeros difundieron esto en el perfil de Facebook, en la cuenta. PREGUNTADO: quién era el titular de esa cuenta. Contestado: es mía, es mi perfil. (...)”*

De igual forma, en el interrogatorio rendido por Arley Gómez dijo:

“(…) PREGUNTADO: usted en el video reconoce alguna edición, o cambio que se le hizo. CONTESTADO: claro, por eso cuando yo me enteré de todo este tema, fui a averiguar donde estaba el video y no lo encontré y ya lo había borrado, creo que este video dura 39 segundos y el otro duraba 42, pero además le pusieron eso de que Arley Gómez invita a votar por Hanner, y en la demanda dicen que yo le estaba diciendo a mis seguidores que votaran por Hanner, eso no lo publiqué en mis redes, yo le decía era a los amigos de Hanner que si querían votar por él ojalá lo hicieran, lo que estaba dicho en el video era para César.”

Finalmente, César Buitrago en relación con la edición del video, en el testimonio aseguró:

“(…) PREGUNTADO: reconoce ese video, como el que le fue remitido. CONTESTADO: el video fue el que me remitieron, pero el video no tenía imágenes anexas a lo que él me envió.”

Así mismo en el dictamen pericial, se indicó lo siguiente, tal como lo tuvo en cuenta el tribunal *a quo*:



Así las cosas, para esta Sala quedó suficientemente probado que el video fue editado en lo que corresponde a los logos del partido Polo Democrático Alternativo, y a la leyenda que aparece en la parte superior del mismo, que corresponde a la siguiente:



Sin embargo, no se demostró que el contenido, esto es, la literalidad de las palabras que dice el señor Arley Gómez se hayan editado, y por el contrario fueron reconocidas por él, razón por la que el tribunal en primera instancia las valoró.

Así las cosas, esta Sala coincide con el estudio hecho por el *a quo*, y en consecuencia, en lo que corresponde a este cargo, los argumentos del recurrente no están llamados a prosperar.

c) Valoración del video y del testimonio del señor César Buitrago.

En cuanto a la valoración del video destacó que el Tribunal olvidó las calidades de los intervinientes del mismo, esto es, que el demandado que era candidato a la gobernación, y el apoyado, candidato al concejo de Villavicencio, razón por la que no se puede hablar de una conversación personal de dos personajes públicos.

Acotó que al revisarse el video, se puede ver que la conversación siempre se sostuvo de manera plural, y si era privada, no se advierte la razón del interés de invitar a votar a todo Villavicencio y a la comuna 8, que tiene aproximadamente 80.000 habitantes, por lo que desde su creación, el demandado tuvo la intención clara en hacer públicas sus preferencias políticas.

De otra parte, aseguró que de acuerdo con el informe del CTI el video no contaba con ninguna restricción por parte del creador para que no se pudiera reproducir, por lo que no estaba protegido y entonces no tenía restricciones para su libre circulación.

En cuanto al testimonio de César Buitrago arguyó que quedó probado que: (i) él fue el receptor del video, su disposición como propietario y del querer hacerlo público, como lo manifestó en su interrogatorio en el minuto 15.53, (ii) realizó todas las gestiones para que el video fuera de público conocimiento, y por eso se lo envió al señor Hanner Sabogal, y (iii) tuvo conocimiento que el video de apoyo fue colgado en las redes públicas del candidato al concejo, sin que realizara ninguna actuación legal para impedirlo.

En el video, que tiene una duración de 45 segundos, se puede ver al señor Arley Gómez, al parecer en su casa diciendo lo siguiente:

“Bueno, conozco muy buenos candidatos al concejo de Villavicencio, excelentes, podría hablar muy bien de 5, 6, 7 candidatos, muy buenos,

hay uno especial que se llama Hanner Sabogal, del Polo número 5, él es de la comuna 8, pero ha sido un muchacho luchador, guapo, frentero, ese tipo de gente que uno sabe que está haciendo las cosas a pulso berraquito, como él hay varios y candidatos a la asamblea también, pero yo si quisiera que los amigos de Hanner de la comuna 8 y de todo Villavicencio voten por Hanner número 5 de la comuna 8, ojalá lo hagan.”

En cuanto a este video, debe precisarse que las palabras del señor Arley Gómez no están en plural, tal como lo afirma el demandante, sino que está hablando en primera persona puesto que utiliza los verbos conjugados así: conozco, uno sabe, yo si quisiera.

Ahora bien, para valorar este video es necesario tener en cuenta tanto los testimonios de los señores Hanner Sabogal y César Buitrago, como la declaración de parte del demandado.

En la declaración de parte, el señor Arley Fernando Gómez sostuvo lo siguiente:

“(…) PREGUNTADO: indíqueme al despacho si usted hizo ese video. CONTESTADO: sí señor. PREGUNTADO: recuerda la fecha, el lugar, en dónde se hizo. CONTESTADO: sí señor perfectamente, lo recuerdo porque a raíz de este escándalo me tocó revisar en mi celular y lo encontré, no me acordaba del video porque hice muchísimos videos y le mandé a mucha gente, o sea, al contrario de los políticos tradicionales, ellos se dedican a hacer reuniones, yo me dediqué a estar en mi casa, a hacer videos y enviárselos a distintas personas, a mucha gente y eso le llegaba a la gente, es un estilo diferente que yo quise proponer, y me dio muy buenos resultados, tanto así que casi obtengo la gobernación. Sí, ese video lo hice y yo lo tengo registrado, lo envié a un señor que se llama César Buitrago, se lo envié el día viernes 25 de octubre a las 5:59 minutos, ¿por qué se que es a esa hora?, porque cuando usted borra los videos ahí queda como una manchita, y esa manchita decía que el video duraba 42 segundos y que fue enviado a tal hora, o sea, que fue el viernes antes de las elecciones. PREGUNTADO: por qué se lo envió al señor César Buitrago, quién era él. CONTESTADO: César es como un amigo ahí, que me decía a usted qué opinión le merece los candidatos al concejo de Villavicencio, yo le dije a mí me gustan varios candidatos, entre ellos Hanner, a mí me parece que, y el otro que no me acordé es un muchacho también del Polo que se llama David, que ese muchacho sabe mucho del tema de salud, lo escuché y me pareció un tipo berraco, en ese momento no me acordé, pero me acordé de Hanner, y ni si quiera sabía el número ni el apellido del otro candidato, pero me parecían buenos. PREGUNTADO: cuál era el objeto de enviar el video. CONTESTADO: darle una opinión a César, me parecía bueno, él me dijo tal vez del polo cuáles, hay gente que tiene afinidad con algún partido político, entonces me parecía que esos eran como buenos. (...) PREGUNTADO: el objeto de ese video era para que fuera

