

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Contra acto de elección de Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño / INHABILIDAD POR PARENTESCO EN TERCER GRADO DE CONSANGUINIDAD – Con funcionario que ejerce autoridad civil en la misma circunscripción / INTERPRETACIÓN DEL FACTOR TEMPORAL DE INHABILIDAD – Necesidad de unificación de jurisprudencia

[L]a Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió avocar el conocimiento del presente asunto, con fundamento en la necesidad de unificar jurisprudencia en relación con la interpretación del factor temporal de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política. Esta decisión tuvo lugar al quedar verificada la existencia de las tesis divergentes entre la Sección Quinta y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y señalada por el apoderado del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, en relación con la configuración del factor temporal de la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 superior, a partir de las cuales se interpreta en forma disímil la misma disposición, lo que conlleva el otorgamiento de consecuencias jurídicas distintas respecto del mismo supuesto fáctico. (...) [P]ara la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es palmaria la necesidad de unificar jurisprudencia en este punto de derecho, buscando fortalecer la seguridad jurídica e igualdad, evitar la afectación de la congruencia interna del ordenamiento jurídico y proporcionar una jurisprudencia sólida y unificada como criterio de interpretación para evitar la incertidumbre tanto para operadores jurídicos como para ciudadanos, quienes pueden verse sorprendidos con decisiones contradictorias respecto de la configuración de la inhabilidad por la misma causal y bajo idéntico supuesto

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179 NUMERAL 5 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 271

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la tesis existente hasta la emisión de esta sentencia existente sobre la interpretación del factor temporal de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política en la Sección Quinta y en la Sala Plena del Consejo de Estado ver Radicación No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulados). C.P: Alberto Yepes Barreiro y Sentencia de 15 de febrero de 2011. MP. Dr. Enrique Gil Botero. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI); Sentencia de 16 de noviembre de 2011. MP. Dra. María Elizabeth García González. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00515-00(PI). Sentencia de 20 de febrero de 2012. MP. Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00063-00(IJ); Sentencia del 10 de julio de 2012. MP. Dra. Olga Mélida Valle De la Hoz. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00098-00(IJ). Sentencia del 21 de agosto de 2012. MP. Dr. Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI), respectivamente

INTERPRETACIÓN DEL FACTOR TEMPORAL DE INHABILIDAD – Unificación de Jurisprudencia

[P] ara todos los efectos que correspondan, la Sala unifica su jurisprudencia en el siguiente sentido: La interpretación del elemento temporal de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella

que configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y dura hasta el día en que se realiza la elección, inclusive

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179 NUMERAL 5

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA – Definición / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA – irradia a la actividad judicial / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA - Elementos de estructuración

Este principio se fundamenta en la protección de las expectativas ciertas, razonables y fundadas que tienen los administrados con relación a las actuaciones del Estado, así, ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo que, la seguridad jurídica y la confianza legítima proyectan el principio constitucional de la buena fe consagrado en el artículo 83 superior, que irradia toda la actividad estatal, incluida la judicial. (...) [L]a confianza legítima supone corroborar que existen hechos claros, precisos y contundentes, de los que se puede concluir la voluntad estatal en caminata a producir determinados efectos jurídicos, así como la confianza de los administrados en tales mandatos. (...) En segundo lugar y a partir de las circunstancias objetivas verificadas, se requiere la legitimidad de la confianza, es decir, que la convicción del destinatario sea genuina, ajustada al derecho y a la razón y por tanto justificada en razón a la existencia de las circunstancias objetivas en las que confió (...) En tercer lugar, se requiere que exista toma de decisiones u oposiciones jurídicas basadas en la confianza. En otras palabras, se requiere la exteriorización de la confianza del administrado, actuando u omitiendo una conducta ante el Estado. (...) En cuarto lugar, es necesaria la defraudación de la confianza legítima, esto es, que se presente una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad que de manera evidente y razonable, modifique las reglas que rigen las relaciones entre los administrados y el Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 83

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN RESPECTO AL ENTENDIMIENTO DEL FACTOR TEMPORAL DE LA INHABILIDAD CONTEMPLADA EN EL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 179 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA- Aplicación en el tiempo

Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia respecto del entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional tendrán aplicación desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179 NUMERAL 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

Actor: DORA MARCELA CHAMORRO CHAMORRO

Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a dictar sentencia dentro del proceso de nulidad electoral iniciado por la ciudadana Dora Marcela Chamorro Chamorro contra el acto de elección del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño, período 2018-2022, el cual consta en el formulario E-26 CA del 20 de marzo de 2018.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La señora Dora Marcela Chamorro Chamorro, obrando en nombre propio, interpuso demanda de nulidad electoral el 4 de mayo de 2018¹ contra el acto de elección del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño, período 2018-2022, el cual consta en el formulario E-26 CAM del 20 de marzo de 2018.

1.1. Pretensiones

La demandante, solicitó que en definición de la presente acción de nulidad electoral se declare²:

“1º. La nulidad del acto de elección contenido en el Formulario E-26 CA proferido por la Comisión Escrutadora Departamental de Nariño el 20 de marzo de 2018, por medio del cual se declaró la elección del ciudadano Hernán Gustavo Estupiñán Calvache identificado con cedula de ciudadanía número 87.717.439 como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño para el periodo Constitucional 2018-2022.”

1.2. Hechos

Como fundamentos fácticos de la acción, la demandante expuso los siguientes hechos:

1.2.1. Adujo que el 18 de diciembre de 2017, el demandado se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción electoral del

¹ Folios 1 a 11 del cuaderno No. 1.

² Folio 1 del cuaderno No. 1.

Departamento de Nariño, para las elecciones de Congresistas de la República, correspondientes al período 2018-2022, realizadas el pasado 11 de marzo de 2018.

1.2.2. Señaló que el 20 de marzo de 2018, la comisión escrutadora departamental del departamento de Nariño suscribió el formulario E-26 CA, en el cual consta la declaratoria de la elección de los Representantes a la Cámara por la mencionada circunscripción electoral, documento del que se extrae que el demandado resultó electo para el período constitucional 2018-2022.

1.2.3. Expuso que la hermana del demandado, Rosángela Estupiñán Calvache, se desempeñó como Registradora del Estado Civil del municipio de Pasto, en el período comprendido entre la inscripción de la candidatura y la elección, cargo con el cual ejerció autoridad civil dentro de la misma circunscripción electoral.

1.3. Señalamiento de las normas violadas y concepto de violación

1.3.1. La parte demandante, aseveró que con el acto enjuiciado se desconoció el artículo 179.5 de la Constitución Política que establece:

“No podrán ser Congresistas:

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.”

1.3.2. Expuso el actor que de conformidad con la sentencia de unificación proferida el 26 de marzo de 2015 por la Sección Quinta del Consejo de Estado³, en el presente caso concurren los elementos de la inhabilidad en comento, en la medida que: i) existe parentesco de consanguinidad entre el candidato electo y “funcionarios que ejerzan autoridad civil dentro de la misma circunscripción electoral”⁴ y ii) el ejercicio de dicha autoridad en la circunscripción se ejerció en el período comprendido entre la inscripción de la candidatura y la elección.

2. Actuaciones procesales

2.1 Admisión de la demanda

Mediante auto de 8 de mayo de 2018⁵ se admitió la presente demanda electoral, verificado que la misma fue presentada con los requisitos de ley y dentro del

³ Consejo de Estado. Sección quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015. CP. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-28-000-2014-00034-00

⁴ En el caso bajo estudio corresponde al segundo grado de consanguinidad (hermanos).