divulgado?. CONTESTADO: no, no, era un concepto que yo se lo pasé a César, **pero ellos nunca me dijeron, oiga lo puedo publicar**, digamos que yo estuve haciendo mucha campaña en redes sociales, prácticamente muy buena parte de mi campaña la hice desde esa hamaca donde aparece ese video, yo no se cuántas personas más tendrán videos míos, porque yo los enviaba y pues como en el celular se quedan pues los borraba. PREGUNTADO: hay una cosa que no me queda clara, y es que si usted se lo mandó a César Buitrago, pero no para ser publicado, entonces cómo iba a hacer campaña con eso, solo mandándoselo a César. CONTESTADO: es que César me pidió el concepto, es que es una cosa diferente es mi campaña, y eso es completamente diferente, el me pidió un concepto, cuáles considera y yo dije esos, de pronto otra persona me dijo salúdame a mi mamá que está en Puerto Gaitán y yo mandaba un saludo, hola sumercé y tan tan tan, y ese era como el trabajo, yo no esperaba que esa señora cogiera el video y lo publicara y pusiera mire me escribió el diputado, no, esa era una forma de congraciarme con mucha gente, me ahorra tiempo, me ahorra dinero, me ahorra cualquier cantidad de cosas y a la larga me dio muy buen resultado. (...) PREGUNTADO: cuándo se enteró usted que el video es puesto en redes sociales. CONTESTADO: creo que cuando me colocaron la demanda. PREGUNTADO: en algún momento César Buitrago lo llamó y le dijo que le había dado ese video al movimiento político del señor Hanner Sabogal?. CONTESTADO: no, no, no, nunca me dijo nada. PREGUNTADO: en algún momento el señor Hanner González se comunicó con usted le dijo algo para subir el video a redes sociales, o informándole o agradeciéndole por la opinión?. CONTESTADO: no nunca, nunca. Incluso cuando yo me enteré le mandé una carta, como dura, diciéndole eso, que como me había metido en esa vaca loca. PREGUNTADO: Precise si usted autorizó al señor Hanner Sabogal o a alguien de su campaña política para la difusión del video. CONTESTADO: **no señor, yo no le autoricé la difusión a nadie**. PREGUNTADO: en los videos que usted normalmente hacía, ya que nos dice que el grueso de su campaña fue hecho a través de este mecanismo, usted expresamente autorizaba, es decir, les decía usted puede colgarlos o cuál era el mecanismo que usted tenía para controlar esa divulgación. CONTESTADO: no, no nada, yo simplemente hice muchísimos, muchísimos mensajes y lo que yo quisiera que publicaran los publicaba en mis redes, porque ese era el fin de mi campaña, me parecía que era la manera más económica de hacer campaña y más pulcra entre otras cosas y lo que hacía era compartir, editaba mis videos y los compartía, es más en whatsapp hacía, cuando yo quería que fueran multitudinarios los compartía por whatsapp a muchísimas personas, yo no creo que nadie haya recibido mi video porque yo no se lo di sino a César, una opinión. PREGUNTADO: si era una opinión, por qué no la podía expresar por teléfono, por qué tenía que hacer un video, si solo le quería manifestar a César, lo que usted opinaba de Hanner, por qué un video, por qué no una llamada o un café. CONTESTADO: **porque siempre hacía eso, o**

sea, estaba haciendo muchos videos, y en ese momento en la hamaca, haciendo lo que venía haciendo, y lo hice, me salió, se lo hice a César. (...) El magistrado hace rato me preguntaba y por qué no hizo una llamada, es que el tema está en que la gente se siente muchísimo más o cree más cuando ve un video, es que no es lo mismo que escuche una llamada, que fulano de tal, sino que la gente se siente como identificada con la persona, dice miércoles, este man se tomó el tiempo de hacerme un video, esa es como la táctica, me entiende?, entonces yo podía llamar a un persona y decirle mira habla Arley Gómez y yo quiero que usted vote por mí, pero si alguien me decía mire mándele un saludo a fulano de tal, yo le mandaba era un video, y le decía cualquier cosa, un saludo y la gente se ponía feliz, yo andaba en campaña en todo el departamento, sin andar en helicóptero.”

A su vez, dentro del expediente también obra el testimonio de Hanner Alexis Sabogal, concejal de Villavicencio por el partido Polo Democrático Alternativo, en el cual hizo la siguiente declaración:

“(…) PREGUNTADO: indíquele al despacho si durante su campaña al concejo municipal de Villavicencio realizó alguna reunión o acto de proselitismo político en donde hubiere intervenido el señor Arley Gómez. CONTESTADO: nunca. PREGUNTADO: indíquele al despacho si usted tuvo conocimiento que el señor Arley Gómez hubiera realizado algún tipo de actuación tendiente a favorecer su campaña al concejo municipal de Villavicencio. CONTESTADO: más allá de mi humilde opinión no. (se le muestra el video) PREGUNTADO: indíquele al despacho cuál es el nombre de esta persona que usted indica sirvió como puente y le solicitó al señor Arley emitir la opinión. CONTESTADO: es un amigo de que se llama César Buitrago. (...) PREGUNTADO: usted en algún momento le pregunta a César Buitrago, si el señor Arley Gómez había autorizado la utilización de ese video para subirlo a redes o para editarlo. CONTESTADO: no, no señor, de hecho nadie verificó eso.”