⁵ Folios 27 a 28 vuelto del cuaderno No. 1.

término de caducidad previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

2.2 Reforma de la demanda

El 18 de mayo de 2018⁶, la accionante presentó reforma de la demanda, con el fin de adicionar el capítulo de pruebas, la cual fue admitida mediante auto del 31 de mayo de 2018⁷.

2.3. Contestación de la demanda por parte del Consejo Nacional Electoral

2.3.1. Mediante escrito radicado el 7 de junio de 2018⁸, actuando por conducto de apoderado judicial, el Consejo Nacional Electoral solicitó denegar las pretensiones de la demanda, toda vez que, a su juicio, en el presente caso no se ha demostrado la configuración de la inhabilidad alegada.

2.3.2. En tal sentido, señaló el apoderado de la entidad que no es posible establecer si en el caso que nos ocupa concurre o no circunstancia inhabilitante porque no está demostrado: i) el parentesco entre el demandado y la señora Rosángela Estupiñán Calvache ii) el carácter de funcionaria de esta última iii) el eventual ejercicio de autoridad civil o política por parte de la misma, ni el tiempo en que tal eventualidad pudo haber ocurrido.

2.4. Contestación de la demanda por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

2.4.1. El 7 de junio de 2018⁹, la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderada judicial, contestó la demanda y propuso la excepción mixta de falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.4.2. Para sustentar la excepción planteada, adujo que de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, corresponde a las agrupaciones políticas verificar previamente que sus candidatos no se encuentren inmersos en causal de inhabilidad que pueda viciar de nulidad el acto de elección; así mismo, señaló que de conformidad con el artículo 32 ídem, le compete verificar el cumplimiento de los *requisitos formales* que hacen posible la inscripción de candidatos, formalidad que no incluye la verificación de inhabilidades o incompatibilidades de éstos.

2.4.2.1. Con base en lo anterior, argumentó que al recaer el presente medio de control en el estudio de la posible inhabilidad en que presuntamente se encuentra inmerso el demandado –artículo 179.5 Superior-, resultaba clara la falta de legitimación por pasiva en el presente trámite.

⁶ Folios 39 a 40 del cuaderno No. 1.

⁷ Folios 3 a 5 del cuaderno No. 1 de reforma de la demanda.

⁸ Folios 42 a 51 vuelto del cuaderno No. 1.

⁹ Folios 64 a 74 vuelto del cuaderno No. 1.

2.4.2.2. En adición, indicó que es al Consejo Nacional Electoral a quien corresponde, en virtud del artículo 265.12 de la Constitución Política, revocar las inscripciones de candidaturas, cuando se presente dicho fenómeno.

2.4.3. Frente a los hechos objeto de debate, la entidad manifestó que la señora Rosángela Estupiñán Calvache se desempeñó como Registradora Especial de Pasto, pero no en época electoral.

2.4.3.1. Al respecto, explicó que la señora Rosángela Estupiñán Calvache fue trasladada en dos oportunidades: i) mediante Resolución No. 363 del 16 de enero de 2018 proferida por el Registrador Nacional del Estado Civil fue trasladada del municipio de Pasto en el departamento de Nariño al municipio de Palmira en el departamento del Valle del Cauca, y posesionada mediante acta del 23 de enero ii) mediante Resolución No. 3815 del 22 de marzo de 2018, proferida por el Registrador Nacional del Estado Civil, después de los comicios del 11 de marzo de 2018, nuevamente se la trasladó a la Registraduría Especial en Pasto

2.4.3.2. Indicó que se acudió a la figura de los traslados en aras de imprimir transparencia a los comicios electorales; adujo por tal motivo que la Registraduría Nacional del Estado Civil actuó con total imparcialidad y transparencia.

2.5. Contestación por parte del demandado

2.5.1. En oportunidad, mediante escrito radicado el 14 de junio de 2018¹⁰, Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, actuando a través de apoderado judicial, presentó contestación de la demanda en la que se opuso a las pretensiones de la acción, señalando que en este caso no se configuran los elementos esenciales de la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

2.5.2. Sobre los fundamentos fácticos de la demanda, adujo que si bien es cierto que la señora Rosángela Estupiñán Calvache es su hermana y que ésta se desempeñaba como Registradora Especial del municipio de Pasto desde el 27 de diciembre del 2006, lo cierto es que se omitió señalar que el 7 de diciembre de 2017, la señora Estupiñán Calvache manifestó a los señores Delegados del Registrador Nacional en el departamento de Nariño que *su “hermano Gustavo Estupiñán Calvache (...) inscrib[iría] su candidatura a la Cámara de Representantes”*.

2.5.2.1. Sobre el particular, indicó que no se mencionó la Resolución No. 363 del 16 de enero de 2018, proferida por el señor Registrador Nacional del Estado Civil, que ordenó el traslado de la señora Rosángela Estupiñán Calvache del municipio de Pasto donde ejercía sus funciones en el municipio de Palmira, en el departamento del Valle del Cauca, donde tomó posesión el 23 de enero de 2018, ni tampoco la Resolución No. 3815 del 22 de marzo de 2018, que 11 días después de las elecciones respectivas, ordenó de nuevo su traslado al municipio de Pasto, tomando su mandante posesión el 2 de abril de ese mismo año.

¹⁰ Folios 113 a 137 del cuaderno No. 1.

2.5.2.2. Así las cosas, sostuvo que la señora Estupiñán, no ejerció ningún tipo de autoridad civil o política en la circunscripción electoral en la que fue elegido, toda vez que esta ostentó su cargo en el municipio de Palmira en el departamento del Valle del Cauca al momento de la elección, en virtud de su traslado efectivo.

2.5.3. En relación con el concepto de violación expuesto por la demandante, propuso como excepciones de fondo las siguientes: **i)** para el caso en concreto no se configuran los elementos constitutivos de la causal de inhabilidad que se endilga al demandado y **ii)** el entendimiento que la Sección Quinta del Consejo de Estado le ha dado a la causal contenida en el numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política desde el año 2015, implica una ampliación material del ámbito de aplicación de la causal que no fue previsto por el Constituyente de 1991.

2.5.3.1. Sobre el primer aspecto, enunció que son 4 los requisitos que configuran la inhabilidad acusada por la parte actora: i) el vínculo de parentesco en los grados que indica la norma ii) el ejercicio de autoridad civil o política iii) que la autoridad se ejerza en la misma circunscripción electoral y iv) el factor temporal durante el cual opera la inhabilidad. Precisó que en el presente caso no se configuran al menos 3 elementos constitutivos de la mencionada inhabilidad, en síntesis, por lo siguiente:

2.5.3.1.1. No se configura el elemento relativo al ejercicio de autoridad civil o política por parte de su hermana, pues si bien es cierto que el 18 de diciembre de 2017 se desempeñaba como Registradora Especial en el municipio de Pasto en el departamento de Nariño, jamás ejerció autoridad civil o política en este lugar.

2.5.3.1.1.1. Dijo que no es posible predicar que se ejerce autoridad política al no encuadrar la condición de Registradora Especial con lo previsto en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994¹¹.

2.5.3.1.1.2. En cuanto se refiere al ejercicio de autoridad civil, que según dispone el artículo 188 ídem, implica la facultad de adoptar decisiones e imponerlas a los particulares y a otros servidores, aún mediante el uso de la fuerza de ser necesario, indicó que de la lectura del manual de funciones de la entidad contenido en la Resolución No. 6053 de 2000, se tiene que los Registradores Especiales cumplen funciones muy específicas que pueden ser tenidas como autoridad civil, pero de manera transitoria, razón por la cual conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado¹², debe probarse que en el lapso inhabilitante se hubiese ejercido el rol que implica la conducta prohibida.

2.5.3.1.1.3. Manifestó que en el caso en concreto no hay prueba alguna en el expediente que demuestre que la señora Rosángela Estupiñán Calvache hubiese

¹¹ Artículo 189. Autoridad Política. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política. Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

¹² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Quinta, sentencia del 28 de julio de 2005, C.P: Darío Quiñones Pinilla, Radicado No. 3629.

nombrado, remplazado o sancionado jurados de votación ni que hubiese designado visitadores de mesa con facultades de reemplazar jurados de votación, por cuanto jamás ejerció semejantes funciones en la circunscripción territorial de Nariño.

2.5.3.1.1.4. En consecuencia, argumentó que al no ejercer la señora Estupiñán Calvache autoridad civil en su condición de Registradora Especial, debe concluirse que no se configura la inhabilidad de que trata el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

2.5.3.2. En cuanto al segundo aspecto, argumentó que si en gracia de discusión se llegase a encontrar configurado el ejercicio de autoridad civil o política por parte de la hermana del demandado, tal autoridad no habría sido ejercida en el municipio de Pasto como lo exige la norma, sino en un municipio que conforma una circunscripción electoral y territorial distinta del departamento de Nariño por el cual resultó electo.

2.5.3.2.1. Sobre este punto, expuso que de haber ejercido autoridad civil o política la señora Estupiñán Calvache, lo hizo en el municipio de Palmira en el departamento del Valle del Cauca a donde fue trasladada por el Registrador Nacional del Estado Civil y tomó posesión desde el 23 de enero de 2018. Consecuentemente, señaló que tampoco se configura el tercer elemento especial de la inhabilidad para ser Congresista, contemplada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, esto es, que el ejercicio de la autoridad se efectúe dentro de la misma circunscripción territorial.

2.5.3.3. Manifestó que tampoco hay lugar a considerar la inhabilidad acusada en este caso, por cuanto de la redacción de la norma constitucional respectiva se desprende que la intención del Constituyente no era otra que limitar el factor temporal de la inhabilidad al día de las elecciones.

2.5.3.4. Expuso que si bien la demandante citó como fundamento de la acción de nulidad electoral, la sentencia de unificación proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado del 26 de marzo del 2015¹³, la misma no puede ser aplicada al presente caso, ya que considera que en dicha decisión se amplía el ámbito temporal de la inhabilidad por fuera de la previsión constitucional, esto es, definiendo que el lapso inicial del período inhabilitante se cuenta desde la inscripción de la candidatura.

2.5.3.5. Señaló que no es dable al operador jurídico so pretexto de interpretar una disposición constitucional, cambiar el sentido natural, obvio y claro de la norma, desfigurando el querer del constituyente mismo, por lo que de manera respetuosa se aparta de la sentencia de unificación de la Sección Quinta del Consejo de Estado que, insistió, no debe ser aplicada en este caso.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, C.P: Alberto Yepes Barreiro (E), Radicado acumulado No. 2014-00034-00 y 2014-00026-00 y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 9 de abril de 2015, C.P: Susana Buitrago Valencia, Radicado No. 2014-00061-00.

2.5.3.6. Manifestó que en relación con la determinación del elemento temporal de la inhabilidad, se deben aplicar las decisiones proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁴, que en contraposición a lo dispuesto por la Sección Quinta, señalan como requisito para la configuración de la inhabilidad estudiada, que la autoridad civil o política sea ejercida el día de las elecciones.

2.5.3.7. Adujo que en el caso bajo examen no puede configurarse la inhabilidad y por ende, tampoco la causal de nulidad invocada, porque la señora Rosángela Estupiñán Calvache, hermana del demandado, no ejerció ningún tipo de autoridad civil o política el día de las elecciones, esto es, el 11 de marzo del 2018, dentro de la misma circunscripción electoral por la cual fue electo el demandado, pues para dicha fecha aquélla se desempeñaba como Registradora Especial del municipio de Palmira, en el departamento del Valle del Cauca.

2.5.4. Conforme con todo lo anterior, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda y en su lugar acoger las excepciones planteadas, dejando incólume el acto electoral acusado.

2.6. Traslado de las excepciones

2.6.1. En escrito del 4 de julio de 2018¹⁵, la parte actora describió el traslado de las excepciones propuestas por la parte demandada, en el que expuso, entre otras cosas, que no es necesario demostrar en este caso que el funcionario público efectivamente dictó o ejerció, durante el período inhabilitante algún acto de aquellos que suponen jurisdicción o autoridad civil, administrativa o política, sino que basta con demostrar que la persona haya ocupado o desempeñado un cargo con atribuciones de dicha índole.

2.6.2. De igual manera, señaló que de conformidad con lo dispuesto por la Sección Quinta del Consejo de Estado, actualmente el factor temporal de la inhabilidad acusada en este caso es a partir de la inscripción del candidato, habida cuenta de que la norma superior guardó silencio sobre el momento específico en que se estaría incurrido en la referida causal de inhabilidad.

2.7. Audiencia Inicial

2.7.1. En la audiencia inicial celebrada el 23 de julio de 2018¹⁶, la magistrada conductora del proceso, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el plenario no se encontró causal que invalidara lo actuado, razón por la cual procedió a decidir sobre: i) saneamiento del proceso ii) las excepciones propuestas iv) fijación del litigio y v) decreto de pruebas.

¹⁴ El demandado alude a las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de mayo de 2007, C.P: María Noemí Hernández Pinzón, Radicado No. 2007-00016-00 - Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de agosto de 2012, C.P: Hernán Andrade Rincón, Radicado No. 2011-00254-00(PI).

¹⁵ Folios 161 a 178 del cuaderno No. 1.

¹⁶ Folios 211 a 223 del cuaderno No. 2.

2.7.2. En primer lugar, se resolvieron las excepciones previas o mixtas, donde se concluyó lo siguiente:

2.7.2.1. La excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil se declaró probada, por cuanto se definió que para este caso en concreto, la actuación de dicha entidad en la formación del acto objeto de censura es meramente formal, es decir, en cabeza de dicho órgano no reposa la facultad de estudiar la legalidad de la inscripción de una candidatura por inhabilidad y, menos aún, revocarla en caso que se compruebe la materialización de la irregularidad. Conforme con lo anterior.

2.7.2.2. En relación con las excepciones propuestas por el demandado, relativas a la falta de configuración de los elementos estructuradores de la inhabilidad acusada en este caso y el entendimiento que la Sección Quinta del Consejo de Estado le ha dado a la causal contenida en el numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política desde el año 2015, la magistrada ponente determinó que en esta etapa procesal no era procedente efectuar pronunciamiento alguno al respecto, debido a que tales alegaciones tienen la connotación de ser excepciones perentorias que buscan atacar el fondo del asunto, lo que conlleva a que sea la Sala Electoral del Consejo de Estado al momento de proferir sentencia, la llamada a evaluar junto con el material probatorio obrante en el proceso sobre la prosperidad de las mismas.

2.7.3. Sobre la fijación del litigio, se definió que el estudio del presente medio de control se limita teniendo en cuenta los hechos, el concepto de violación y las contestaciones de la demanda, a determinar si el acto de elección del señor **Hernán Gustavo Estupiñán Calvache** como Representante a la Cámara por el departamento de Nariño, período 2018-2022, que consta en el formulario E-26 CA del 20 de marzo de 2018, es nulo de manera parcial (únicamente en lo que respecta a la elección de éste) por contrariar lo normado en el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011, al haber incurrido el elegido en la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política.