Finalmente obra el testimonio de César Buitrago, quien se desempeña como defensor público en el área penal y tiene un contrato de prestación de servicios con la alcaldía de Villavicencio, y aseguró lo siguiente:

“(…) PREGUNTADO: de manera general le voy a poner de presente el objeto del proceso y la razón por la cual usted ha sido llamado a declarar (...), de manera general qué tiene que decir usted al respecto, que sabe o qué le consta sobre estas circunstancias. CONTESTADO: pues H. magistrado, conozco el objeto por el cual me fue citado, toda vez a través de un video en una comunicación que tenía, en una pregunta que le hice yo al ingeniero Arley, el me manifestó el comentario, y me lo transmite en un video, **que era la forma en la que uno se comunica básicamente con el ingeniero Arley, y dentro del video vi que hacía un comentario en el cual me pareció que se refería**

de manera respetuosa y que valoraba el trabajo de Hanner Alexis, yo soy amigo de los dos en común, conocido de los dos en común, y le remití ese video a Hanner, y le dije mire el buen concepto en que lo tienen, básicamente ese es el entorno, ya después vi que habían demandado la elección del ingeniero Arley, y posteriormente la citación a esta audiencia virtual¹⁹. PREGUNTADO: ya que conoce a los dos, precise al despacho hace cuánto tiempo los conoce y por qué razón. CONTESTADO: a Hanner Alexis Sabogal, lo conozco yo creo que hace aproximadamente 6 o 7 años, toda vez que Hanner es residente en el barrio Ciudad Porfía de la comuna 8 de Villavicencio, lugar donde tenía una propiedad y en algún momento residía allí, Hanner tenía un almacén que se dedicaba a la red y mantenimiento de celulares, tenía ese local donde un concuñado y por eso lo distingo y por su labor social comunitaria. Al ingeniero Arley lo vine a conocer casi que en campaña, porque me pareció interesante e innovadora la forma de hacer campaña, de esa manera básicamente tuve contacto con el ingeniero Arley, y con Hanner Sabogal. PREGUNTADO: podría decirse que entre ustedes hay algún grado de amistad, con alguno o con ambos?. CONTESTADO: yo creo que con el ingeniero Arley hay como una especie, yo no creo que amistad como tal, sino que somos conocidos, nos distinguimos, yo creo nos habremos visto personalmente unas 2 o 3 veces, no creo que más. Con Hanner si lo considero un amigo, le tengo aprecio, porque lo conozco hace un tiempo considerable. PREGUNTADO: **de alguna manera participó usted en alguna campaña de ellos, o de ambos?** CONTESTADO: **no, aparte de compartir de querer que cada uno consiguiera su objetivo, no.** PREGUNTADO: recuerda el momento en que el señor Arley le mandó el video, circunstancias de tiempo, modo y lugar. CONTESTADO: no recuerdo la fecha, se que fue época electoral, un día le pregunté y no recuerdo ni la pregunta, y se que me respondió en un video, porque esa es la forma de comunicarse uno con el ingeniero Arley, él tiene una manera yo creo que única de interactuar con las personas y todo es a través de videos o notas de voz. PREGUNTADO: se habla usted de manera frecuente con el ingeniero Arley?, explique por qué no se veían pero si le mandó el video por whatsapp. CONTESTADO: pues yo creería que son temas que sucedieron en la forma típica del ingeniero Arley hacer campaña, no recuerdo como llega el número del señor Arley a mi y por whatsapp uno le escribía y el contestaba, sin distinguirlo a uno, yo por lo menos una vez tuve el teléfono, le escribí y le dije soy César Buitrago un abogado de Villavicencio, y quiero manifestarle mi admiración y respeto por la forma como usted esta haciendo política en el departamento del Meta y a eso me contesta y esa era básicamente la forma de interactuar con él. PREGUNTADO: cómo fueron las circunstancias del envío y del recibido del video. CONTESTADO: yo no recuerdo el entorno y no recuerdo el contexto, pero creo que específicamente, como yo tenía una propiedad en la

¹⁹ Minuto 14:34 a 15:58

comuna 8 le hice como una especie de pregunta de qué pensaba de los candidatos de la comuna 8, creo que fue como ese el contexto, pero no le podría asegurar. (...) PREGUNTADO: indíquele al despacho que hizo usted con el video, cuando le llegó. CONTESTADO: lo miré, lo vi, y lo que le digo, se lo compartí a Hanner porque me pareció que tenía muy buen concepto en relación con Hanner. PREGUNTADO: usted sabe que hizo Hanner Alexis con ese video?. CONTESTADO: No. PREGUNTADO: usted le consultó al señor Arley que iba a hacer con ese video, que lo iba a enviar a Hanner. CONTESTADO: no. PREGUNTADO: en algún momento Arley lo autorizó para que le enviara ese video a Hanner. CONTESTADO: no. (...) PREGUNTADO: si el objeto del video no era replicarlo, por qué se lo envió a Hanner. CONTESTADO: para que viera el concepto que tenía de él, el ingeniero Arley Gómez quien en esa época era muy reconocido en el departamento.”

De las referidas declaraciones se pueden concluir válidamente lo siguiente:

- El señor Arley Gómez hizo el video y se lo mandó a César Buitrago, por petición de este último, al haberle preguntado por su opinión sobre los candidatos al concejo de Villavicencio.
- El señor Arley Gómez aseguró que borró el video de su equipo móvil, razón por la cual no fue aportado con la contestación de la demanda.
- El señor Arley Gómez no autorizó la publicación del video, ni la misma fue solicitada por los señores César Buitrago ni Hanner Sabogal.
- El señor César Buitrago le envió el video a Hanner Sabogal, en su condición de amistad, y fue el equipo de este último quien publicó el video en la página de Facebook de Hanner Sabogal.
- El video se hizo con ocasión de una conversación de WhatsApp²⁰ entre Arley Gómez y César Buitrago, en la que si bien participó Arley Gómez quien era candidato a la gobernación del Meta, y por eso podía considerarse como una persona pública, el señor César Buitrago no lo era. Además, en las declaraciones se indica que la conversación no tenía como finalidad ayudar a ningún candidato, puesto que César Buitrago afirmó no haber trabajado ni participado en ninguna de las dos candidaturas, esto es en la de Arley Gómez ni en la de Hanner Sabogal.
- Que era común la creación de videos por parte de Arley Gómez, como una forma de comunicarse con las personas, y congraciarse con ellas, por lo que, si le escribían pidiéndole saludos o opiniones, respondía mediante videos, para generar un acercamiento con el electorado, y realizar así su campaña electoral.

²⁰ Se precisa que no se tiene el conocimiento de la conversación, puesto que la misma no obra en el expediente.