2.7.4. En lo referente al decreto y práctica de pruebas, se decidió tener como tales los documentos allegados con el escrito de demanda y su contestación, dándoles el valor que les asigna la ley.

2.7.4.1. De igual manera, se decretaron las siguientes pruebas solicitadas por la parte demandante:

“6.1.1.1 Oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que allegue los registros civiles de nacimiento de la señora Rosángela Estupiñán Calvache y del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, con el fin de demostrar su parentesco.

6.1.1.2 Oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que expida copia íntegra de la carpeta administrativa de la ciudadana Rosángela Estupiñán Calvache, en donde obre lo atinente a resoluciones de nombramientos, actas de posesión, licencias, traslados y desvinculaciones del empleo si fuera el caso.

6.1.1.3 Oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que remita el manual de funciones, esto es la Resolución No. 6053 de 2000.

6.1.1.4 Certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil en la que conste si la señora Rosángela Estupiñán Calvache fue miembro o participó en alguna comisión escrutadora para las elecciones llevadas a cabo el 11 de marzo de 2018.

6.1.1.5 Oficiar a la Gobernación de Nariño y a la Alcaldía de Pasto, para que expidan copias de todas las actas de los comités de seguimiento electoral realizadas en dicho territorio con ocasión de las elecciones llevadas a cabo el 11 de marzo de 2018.”

2.7.4.2. Finalmente, de conformidad con los artículos 180.10 y 213 de la Ley 1437 de 2011, que confieren al juez la potestad de decretar las pruebas de oficio que “considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad”, se decretaron como tales las siguientes:

“6.1.2.1 Se oficie a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que informe si la señora Rosángela Estupiñán Calvache en el ejercicio del cargo que desempeña al interior de la entidad, ejerció potestad nominadora entre el 10 de diciembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018. De ser afirmativa la respuesta remitir los actos administrativos que así lo demuestra.

6.1.2.2 Se oficie a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que informe si la señora Rosángela Estupiñán Calvache en el ejercicio del cargo que desempeña al interior de la entidad hizo el sorteo, nombramiento y/o reemplazo de los ciudadanos que fungirían como jurados de votación en las elecciones del 11 de marzo de 2018. De ser afirmativa la respuesta informar la fecha y la jurisdicción electoral en que se realizó el sorteo, nombramiento y reemplazo de los mismos.

6.1.2.3 Se oficie a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que informe si la señora Rosángela Estupiñán Calvache en el ejercicio del cargo que desempeña al interior de la entidad, sancionó ciudadanos por su inasistencia a ejercer la función de jurado de votación, entre el 10 de diciembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018. De ser afirmativa la respuesta remitir los actos administrativos que así lo demuestran.

6.1.2.4 Se oficie a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que informe si la señora Rosángela Estupiñán Calvache en el ejercicio del cargo que desempeña al interior de la entidad cumple funciones de cobro coactivo. De ser afirmativa la respuesta remitir los actos en que dicha actividad se demuestre y que comprenda el período entre el 10 de diciembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018.

6.1.2.5 Se oficie a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que informe si el manual de funciones, Resolución No. 6053 de 2000, ha sido modificado. En caso de ser afirmativa la respuesta remitir los actos administrativos que así lo acredite.

6.1.2.6 Se oficie a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que remita el calendario electoral de las elecciones de Congreso de la República con sus modificaciones de haberlas tenido.”

2.7.5. Para finalizar, la consejera ponente teniendo en cuenta que las pruebas decretadas correspondían a documentos, dio aplicación a lo dispuesto en los artículos 179 y 283 de la Ley 1437 de 2011 y en consecuencia, prescindió de la segunda etapa del trámite del proceso electoral, referido a la práctica de audiencia

de pruebas, dando además aplicación al último inciso del artículo 181 ibídem relacionado con la presentación de alegatos de conclusión por escrito, de manera que se concedió a las partes y el Ministerio Público el término conjunto de 10 días para tal efecto.

2.8. Alegatos de conclusión

Surtido el correspondiente traslado¹⁷ intervinieron los sujetos procesales conforme se relaciona a continuación:

2.8.1. El 16 de agosto de 2018¹⁸, la demandante reiteró su solicitud de declaratoria de nulidad parcial del acto demandado, que contiene el acto que declaró la elección del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, con fundamento en los argumentos expuestos en el escrito de contestación a las excepciones propuestas y señalando que en el presente caso, se encuentran acreditados los presupuestos de la inhabilidad endilgada, en los siguientes términos:

2.8.1.1. En primer lugar, señaló que la existencia del parentesco entre el demandado y la señora Rosángela Estupiñán Calvache, se prueba con los registros civiles obrantes en el expediente, que dan cuenta del vínculo en segundo grado de consanguinidad.

2.8.1.2. En segundo lugar, adujo que basta con demostrar que el pariente del elegido haya ocupado o desempeñado un cargo con autoridad civil y administrativa, sin que sea necesario demostrar en este caso que el funcionario público efectivamente la ejerciera durante el periodo inhabilitante tales facultades.

2.8.1.3. Insistió que actualmente el factor temporal de la inhabilidad acusada en este caso es a partir de la inscripción del candidato, de tal suerte que se encuentra probado que entre el 10 de diciembre de 2018¹⁹, y hasta que la señora Estupiñán Calvache fue trasladada al municipio de Palmira en el Valle del Cauca el 23 de enero de 2018, tenía atribuida y ejerció potestades que caracterizan el concepto de autoridad civil

2.8.2. La parte demandada en escrito del 16 de agosto de 2018²⁰, solicitó a la Sala Electoral del Consejo de Estado negar las pretensiones de la demanda, ratificando para ello los argumentos de la contestación de la demanda.

2.8.3. En concepto del 16 de agosto de 2018²¹ la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado solicitó declarar la nulidad de la elección acusada, teniendo en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el presente caso se cumplen todos los presupuestos

¹⁷ Folio 291 del cuaderno No. 2.

¹⁸ Folios 332 a 373 del cuaderno No. 2.

¹⁹ El demandante alude a esta fecha en sus alegatos de conclusión como fecha probada de inscripción, según consta a folio 360 del cuaderno No. 2. Sin embargo en la demanda señala que fue el 18 de diciembre de 2017, la fecha de inscripción de la candidatura del demandado.

²⁰ Folios 374 a 400 del cuaderno No. 2 y 408 a 437 del cuaderno No. 3.

²¹ Folios 439 a 452 del cuaderno No. 3.

que configuran la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política.

2.8.3.1. En este sentido, adujo que la inhabilidad en estudio se entiende a partir del momento de la inscripción de la candidatura ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, razón por la cual el funcionario que ejerza autoridad y pueda inhabilitar al candidato debe estar retirado el día antes al inicio de dicha etapa del proceso electoral.

2.8.3.2. Bajo tal marco, manifestó que el demandado fue inscrito el 10 de diciembre de 2017 como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento de Nariño, fecha para la cual su hermana, la señora Rosángela Estupiñán Calvache, permanecía en el ejercicio del cargo de Registrador Especial de Pasto, hecho que lo inhabilitaba para ser electo como Congresista en la circunscripción electoral del departamento de Nariño.

2.9. Unificación jurisprudencial por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Mediante solicitud del 19 de julio de 2018²², reiterada el 16 de agosto de 2018 en el escrito de alegatos de conclusión²³, el demandado solicitó “*se remita el expediente por ante (sic) la **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO del CONSEJO DE ESTADO**, para que sea ésta quien por importancia jurídica y necesidad de sentar y unificar jurisprudencia, profiera el fallo que en derecho corresponda dentro del trámite de la referencia.*”, al considerar que existe una diferencia de criterios entre la Sección Quinta y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, respecto del alcance y aplicación de la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

2.10 Avocación de conocimiento por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo por necesidad de unificar jurisprudencia

Mediante auto del 25 de septiembre de 2018²⁴, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió avocar el conocimiento del presente asunto, con fundamento en la necesidad de unificar jurisprudencia en relación con la interpretación del factor temporal de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política.

Esta decisión tuvo lugar al quedar verificada la existencia de las tesis divergentes entre la Sección Quinta y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y señalada por el apoderado del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, en relación con la configuración del factor temporal de la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 superior, a partir de las cuales se interpreta en forma disímil la misma disposición, lo que conlleva el otorgamiento de consecuencias jurídicas distintas respecto del mismo supuesto fáctico.

²² Folios 193 a 200 del cuaderno No. 1 y 201 a 210 del cuaderno No. 2.

²³ Folios 374 a 400 del cuaderno No. 2 y 401 a 402 del cuaderno No. 3.

²⁴ Folios 458 a 466 del cuaderno No. 3.

En atención a los planteamientos de la solicitud de parte presentada, la decisión del 25 de septiembre de 2018 verificó las dos tesis existentes en la Corporación, así:

Tesis de la Sección Quinta ²⁵	Tesis de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ²⁶
Mediante sentencia de unificación dictada el 26 de marzo de 2015 dentro del medio de control de nulidad electoral, con fundamento en el criterio de interpretación teleológico de la norma constitucional y atendiendo al efecto útil de la norma, se consideró que la subregla aplicable al factor temporal de la inhabilidad, es aquella que entiende materializada la misma si el familiar del Congresista electo ejerce autoridad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato²⁷. En esta sentencia se decidió que la nueva regla fijada para el entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional, se aplicaría hacia las elecciones futuras y por tanto, no se declaró la nulidad de la elección del Congresista demandado. En los pronunciamientos posteriores de la Sección, la jurisprudencia unificada ha sido reiterada²⁸ por la Sección Quinta.	En el marco del medio de control de pérdida de investidura y con fundamento en la interpretación de la disposición constitucional, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que el requisito temporal de la causal de inhabilidad se configura al momento de realizarse las votaciones, es decir, sólo se encuentra inhabilitado el Congresista cuyo familiar ejerce cargo de autoridad civil o política el día de los comicios.

Conforme con ello y al tenor de lo dispuesto en el artículo 271²⁹ de la Ley 1437 de 2011, para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es palmaria la

²⁵ Radicación No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulados). C.P: Alberto Yepes Barreiro.

²⁶ Así se corrobora en la relatoría de la Corporación del sistema siglo XXI, donde se pueden consultar la línea jurisprudencial que existe en la materia, así: Sentencia de 15 de febrero de 2011. MP. Dr. Enrique Gil Botero. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI); Sentencia de 16 de noviembre de 2011. MP. Dra. María Elizabeth García González. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00515-00(PI). Sentencia de 20 de febrero de 2012. MP. Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00063-00(IJ); Sentencia del 10 de julio de 2012. MP. Dra. Olga Mérida Valle De la Hoz. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00098-00(IJ). Sentencia del 21 de agosto de 2012. MP. Dr. Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI).

²⁷ La nueva tesis de la Sección Quinta, relativa a la interpretación del factor temporal de la causal de inhabilidad del artículo 179.5 de la Constitución Nacional, cambió la tradicionalmente prohijada por la misma Sección²⁷ sobre el mismo punto de derecho, a partir de la cual se había interpretado, con fundamento en el criterio de interpretación exegético, que la condición temporal de la causal de inhabilidad no se configuraba si el pariente del elegido popularmente se separaba del cargo a más tardar **el día de la elección**, en consideración a que la conjugación del verbo **ejercer**, se encuentra en **tiempo presente**, infiriendo de ello, sustentado en la interpretación restrictiva que corresponde a este tipo de limitaciones, que se refiere a la jornada electoral.

²⁸ Verificado y consultado el sistema de relatoría de la Corporación, se advierte que con posterioridad a la sentencia de unificación del 26 de marzo de 2015, se ha reiterado la jurisprudencia unificada en la Sentencia de nulidad electoral del 9 de abril de 2015. MP. Dra. Susana Buitrago Valencia. Expediente: 11001-03-28-000-2014-00061-00.

²⁹ **Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia.** Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o **necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos**

necesidad de unificar jurisprudencia en este punto de derecho, buscando fortalecer la seguridad jurídica e igualdad, evitar la afectación de la congruencia interna del ordenamiento jurídico y proporcionar una jurisprudencia sólida y unificada como criterio de interpretación para evitar la incertidumbre tanto para operadores jurídicos como para ciudadanos, quienes pueden verse sorprendidos con decisiones contradictorias respecto de la configuración de la inhabilidad por la misma causal y bajo idéntico supuesto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para decidir la presente demanda en única instancia, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 111 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el numeral 4 del artículo 149 *ibídem*, que sustentó la decisión dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 25 de septiembre de 2018, de avocar el conocimiento del presente asunto con el fin de unificar jurisprudencia.

2. Problema jurídico

2.1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, determinará si el acto de elección del señor **Hernán Gustavo Estupiñán Calvache** como Representante a la Cámara por el departamento de Nariño, período 2018-2022, que consta en el formulario E-26 CA del 20 de marzo de 2018, es nulo de manera parcial (únicamente en lo que respecta a la elección de éste) de conformidad con el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011, por encontrarse el demandado incurso en la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política³⁰.

2.1.1. Ello porque se acusa que la hermana del demandado se desempeñó como Registradora del Estado Civil del municipio de Pasto, cargo en el cual ejercía autoridad civil dentro del período comprendido **entre la inscripción de la candidatura y la elección** del señor **Hernán Gustavo Estupiñán Calvache** como Representante a la Cámara, por el departamento de Nariño.

2.2. Al avocar la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento del presente asunto para unificar la jurisprudencia respecto de la interpretación que debe darse al factor temporal de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política, dicho asunto es un aspecto específico y determinante en la decisión de la nulidad electoral deprecada.

pendientes de fallo, de oficio o **a solicitud de parte**, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. (...).

³⁰ **ARTICULO 179.** No podrán ser Congresistas (...) **5.** Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. (...)

2.3 Conforme con ello, en primer término la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificará su jurisprudencia en la materia mencionada; en segundo lugar y de acuerdo con la regla de unificación que se adopte, decidirá sobre la nulidad del acto electoral enjuiciado.

2.4 Para pronunciarse sobre la unificación de la jurisprudencia y resolver el problema jurídico que plantea el caso concreto, por razones de orden metodológico se abordarán los siguientes temas: **i)** El artículo 179.5 superior consagra una inhabilidad **ii)** Estudio de la causal contenida en el artículo 179.5 de la Constitución Política **iii)** El vacío de la disposición constitucional **iv)** Hermenéutica del factor temporal de la inhabilidad **v)** Regla de unificación jurisprudencial en relación con el límite temporal de la inhabilidad **vi)** Caso concreto.

3. El artículo 179.5³¹ de la Constitución consagra una inhabilidad

3.1 Una noción general de inhabilidad implica restricciones al ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político³², pues buscan impedir la elegibilidad de determinadas personas que se encuentran afectadas por situaciones, circunstancias o condiciones, que el Constituyente anticipó como riesgos³³ que afectan intereses, valores y principios superiores protegidos.