- Que César Buitrago y Arley Gómez no eran amigos, y solo se conocieron con ocasión de la campaña y la posibilidad de mandarle mensajes por *WhatsApp*.

En este contexto, no le asiste razón al recurrente cuando dice que la conversación no era personal, por haberse realizado por una persona pública, esto es, el señor Arley Gómez, dado que lo que quedó demostrado de las declaraciones fue que el señor César Buitrago en una conversación de *WhatsApp*, y sin finalidad alguna de publicación, le preguntó al demandado por su opinión sobre los candidatos al concejo de Villavicencio, incluso sobre este punto el señor Buitrago dijo que la pregunta pudo haber sido más precisa, relacionada con los candidatos de la comuna 8 al concejo.

En cuanto a la afirmación consistente en que en el dictamen pericial se dijo que el video no tenía ninguna restricción para su reproducción, y que por tanto debía concluirse que podía ser difundido, esta Sala precisa que tal conclusión no es válida, puesto que para la debida publicación de un video, se debe contar con la autorización del emisor, cuando provenga de una conversación privada, concluir lo contrario, implicaría que cualquiera pueda ser publicado, sin verificar su origen, desde que no tenga protección alguna por el creador para su difusión.

Tampoco es cierta la afirmación relacionada con que el señor César Buitrago por ser uno de los participantes era propietario del video y podía difundirlo, puesto que en el video solo aparece la imagen del señor Arley Gómez hablando, razón por lo que se necesitaba la autorización de este último, para que se pudiera hacer una publicación.

Finalmente, en cuanto a la supuesta amistad entre los señores Arley Gómez y Hanner Sabogal, alegada por el recurrente, de las declaraciones se tiene lo siguiente:

Testimonio de Hanner Sabogal:

“PREGUNTADO: indíqueme al despacho desde hace cuánto y por qué razones usted conoce al señor Arley Fernando Gómez. CONTESTADO: bueno en realidad de conocerlo, por redes sociales, yo digámoslo que durante 4 años estuve trabajando como edil de una de las comunas de Villavicencio, estuvimos al frente de lo que ha sido el desarrollo de dobles calzadas en la ciudad, por redes sociales compartimos casi que una lucha similar, él con su tema de sus peajes y demás y de nuestra parte acá pendiente de unos temas de infraestructura para la ciudad y para el departamento, en ese sentido digámoslo que a través de redes, no ha sido presencial, digámoslo que hayamos tenido mayor contacto, simpatizamos en cuanto a las luchas y que se han dado acá en la ciudad en el departamento, y en ese orden de ideas en algún momento en campaña de las pasadas elecciones, cuando en un evento público vinieron aquí varios senadores de la República en apoyo y en una alianza de varios partidos, en apoyo al candidato a la gobernación, pues allí lo miramos cruzamos saludos y pare de contar, digamos que esa ha

sido la relación, más allá de encontrarnos de tomarnos un café, o de charlar o de amistad, de una larga relación de amistad, no, para nada.”

Testimonio de Arley Gómez:

“PREGUNTADO: indíqueme al despacho desde hace cuánto y por qué razones conoce al señor Hanner Alexis Sabogal. CONTESTADO: bueno yo lo conozco casi como al 90% de las personas que hoy conozco, por redes sociales, yo lo he visto dando unas luchas por un tema en el que hemos coincidido, que fue el de la doble calzada en la comuna 8, para la gente que vive en Acacías y en 20 municipios anexos del departamento y Guaviare, y esa vía se había convertido en un tapón y obviamente ellos necesitaban salir rápidamente de su comuna hacia la ciudad de Villavicencio y nosotros necesitábamos pasar, con la única diferencia de que nosotros pagábamos peaje por pasar por esa trocha, entonces yo me encontré en muchas ocasiones con él, en algunos debates que hacía la ANI, o cuando lo hacía la Agencia de Infraestructura del Meta, allá yo llegaba de invitado o no de invitado sino que llegaba porque me interesaba el tema, allá yo lo vi hablando y me pareció un tipo como dije en el video un berraquito, porque no se quedaba callado, que es lo que estamos buscando en esencia.”

Entonces, del testimonio de Hanner Sabogal y la declaración de Arley Gómez, quedó suficientemente probado que no eran amigos, y que se vieron solo un par de veces en que coincidieron en reuniones, de manera que no es cierta la afirmación del recurrente relacionada con el que *a quo* no tuvo en cuenta la amistad entre ellos, puesto que quedó demostrado lo contrario.

Por lo anterior, tampoco le asiste razón al demandante en estos argumentos.

d) De otra parte, explicó que el fallo de primera instancia tiene una teoría peligrosa, puesto que se quiere sentar jurisprudencia con el argumento de que los candidatos a elecciones públicas pueden apoyar a uno distinto al del partido, siempre que lo haga a través de videos o llamadas, sin que pueda ser catalogado como doble militancia, por ampararse en un supuesto derecho a la intimidad.

Mencionó que no entendió el tribunal el apoyo que le prestó el demandado al señor Hanner Sabogal, quien aprovechó la gran cantidad de seguidores en sus redes, por lo que, al solo etiquetarlo en sus publicaciones, sus seguidores tenían acceso a ver el video de apoyo.

Adujo que la demanda fue mal interpretada puesto que nunca se dijo que el video se había publicado en la red social del demandado, sino que lo que se señaló tanto en la demanda como en las coadyuvancias es que el señor Arley Gómez cuenta con una gran cantidad de seguidores, los cuales podían acceder al video de apoyo, puesto que las cuentas de los dos políticos son públicas, de manera que lo que realmente ocurrió es que se aprovechó de la gran cantidad de

seguidores, y prueba de ello es que el video tuvo más de 5.836 reproducciones. Además nunca fue parte del debate, las veces que fue reproducido el video.

Frente al video, proveniente de una conversación de *WhatsApp*, y el derecho a la intimidad, la Corte Constitucional²¹ ha dicho lo siguiente:

“(…) La expectativa de privacidad

El alcance y protección del derecho a la intimidad respecto de la información y las expresiones que circulan en sistemas de mensajería instantánea como WhatsApp no puede definirse ex ante con absoluta exactitud. Tal circunstancia, a juicio de la Corte, exige tomar en consideración la expectativa de privacidad que, atendiendo las circunstancias de cada caso pueda ser identificada y la cual puede variar según los diferentes contextos fácticos. Esta categoría, cuyo origen parece encontrarse en el derecho norteamericano según lo ha referido la propia Corte^[58], ha tenido un desarrollo particular en relación con el proceso penal. Sin embargo, su pertinencia no se agota en ese contexto. De hecho, ha sido empleada por la jurisprudencia extranjera^[59] y la jurisprudencia internacional^[60] para juzgar la validez de la violación del derecho a la intimidad en el contexto de relaciones laborales.

60. *La expectativa de privacidad es, entre otros, un criterio relevante para establecer si determinadas expresiones o manifestaciones de la vida de las personas se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del derecho a la intimidad o si, por el contrario, pueden ser conocidas o interferidas por otros. Tal categoría impone definir, atendiendo diferentes factores contextuales, si quien alega la violación puede considerar válidamente que su actividad se encuentra resguardada de la interferencia de otros, por un lado, y si es o no posible concluir que dicha valoración es oponible a los terceros que pretenden acceder a la información o divulgarla, por otro. Este doble análisis exige considerar criterios subjetivos y objetivos a efectos de valorar, en cada caso, si quien solicita la protección en realidad podía suponer o confiar que las informaciones o contenidos no podrían circular^[61].*

61. *Para la Sala, la categoría referida puede emplearse para juzgar si la divulgación o revelación de mensajes contenidos en una conversación virtual, vulnera o no el derecho a la intimidad. En particular, la existencia de una expectativa de privacidad así como su alcance, debe definirse tomando en consideración, entre otros factores, (i) el carácter más o menos abierto del sistema de mensajería bajo el cual se desarrolla la conversación; (ii) los integrantes y fines del grupo virtual; (iii) la clase de información de la que se trate^[62] y si se encuentra*

²¹ T- 574 del 14 de septiembre de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

*o no protegida por regímenes especiales como aquel previsto, por ejemplo, en la Ley 1581 de 2012; (iv) la existencia de reglas o pautas que hayan fijado límites a la circulación de las expresiones o informaciones contenidas en el espacio virtual; y (v) la vigencia de obligaciones legales o contractuales de confidencialidad como las que pueden establecerse en contratos de trabajo o en los reglamentos internos de trabajo. **De acuerdo con ello, para determinar si es posible amparar el derecho a la intimidad frente a la divulgación de mensajes contenidos en una conversación virtual desarrollada en un grupo conformado en WhatsApp, deberán valorarse y ponderarse, en cada caso, los factores que han quedado referidos.***

Así, por ejemplo, la posibilidad de oponerse a la circulación de las informaciones o mensajes será mayor cuando (i) se produce en un espacio virtual con medidas especiales de protección frente a la injerencia o conocimiento de terceros; (ii) se remiten a un grupo conformado por un número reducido de personas vinculadas por un propósito relevante solo para ellas; y (iii) pueden calificarse como privadas o reservadas. La expectativa de privacidad se incrementaría además, si (iv) los participantes han previsto una advertencia específica para impedir la divulgación de los contenidos de la conversación virtual.

A su vez la facultad de controlar la divulgación de la información podría debilitarse cuando (i) el espacio virtual en el que circula la información no tiene especiales medidas para evitar que la información sea conocida por parte de terceros; (ii) se trata de un grupo conformado por un número significativo de personas; (iii) la información tiene carácter semiprivado o tiene relevancia pública; y (iv) los participantes han autorizado expresa o tácitamente -a través, por ejemplo, de un contrato laboral o del reglamento interno de trabajo- la posibilidad de que la información circule.” (Negritas fuera del texto original)

En esta sentencia, la Corte también explicó que *WhatsApp* es una aplicación de mensajería instantánea que funciona a través de teléfonos inteligentes, que permite enviar y recibir mensajes a través de internet, de manera que los usuarios pueden crear listas de distribución y grupos, lo que facilita el intercambio de videos, imágenes, grabaciones, mensajes escritos, notas de voz y contactos. Explicó que estas conversaciones cuentan con un sistema de cifrado de extremo a extremo, lo que garantiza que solo las personas participantes pueden tener acceso a dicha información.

En este contexto, para determinar si el demandado tenía alguna expectativa de privacidad, y en consecuencia determinar si hay lugar o no a proteger el derecho a la intimidad del señor Arley Gómez, es necesario valorar los siguientes elementos:

1. El carácter más o menos abierto del sistema de mensajería bajo el cual se desarrolla la conversación;
2. Los integrantes y fines del grupo virtual;

3. La clase de información de la que se trate y si se encuentra o no protegida por regímenes especiales;
4. La existencia de reglas o pautas que hayan fijado límites a la circulación de las expresiones o informaciones contenidas en el espacio virtual; y
5. La vigencia de obligaciones legales o contractuales de confidencialidad como las que pueden establecerse en contratos de trabajo o en los reglamentos internos de trabajo.

Al respecto, debe decirse que la conversación entre el señor César Buitrago y Arley Gómez se hizo en un chat, donde solo participaban ellos dos, por la mensajería instantánea *WhatsApp*. La finalidad de la conversación, tal como se deriva de los testimonios, estaba dada, por una opinión que le solicitó el señor Buitrago a Arley Gómez, sobre los candidatos al concejo de Villavicencio. En este punto se recalca, que el señor Buitrago no trabajaba para la campaña del señor Hanner Sabogal, por lo que no se pidió tal concepto, con la finalidad de promover o realizar un acto en favor de la campaña del señor Sabogal al concejo.

Ahora bien, el señor Arley realizó un video, que únicamente fue enviado al señor Buitrago, en el que se indicaba el concepto que tenía sobre uno de los candidatos al concejo de Villavicencio. Y si bien, el señor Arley no señaló en la conversación que el video podía ser publicado, lo cierto es que tampoco autorizó expresamente esa difusión.

De acuerdo con lo anterior, y dado que el video se envió solo en una conversación entre dos personas, y no en un chat grupal, esta Sala considera que el señor Arley contaba con una expectativa de privacidad, consistente en que el video que le envió al señor César Buitrago no iba a ser publicado en alguna red social. En este punto se precisa que al no obrar dentro del expediente la conversación entre los señores Arley Gómez y César Buitrago, esta Sala no puede concluir que su contenido trasciende lo privado, ya que no hay prueba de ello, y por el contrario de las declaraciones se evidencia, que solo se pidió una opinión personal.