³¹ 1) Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 26 de marzo de 2015, C.P: Alberto Yepes Barreiro, Expediente 11001-03-28-000-2014-00034-00. 2) Consejo de Estado, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00058-00, Sentencia de 26 de marzo de 2015. 3) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Expediente 11001-03-28-000-2014-00042-00, Sentencia de 17 de julio de 2015. 4) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 50001-23-31-000-2011-00702-01, Sentencia de 18 de octubre de 2012, 5) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 76001-23-31-000-2011-01822-01, Sentencia de 10 de mayo de 2013. 6) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 18 de octubre de 2012 expediente 2011-702-01, C.P. doctor Mauricio Torres Cuervo. 7) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de mayo de 2016, radicado No. 54001-23-33-000-2015-00530-01, C.P Alberto Yepes Barreiro.

³² Artículos 40 y 85 de la Carta Política.

³³ Sobre este punto son relevantes, entre otros pronunciamientos de la Corte Constitucional, los siguientes: C-415 de 1993, en el que se señaló a la luz del análisis de las inhabilidades en materia contractual, lo siguiente: (...) *“Una vez el Legislador identifica una situación específica que puede gravemente afectar el interés general puede legítimamente prohibir las conductas que la configuran. La mencionada prohibición, entre las múltiples formas que puede adoptar, puede tener el carácter de inhabilidad sancionable con nulidad absoluta. En realidad, las inhabilidades establecidas en la ley, no se destinan a castigar a quien formula con posterioridad una propuesta. Como se ha expuesto, este no es ni el objetivo ni la materia de las normas. Las inhabilidades no pueden reducirse ni captarse bajo la única perspectiva de las consecuencias materiales que ellas puedan acarrear para una determinada persona, sin tomar en consideración su verdadero objeto y sentido, que son los elementos que integran el componente principal de la limitación legal y que, adicionalmente, explican y autorizan por sí mismos los efectos materiales que se producen en la esfera vital de las personas comprendidas en su radio de acción.”* (...) De hecho, si para evitar el nepotismo y la colusión, se hace necesario consagrar inhabilidades o incompatibilidades basadas en los nexos familiares, la única forma de hacerlo es la de apartar en el caso concreto a los miembros de una misma familia, de modo que a lo sumo sólo uno de ellos pueda gozar de la oportunidad de que se trate. Aquí no se está, en principio, frente a una acumulación de beneficios en cabeza de un grupo familiar, sino ante el ejercicio del derecho de participación de un ciudadano o persona singular. El sacrificio de los restantes miembros de la familia, se ha podido justificar en esa precisa situación, ya sea en la prevención de un serio peligro social o en la clara y necesaria

3.2 En consecuencia, la posibilidad de acceder al desempeño de cargos públicos está sometida a límites que procuran la realización del interés general, de manera que las inhabilidades exigen el cumplimiento de condiciones en el aspirante a un cargo, para asegurar la primacía del interés general para el que aquellas fueron establecidas, sobre el interés particular del aspirante³⁴.

3.3 El Constituyente previó la inelegibilidad de quien tiene unos específicos lazos familiares con el funcionario que ejerce autoridad civil o política, en la misma circunscripción territorial donde se efectúan las elecciones para ser Congresista, anticipando que tales vínculos de parentesco, en la misma circunscripción electoral, pueden afectar los principios de igualdad, moralidad y transparencia como precondiciones de la democracia.

3.4 Tal inhabilidad se configuró porque el interés general democrático exige salvaguardar el equilibrio de la contienda entre los candidatos, la autonomía del electorado y evitar el nepotismo, pues de lo contrario, se arriesga la democracia como valor, principio y fin constitucional. También con ella se evita el nepotismo.

3.5 Se deduce que la causal prevista en el artículo 179.5 corresponde a una inhabilidad y no a una incompatibilidad, pues a diferencia de la primera, que exige el cumplimiento de requisitos o condiciones para acceder al cargo, mientras la incompatibilidad impone restricciones por razón del cargo y se instituye para prevenir que por el ejercicio del mismo se afecten valores y principios de protección superior.

3.6 Esta diferenciación fue acogida por el propio Constituyente en los artículos 179 y 180 superiores y así se infiere de los encabezados de las mencionadas disposiciones; en tanto el primero de ellos expresa “*no podrán ser Congresistas*”, impone requisitos o condiciones de elegibilidad para dicho cargo, mientras que el segundo señala “*los Congresistas no podrán*”, indicando lo que les está prohibido hacer con ocasión del ejercicio de su actividad congresal, en su calidad de Congresistas.

defensa del interés general. (...) Por lo demás, es común a las prohibiciones que se fundan en los nexos familiares, implicar materialmente, para algunos miembros de una misma familia, la imposibilidad de gozar de un derecho o posibilidad de acción que, en otras condiciones, podían ejercer. Así, por ejemplo, en las hipótesis de los numerales 5 y 6 del art. 179 - 5 y 6 de la C.P., se elimina la posibilidad de ser Congresista para la persona perteneciente a un grupo familiar en el cual uno de sus miembros ejerza autoridad civil o política. También se podría aducir que el miembro del grupo familiar que primero accede al servicio público, impide que los restantes posteriormente puedan hacerlo. No obstante, ésta no es la prohibición sino su consecuencia, y la misma se justifica a la luz del precepto prohibitivo y de su finalidad, que no es otra que la de evitar que el poder político se acumule en una misma familia. No es posible perseguir este fin sin que ese efecto se produzca. El Constituyente simplemente consideró que la promoción del interés general justificaba con creces el sacrificio individual que llegare a presentarse.

³⁴ Sobre el régimen de inhabilidades y su finalidad se pueden consultar, entre otras: Corte Constitucional. Sentencia C-1066 del 3 de diciembre de 2002. MP. Jaime Araújo Rentería. Sentencia C-631 del 21 de noviembre de 1996. MP. Antonio Barrera Carbonell. 96. Sentencia C-564 del 6 de noviembre de 1997. MP. Antonio Barrera Carbonell.

3.7 De igual manera, en la Ley 5 de 1992 el legislador corroboró el entendimiento de esta diferencia conceptual, al definir dichas figuras en los artículos 279 y 281 ibídem de la siguiente manera:

“Artículo 279	“Artículo 281
Concepto de inhabilidad. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.”	Concepto de incompatibilidad. Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el período de ejercicio de la función.”

3.8 Atendiendo tales conceptos, en el artículo 280 de la mencionada Ley 5 de 1992, el legislador previó en forma expresa los casos de inhabilidad y entre ellos reprodujo la hipótesis prevista en el artículo 179.5 de la Constitución Política, así: *“Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas: (...) 5. Quienes tengan vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.”* (negrilla fuera de texto).

3.9 De igual manera, la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad³⁵, ha consolidado su jurisprudencia en la materia reiterando que las inhabilidades son limitaciones o condiciones de inelegibilidad para acceder a los cargos públicos y que, en esencia, responden a dos tipologías³⁶.

3.9.1 Por una parte, las inhabilidades que se fundamentan en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado, como son las inhabilidades por la comisión de delitos.

3.9.2 De la otra, aquellas inhabilidades que se sustentan en la exigencia de cumplir con determinados requisitos, como sucede con las inhabilidades originadas por vínculos familiares, siendo ésta clase la que corresponde a la hipótesis prevista en el artículo 179.5 constitucional.