Al respecto, debe decirse que en los testimonios quedó suficientemente claro que el demandado en ningún momento autorizó la publicación del video, de manera que carece de fundamento la consideración tendiente a afirmar que al haberse etiquetado al demandado en el mismo, y al ser las dos cuentas públicas -la de Hanner Sabogal y la de Arley Gómez-, se configura la doble militancia, puesto que atrás claramente se dijo cuáles son los requisitos, y en este caso no se encontró demostrado el elemento objetivo.

Lo anterior, toda vez que en este caso, tal como lo dijo el *a quo*, no se puede valorar el video aportado con la demanda, puesto que el mismo no debió publicarse por falta de autorización, lo cual fue violatorio a su derecho a la intimidad, y como se dijo, el señor Arley Gómez contaba con una expectativa de privacidad. Además, el video no se publicó en la cuenta de *Facebook* del demandado, sino en la cuenta del señor Hanner Sabogal, tal como él mismo lo reconoció.

Se reitera, en cuanto a las posibles etiquetas del video, haciendo relación a Arley Gómez, que esta Corporación no puede tenerlas en cuenta como una aprobación de la publicación por parte del demandado, ya que quedó suficientemente probado, que el video solo tenía por destinatario al señor César Buitrago, quien se lo envió a Hanner Sabogal sin la autorización del creador del mismo.

Así mismo en el presente proceso carece de relevancia el número de reproducciones que tuvo, o el carácter de públicas de las cuentas del demandado y de Hanner Sabogal, puesto que la conducta de doble militancia por apoyo, debe quedar debidamente probada en el expediente, y no dejar ninguna duda, ya que su implicación es la declaratoria de nulidad de una elección por voto popular, que refleja los principios democráticos y el acceso a los cargos públicos.

En consecuencia, es claro que el video, en el cual el demandado se refiere a Hanner Sabogal, fue enviado en una conversación únicamente entre dos personas, sin la finalidad de ser publicado en alguna red social y sin intenciones de promover campaña alguna, razón por la que no se encuentra debidamente demostrado el apoyo a un candidato de otro partido o movimiento político. Se recalca en este punto, que al no obrar la conversación dentro del expediente, no se puede concluir que su contenido trascienda el ámbito privado de la misma.

De acuerdo con lo expuesto, no considera esta Sala que el Tribunal haya incurrido en una teoría peligrosa o subjetiva al no valorar el video, para tener por demostrada la doble militancia, puesto que dentro del expediente no hay prueba de la conversación que mostrara que frente a la misma el demandado no tenía expectativa alguna de privacidad, y que por tanto el video sí podía ser publicado. Así las cosas ante la duda por la falta de prueba del contexto de la conversación, y de lo dicho en las declaraciones se da primacía al derecho a la intimidad.

En este punto se reitera que no podía el señor César Buitrago, como uno de los intervinientes en la conversación, publicar el video, ya que tal como lo dijo el *a quo*, en el video no aparecía él, sino el señor Arley Gómez.

Al margen de lo anterior, esta Sala pone de presente que para que se configure la doble militancia por apoyo se requiere que la persona a la que se dirige la prohibición realice **un solo acto contrario a la misma**²², el cual puede materializarse a través de actos de campaña en redes sociales, o por medio del uso de mensajerías instantáneas como *WhatsApp*, de manera que todos los candidatos deben abstenerse de realizar actos de apoyo a otros candidatos sin importar la forma o el medio a través del cual se haga, ya que se reitera, no se requiere que el acto sea masivo, basta con que se demuestre el apoyo a un candidato de otro partido. Ahora bien, la aplicación de la anterior regla dependerá del contexto en que se produzcan este tipo de mensajes de datos y del análisis armónico e integral del material probatorio que se allegue al proceso, conforme a lo cual se deberá determinar si la correspondiente publicación o mensaje

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2018-00032-00. Providencia del 31 de octubre de 2018. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

trasciende del ámbito de lo privado al ambiente público y abierto de las justas electorales con las consecuencias que ello conlleva para el elector.

De todo el análisis hecho con antelación, esta Sala encuentra que ninguno de los cargos presentados en el recurso de apelación están llamados a prosperar y, en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia del dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta.

SEGUNDO: En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Presidente
Salva voto

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Magistrado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada
Aclara voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

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

NULIDAD ELECTORAL – Las pruebas fueron debidamente valoradas y primó el derecho a la intimidad / NULIDAD ELECTORAL – El pronunciamiento era propicio para ahondar en el uso de las tecnologías en materia electoral

[Se considera] que, contrario a lo que sostuvo el apelante, las pruebas fueron debidamente valoradas, al video examinado se le asignó el mérito que de acuerdo con la ley le asistía, lo mismo que al testimonio del señor César Buitrago, del cual no era posible derivar una amistad con el demandado, y que es claro que el video, en el cual el demandado se refiere a Hanner Sabogal, fue enviado en una conversación únicamente entre dos personas, sin la finalidad de ser publicado en alguna red social y sin intenciones de promover campaña alguna, razón por la que no se encuentra debidamente demostrado el apoyo a un candidato de otro partido o movimiento político, pues, al no obrar la conversación dentro del expediente, no se puede concluir que su contenido trascienda el ámbito privado de la misma, razón por la que, ante la duda por la falta de prueba del contexto de la conversación, y de lo dicho en las declaraciones se haya dado primacía al derecho a la intimidad. Con todo, creo que el caso de la referencia conllevaba una oportunidad propicia para ahondar un tema de vanguardia como lo es el uso de las tecnologías en la arena electoral y el impacto que pueden llegar a tener en la contienda. (...). La misma inocuidad que, en principio –pues como siempre es susceptible de prueba en contrario–, se predica de un grupo o comunidad conformada bajo el intercambio acaecido en el seno de plataformas como Facebook, Instagram, Twitter o Telegram, entre otros, así como en canales propios del tipo de las llamadas telefónicas, los mensajes de texto, los correos electrónicos o los chats debe hacerse extensible a otro tipo de medios tecnológicos. El problema de la “forma” en este tipo de casos no traduce dificultades que ameriten ser fustigadas por parte de la justicia. Ahora, el “contenido”, como en todos los demás eventos debe ser mirado a partir de los límites que establece el ordenamiento jurídico colombiano, que no son otros que las actividades que están o no permitidas en una determinada campaña, sin importar si tales comportamientos se despliegan en una arena físicamente demarcada o en los nuevos campos virtuales que evolucionan al ritmo frenético de los avances tecnológicos. Bajo esa égida, se debe rechazar todo intento de coartar la libertad del voto o de velar el quebrantamiento de prohibiciones constitucionales o legales, incluso si ello proviene o se canaliza a través de los distintos usos informáticos. Se reitera, entonces, que la existencia o el uso de estrategias proselitistas a través de espacios virtuales, como el envío de videos por medio de Whatsapp no es un aspecto que corresponda censurar al juez de lo contencioso electoral, al que, para los fines de lo examinado en el presente proveído, o en cualquier otro asunto de contornos fácticos similares, lo que importa es la verificación del respeto por el ejercicio libre del derecho a votar y las reglas de la democracia en general. (...). Está abierta la puerta para el uso responsable de la inteligencia artificial en los sistemas de publicidad, campañas electorales y demás escenarios con el fin de mejorar la calidad del debate y de la democracia y su regulación legal y reglamentaria, lo cual no solo se da en Colombia, sino prácticamente en todo el orbe. Ahora bien, en el caso de la referencia, es dable indicar que para algunos podría ser cuestionable, o cuando menos desprovisto de alguna claridad, el hecho de que el demandado apareciera en un video hablando bien de un candidato ajeno a su agrupación política. Es posible, que en la visión más extrema se llegue a concluir que tal vez el accionado, del Partido Verde, no haya invitado a todo Villavicencio a votar por el concejal del Polo, pero que sí existió la emisión de un concepto favorable frente a un interlocutor específico con ánimo que algunos acusaron de ser proselitista, en un acto que se reputa privado, pero que el propio demandado reconoce como

normal en su estrategia de campaña –aspecto que, en todo caso, no es palmario que desprenda de la apelación–. Sin embargo, existió aquí una confrontación axiológica que debía ser resuelta en favor del derecho a la intimidad del demandado, y del *pro electoratem*, como en efecto ocurrió. Considero que la situación o el contexto, como quedó sentado en la sentencia no era lo suficientemente concluyente para declarar la nulidad electoral por el hecho de constituirse un apoyo traducible en doble militancia. Pero además de ello, la razón más fuerte para descartar la incursión en dicha prohibición deviene de lo que, (...) debe ser la tendencia hacia el lenguaje de concordia y acercamiento entre expositores de distintas opciones políticas, confrontables en sus modelos, mas no en sus integrantes –o por lo menos ese sería el ideal–. En los anteriores términos [se deja] presentada [la] aclaración de voto.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a que la actividad proselitista es connatural a todo proceso eleccionario y que la campaña electoral se acompasa con la deseable socialización de ideas, perfiles y valores democráticos o del aspirante, sin importar si esto sucede en un una tarima, en una plaza pública, en una cadena radial, en un espacio de televisión, en ventanas de internet o, como parece ser la tendencia actual, en redes sociales, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 21 de enero de 2021, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 66001-23-33-000-2019-00777-01.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 50001-23-33-000-2020-00003-01

Actor: JAIME DARÍO CARRILLO SUÁREZ

Demandado: ARLEY FERNANDO GÓMEZ HERNÁNDEZ – DIPUTADO DEL META, PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto manifiesto las razones por las que aclaro mi voto en la sentencia de segunda instancia de la referencia, en la que se resolvió confirmar la sentencia del dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que negó las pretensiones de la demanda encaminada a declarar la nulidad del acto de elección del señor Arley Fernando Gómez Hernández como diputado de la Asamblea Departamental.

En efecto, considero que, contrario a lo que sostuvo el apelante, las pruebas fueron debidamente valoradas, al video examinado se le asignó el mérito que de

acuerdo con la ley le asistía, lo mismo que al testimonio del señor César Buitrago, del cual no era posible derivar una amistad con el demandado, y que es claro que el video, en el cual el demandado se refiere a Hanner Sabogal, fue enviado en una conversación únicamente entre dos personas, sin la finalidad de ser publicado en alguna red social y sin intenciones de promover campaña alguna, razón por la que no se encuentra debidamente demostrado el apoyo a un candidato de otro partido o movimiento político, pues, al no obrar la conversación dentro del expediente, no se puede concluir que su contenido trascienda el ámbito privado de la misma, razón por la que, ante la duda por la falta de prueba del contexto de la conversación, y de lo dicho en las declaraciones se haya dado primacía al derecho a la intimidad.

Con todo, creo que el caso de la referencia conllevaba una oportunidad propicia para ahondar un tema de vanguardia como lo es el uso de las tecnologías en la arena electoral y el impacto que pueden llegar a tener en la contienda.

Retomando algunas de las glosas decantadas en la reciente sentencia del 21 de enero de 2021²³, con ponencia de la suscrita magistrada, mal haría este colegiado en pasar por alto que la actividad proselitista es connatural a todo proceso electoral; y que la novedad de un determinado instrumento no puede servir de insumo para su proscripción *a priori*, toda vez que, bajo los arquetipos democráticos nacionales, la campaña electoral en elecciones territoriales para cargos uninominales y de miembros de corporaciones públicas se acompaña con la deseable socialización de ideas, perfiles y valores democráticos o del aspirante, sin importar si esto sucede en una tarima, en una plaza pública, en una cadena radial, en un espacio de televisión, en ventanas de internet o, como parece ser la tendencia actual, en redes sociales.

La misma inocuidad que, en principio –pues como siempre es susceptible de prueba en contrario–, se predica de un grupo o comunidad conformada bajo el intercambio acaecido en el seno de plataformas como Facebook, Instagram, Twitter o Telegram, entre otros, así como en canales propios del tipo de las llamadas telefónicas, los mensajes de texto, los correos electrónicos o los chats debe hacerse extensible a otro tipo de medios tecnológicos.