3.10 Por su parte, teniendo en cuenta el anterior marco conceptual los pronunciamientos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en pérdida de

³⁵ Sobre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad se pueden consultar entre otras las siguientes sentencias de la **Corte Constitucional**: Sentencia C-181 del 10 de abril de 1997, MP. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-564 del 6 de noviembre de 1997, MP. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-015 del 20 de enero de 2004, M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-179 del 1 de marzo de 2005. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁶ En cuanto a las tipologías de inhabilidades se puede consultar: Corte Constitucional. Sentencia C-1062 del 11 de noviembre de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el fallo se señaló: (...) *“La Corte ha distinguido dos tipos de inhabilidades atendiendo al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación: una primera clase agrupa los casos en que se establecen limitaciones para acceder a cargos públicos con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado; al paso que en la segunda clase la limitación para acceder a un cargo no se vincula con ninguna conducta previa de quienes resultan inhabilitados, sino que aquí simplemente se consagran requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales.”* (...). Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-353 del 20 de mayo de 2009. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-1016 del 28 de noviembre de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Estos pronunciamientos dejan en claro que las dos tipologías señaladas son aplicables también al ámbito de contratación estatal.

investidura y en nulidad electoral y de la Sección Quinta en nulidad electoral, han abordado el estudio de la causal del artículo 179.5 a partir de lo establecido por las disposiciones constitucionales y legales, entendiendo de manera pacífica que el supuesto previsto por la causal corresponde a una inhabilidad³⁷.

4. Estudio de la inhabilidad contenida en el artículo 179.5 superior

El Constituyente Primario instituyó la inhabilidad conocida como “*ejercicio de autoridad por parte de pariente*” y con ella vedó el acceso a los cargos de Senador y Representante a la Cámara, para quienes reúnan las condiciones de parentesco, matrimonio o unión permanente con un funcionario público que ejerce autoridad civil o política, en los siguientes términos:

“ARTICULO 179. No podrán ser Congresistas (...)

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. (...)”

4.1 Los elementos de la inhabilidad antes transcrita y que se desprenden de la norma, tal como lo ha señalado la Sala Electoral del Consejo de Estado³⁸, son los siguientes:

4.1.1 Vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco hasta en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, entre el Congresista y quien ejerce la autoridad civil o política.

4.1.2 Calidad de funcionario del pariente, cónyuge o compañero permanente de quien resultó electo.

4.1.3 Que dicho funcionario, en el marco de las funciones que ejerce, ostente autoridad civil o política.

³⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 9 de abril de 2015. Nulidad Electoral. MP. Dra. Susana Buitrago Valencia. Expediente: 11001-03-28-000-2014-00061-00. Sentencia de 24 de noviembre de 1999. MP: Dr. Darío Quiñonez Pinilla. Radicados acumulados 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914; Sentencia de 22 de marzo de 2007. MP: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia de 8 de mayo de 2008. MP: Dr. Filemón Jiménez Ochoa. Sentencia de 6 de julio de 2009. MP: Dra. Susana Buitrago Valencia. Sentencia de 31 de julio de 2009. MP: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia de 15 de febrero de 2011. MP. Dr. Enrique Gil Botero. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI); Sentencia de 16 de noviembre de 2011. MP. Dra. María Elizabeth García González. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00515-00(PI). Sentencia de 20 de febrero de 2012. MP. Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00063-00(IJ); Sentencia del 10 de julio de 2012. MP. Dra. Olga Mélida Valle De la Hoz. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00098-00(IJ). Sentencia del 21 de agosto de 2012. MP. Dr. Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI); Sentencia del 3 de mayo de 2017. MP: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Radicado: 11001-03-15-000-2016-02058-00(PI).

³⁸ Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia del 27 de septiembre de 2018. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-28-000-2018-00055-00; Consejo de Estado- Sección Quinta. Sentencia del 19 de septiembre de 2018. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio Rad.11001-03-28-000-2018-00025-00.

4.1.4 Que tal funcionario esté investido de autoridad civil o política dentro del límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico.

4.1.5 Que las circunstancias o condiciones inhabilitantes tengan lugar en la circunscripción territorial de la respectiva elección.

4.1.5.1 Así lo señala el penúltimo inciso del artículo 179 de la Constitución Política: ***“(...) Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades de parentesco, con las autoridades no contempladas en estas disposiciones. (...)”*** (negrilla fuera de texto).

4.1.6 Una excepción prevista en el último inciso del artículo 179 de la Constitución cuando dice *“Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5”*.

4.1.7 La ausencia de algunos de los elementos descritos, incluida la falta de verificación de la circunscripción en la que acaecen las situaciones, impide la configuración de la inhabilidad y por consiguiente, si alguno de estos elementos configurativos no se acredita, ello es causa suficiente para negar las pretensiones de la acción de nulidad electoral fundada en la inhabilidad conocida como *“ejercicio de autoridad por parte de pariente”*, o la falta de tipicidad de la inhabilidad, si se trata de una acción de pérdida de investidura.

4.2. El vacío de la causal de inhabilidad

4.2.1 La norma superior dispone que no podrán ser Congresistas *“5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política”*.

4.2.2 Del texto superior, se advierte que la Constitución Política no fijó expresamente el factor temporal para que se configure la inhabilidad, como ocurre respecto de otras inhabilidades previstas en el artículo 179 *ejusdem*, por las siguientes razones:

4.2.2.1 Su literalidad no contiene un complemento temporal expreso, contrario a lo que sucede con las causales 2, 3 y 6. De otro lado, no es de aquellas inhabilidades denominadas intemporales, como son las de los numerales 1 y 7.

4.2.2.2 El vacío no fue llenado por el artículo 280.5 de la Ley 5 de 1992, porque esta disposición legislativa es idéntica a la del artículo 179.5 constitucional y como reproducción de la misma, adolece también del señalamiento expreso de un elemento temporal.

4.2.2.3 La laguna en esta disposición ha sido reconocida de manera reiterada y constante en los pronunciamientos de la Sala Plena y de la Sección Quinta, tanto en el marco de los procesos de pérdida de investidura como en los de nulidad electoral.

4.2.3.1 Así lo reiteró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo³⁹ en su pronunciamiento más reciente sobre la materia, señalando que *“la Jurisprudencia de la Sala ha sido conteste (sic) en señalar que (...) la norma constitucional no fija el término dentro del cual opera la prohibición contenida en la causal de inhabilidad en mención”*⁴⁰, y la Sección Quinta así lo ha reconocido también en sus pronunciamientos, dentro de los que se destaca la sentencia de unificación del 26 de marzo de 2015, en la que se consideró *“Ocurre que la Carta Política no fijó, por lo menos no expresamente, un factor temporal para que se materialice la inhabilidad”*. (...)

4.2.3 El artículo 179.5 tiene claros rasgos de **regla constitucional** y como tal, si fuera completa debería permitir la aplicación del silogismo jurídico en estricto sentido⁴¹. Sin embargo adolece del factor temporal⁴² pues la norma tan sólo fijó una premisa y una conclusión pero no señaló una premisa menor, es decir, una regla temporal específica, por lo que se hace palmaria la existencia de la laguna.

4.2.4 De otro lado, no es posible deducir el factor temporal, que se advierte falta en la regla constitucional, a partir de la expresión *“no podrán ser Congresistas”* contenida en el encabezado de la norma, porque ésta, además de fungir como enunciado para establecer las hipótesis de inelegibilidad para el cargo de Congresista, es en realidad la consecuencia jurídica prevista por la norma.