El problema de la “forma” en este tipo de casos no traduce dificultades que ameriten ser fustigadas por parte de la justicia. Ahora, el “contenido”, como en todos los demás eventos debe ser mirado a partir de los límites que establece el ordenamiento jurídico colombiano, que no son otros que las actividades que están o no permitidas en una determinada campaña, sin importar si tales comportamientos se despliegan en una arena físicamente demarcada o en los nuevos campos virtuales que evolucionan al ritmo frenético de los avances tecnológicos.

Bajo esa égida, se debe rechazar todo intento de coartar la libertad del voto o de velar el quebrantamiento de prohibiciones constitucionales o legales, incluso si ello proviene o se canaliza a través de los distintos usos informáticos.

Se reitera, entonces, que la existencia o el uso de estrategias proselitistas a través de espacios virtuales, como el envío de videos por medio de Whatsapp no es un aspecto que corresponda censurar al juez de lo contencioso electoral, al que, para los fines de lo examinado en el presente proveído, o en cualquier otro asunto de

²³ Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 21 de enero de 2021, rad. 66001-23-33-000-2019-00777-01, demandado: alcalde de Pereira 2020-2023.

contornos fácticos similares, lo que importa es la verificación del respeto por el ejercicio libre del derecho a votar y las reglas de la democracia en general.

Si a tal conjunto de información se aplican procedimientos manuales, analógicos y derivados del uso de la inteligencia artificial –cuya definición se relaciona con *“el análisis y el diseño de sistemas artificiales autónomos capaces de exhibir un comportamiento inteligente. Se asume que, para que un agente actúe inteligentemente, debe poder percibir su entorno, elegir y planificar sus objetivos, actuar hacia la consecución de estos objetivos aplicando algún principio de racionalidad e interactuar con otros agentes inteligentes, sean estos artificiales o humanos”*²⁴– para coartar tal prerrogativa, es un aspecto que debe ser evaluado de acuerdo con las particularidades de cada asunto, y sobre lo cual no se pretende la exhaustividad en esta oportunidad, sino simplemente sentar algunas bases teóricas y jurídicas sobre el tema.

Está abierta la puerta para el uso responsable de la inteligencia artificial en los sistemas de publicidad, campañas electorales y demás escenarios con el fin de mejorar la calidad del debate y de la democracia y su regulación legal y reglamentaria, lo cual no solo se da en Colombia, sino prácticamente en todo el orbe.

Ahora bien, en el caso de la referencia, es dable indicar que para algunos podría ser cuestionable, o cuando menos desprovisto de alguna claridad, el hecho de que el demandado apareciera en un video hablando bien de un candidato ajeno a su agrupación política. Es posible, que en la visión más extrema se llegue a concluir que tal vez el accionado, del Partido Verde, no haya invitado a todo Villavicencio a votar por el concejal del Polo, pero que sí existió la emisión de un concepto favorable frente a un interlocutor específico con ánimo que algunos acusaron de ser proselitista, en un acto que se reputa privado, pero que el propio demandado reconoce como normal en su estrategia de campaña –aspecto que, en todo caso, no es palmario que desprenda de la apelación–.

Sin embargo, existió aquí una confrontación axiológica que debía ser resuelta en favor del derecho a la intimidad del demandado, y del *pro electoratem*, como en efecto ocurrió. Considero que la situación o el contexto, como quedó sentado en la sentencia no era lo suficientemente concluyente para declarar la nulidad electoral por el hecho de constituirse un apoyo traducible en doble militancia.

Pero además de ello, la razón más fuerte para descartar la incursión en dicha prohibición deviene de lo que, en mi opinión, debe ser la tendencia hacia el lenguaje de concordia y acercamiento entre expositores de distintas opciones políticas, confrontables en sus modelos, mas no en sus integrantes –o por lo menos ese sería el ideal–.

A la manera en que lo señaló la Sala en sentencia de 3 de diciembre de 2020²⁵, de la cual fui ponente, *“... el lenguaje y el enfoque de la Sala debe cuidarse de*

²⁴ Méndez, J. T. P., & Morales, R. M. (2008). Inteligencia artificial. *Métodos, técnicas y*. P. 24. Tomado el 14 de enero de 2021 de https://d1wgtxts1xzle7.cloudfront.net/56201158/Inteligencia_artificial_-_Jose_Tomas_Palma_Mendez.pdf?1522469174=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DInteligencia_artificial.pdf&Expires=1610663686&Signature=bbgiFadGi1PSnylpbJ2QllaD7RQzWc19ILQalhKqhDGcvSU2TKKcLy4C36KiW1qsGyEu7xMTURBNn5vStPRFuVmH7KD3uljblUe386LXuLXN5O13IVAwRfI27RvMWxQ6AHG3aSWUu816UQwYhOQOVmSGAAVw1YZcT6Bnssoh3ANSgJux6MOS50XS3RYhRt8PMOku8L~CcrFHkde5V7UC38I9J4~eSDaLtGhu5BrO6ojFPVIBmV65cUe5ctfzQ3qdFaDhJLMarMiPkQVodqgGjRycb3PEWtZxCSUFaLy~nnLHjnrKwzvIBBBBeBmAZKdsBQvvR9D5JyN-RY8U4yoIOEA_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA.

estigmatizar toda muestra de cercanía y proximidad entre supuestos “adversarios” políticos. Caminar, abrazar, elogiar y hablar de amistad no debe extremarse al punto de denotarlo como muestras de traición política. De hecho, en el escenario de un país como Colombia, trastocado duramente por una inagotable historia de violencia partidista, se deben proteger, e incluso promover las muestras de cordialidad en los espacios proselitistas, pues, una cosa son las relaciones con la persona y el ser humano, y otra, la competencia electoral propiamente dicha entre los candidatos y sus agrupaciones”.

Como también lo expresó la Sección en dicho antecedente, “Lo anterior, desde luego, no significa vaciar de contenido la doble militancia. La lectura que tiene esta Sala es que el apoyo o la traición política tiene que ser veraz, y estar desprovista de duda, pues no se puede anular un acto de elección sobre la base de sospechas o construcciones interpretativas ajenas a lo que Otto Von Bismarck denominaba la *realpolitike*”.

En los anteriores términos dejó presentada mi aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

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

²⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 3 de diciembre de 2020, rad. 11001-03-28-000-2020-00016-00 (acum), demandado: Gobernador de Córdoba 2020-2023.