4.3 Como el texto constitucional no devela la configuración de la inhabilidad en el tiempo respecto de sus extremos temporales, inicial y final, lo que impide establecer la relación entre el caso concreto y la solución prevista en la norma para el mismo, queda evidente el carácter incompleto del artículo 179.5, cuya resolución impone al juez interpretar la norma constitucional a partir de los elementos normativos que ofrece el sistema y resolver el caso.

4.4 Ello es así porque: i) al juez no le es dable dejar de aplicar el derecho para resolver el caso, so pretexto de ausencia de regla ii) el poder normativo de la Constitución implica que sus disposiciones no requieren de la ley para ser aplicadas sino que se exigen y superponen iii) la eficacia directa y obligatoria de la Constitución y la aplicación inmediata de sus disposiciones, hace obligada la interpretación de las mismas, pues con ella se irradia todo el ordenamiento jurídico.

³⁹ Sentencia del 3 de mayo de 2017. MP: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Radicado: 11001-03-15-000-2016-02058-00(PI).

⁴⁰ Se refiere a la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

⁴¹ Referido a la composición del silogismo jurídico a partir de una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión.

⁴² La imposibilidad de aplicar el silogismo jurídico a una regla constitucional se puede explicar en tanto en cuanto el derecho no es un sistema cerrado y el diseño de las disposiciones constitucionales presenta características propias y de diversos tipos.

5.5 De lo expuesto, la Sala llega a la siguiente conclusión:

5.5.1 El artículo 179.5 pone de presente una laguna en cuanto al factor temporal en el que opera la causal de inhabilidad, motivo por el cual se requiere efectuar una interpretación constitucional de la disposición para deducir la regla aplicable al caso.

5.5.2 El poder normativo de la Constitución y la eficacia directa e inmediata de sus disposiciones, hacen imperativo que la interpretación de las mismas se realice con el fin de asegurar que sus efectos no sean inútiles, inanes o que se reduzca el propósito esperado de ellas.

5.5.3 Como el texto cuya interpretación se debe efectuar es de carácter constitucional, para deducir la regla temporal aplicable al caso, es necesario revisar los criterios interpretativos, en especial la exégesis, la historia, la teleología y la coherencia del sistema normativo, con el fin de establecer cuál es la interpretación del texto constitucional que brinda un efecto útil de la norma constitucional.

6. Hermenéutica del factor temporal de la inhabilidad

Para dilucidar cuál es la interpretación constitucional que corresponde a la inhabilidad en estudio, pues es bajo este marco que se debe definir la temporalidad de la misma, es necesario considerar:

i) Si se limita la señalada inhabilidad a un momento específico como lo prohíja la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al señalar que la inhabilidad se configura el día de las elecciones, porque en dicho día el funcionario pariente, cónyuge o compañero(a) permanente ejerció autoridad civil o política,

ii) O si es posible determinar los extremos temporales específicos, como señala la sentencia de unificación de la Sección Quinta al considerar que la inhabilidad se configura desde el momento de la inscripción del candidato y hasta la declaratoria de su elección.

Para definir dicho asunto la Sala realiza la correspondiente interpretación a la luz de los criterios exegético, histórico, finalístico y sistemático.

6.1 Exégesis del artículo 179.5 constitucional

6.1.1 Del tenor literal de la disposición se observa que, desde su aspecto gramatical, sintáctico y semántico, la norma permite identificar un sujeto y un predicado, por lo que en correcta y lógica gramática se lee de la siguiente manera:

Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política + no podrán ser Congresistas.

6.1.2 Como el vacío normativo está en la ausencia de un complemento temporal y la expresión del encabezado del artículo 179 “*no podrán ser Congresistas*”, es en realidad la consecuencia prohibida para el sujeto y no un complemento de tiempo que señale el momento o lapso en el que opera la causal, por lo que de tal expresión no es plausible derivar regla temporal para configurar la inhabilidad.

6.1.3 Ahora bien, desde el entendimiento de que se es Congresista el “*día en que se es elegido en los comicios*” se dificulta encontrar un sentido lógico para la disposición constitucional, porque ello implica otorgar a la expresión “*no podrá ser Congresista*” una doble función sintáctica y gramatical que la convierte automáticamente en premisa menor y conclusión a la vez, por tanto, el silogismo jurídico se leería en cualquiera de las siguientes formas:

Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política + no podrán ser Congresistas + el día de la elección.

Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política + el día de la elección + no podrán ser Congresistas.

6.1.4 La lectura de estas composiciones gramaticales, en estricta interpretación literal de la disposición, pone de presente que derivar la temporalidad de la causal, del concepto que se tenga de cuándo se es Congresista, conlleva la adopción de una regla con poco sentido lógico y que reduce sustancialmente la protección del interés general democrático y privilegia el derecho subjetivo de quien pretende hacerse elegir, lo cual se contrapone con la naturaleza y objeto para el que fueron establecidas las inhabilidades, explicados al inicio de las consideraciones, reduciendo la inhabilidad bajo la única perspectiva de las consecuencias materiales que ella pueda acarrear para una persona determinada, sin tomar en consideración su verdadero objeto y sentido⁴³.

6.1.5 **Para la interpretación de las inhabilidades se aplica un criterio restrictivo**, tratándose de limitaciones impuestas al ejercicio de los derechos de elegir y ser elegido, pero ello no significa que la interpretación restrictiva de la inhabilidad sea sinónimo de interpretación literal o exegética.

6.1.5.1 La interpretación restrictiva, como lo pone en claro Jiménez de Asúa⁴⁴, opera en un sentido más amplio que la literalidad *stricto sensu*, pues cuando la norma tiene vacío, la laguna debe llenarse con los distintos elementos que proporciona el sistema jurídico, acogiendo de ellos lo más benéfico al fin de la disposición.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 22, 09, 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁴ Rodolfo Vásquez. Compilación. Interpretación jurídica y decisión judicial. Colección Jurídica Contemporánea. Fontamara 1998. México.

6.1.5.2 Como señalan entre otros, Ruíz Manero y Guastini⁴⁵, la interpretación restrictiva busca limitar el alcance del intérprete porque su objetivo es aplicar cierta disposición a un determinado caso concreto; mientras que la literalidad o exégesis pretende ceñirse estrictamente al sentido lato de las expresiones.

6.1.5.3 Ello quiere decir que de la literalidad, el juez solo deriva el sentido o significado común que las expresiones de la norma tienen, pero sin entrar a realizar ningún otro razonamiento. Mientras que la interpretación restrictiva supone que el texto dispositivo se encuentre en consonancia con la finalidad o propósito de la norma constitucional, responda a su poder normativo y eficacia inmediata y salvaguarde su utilidad.

6.7.4.5 Una hermenéutica como la señalada anteriormente, permite cobijar el propósito de la norma, sin que ello suponga perder su carácter restrictivo o se confunda con la interpretación analógica⁴⁶, o con la interpretación expansiva⁴⁷, pues cuando hay laguna normativa no se está acogiendo una regla existente y ya prevista en el ordenamiento para resolver el caso, ni tampoco se está ampliando la órbita jurídica de la disposición, y por ello no hay expansión alguna del ámbito del derecho en el que se aplica, del objeto regulado, de los sujetos destinatarios, del supuesto o de la consecuencia prevista por la norma constitucional; simplemente se evita vaciar de contenido dicha disposición superior.

6.2 Historicidad de la inhabilidad por parentesco

6.2.1 Con apoyo en los antecedentes del artículo 179 constitucional, que registran las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente⁴⁸, la Sala corrobora lo siguiente:

6.3.1.1 Que el Constituyente Primario consagró las inhabilidades bajo el entendimiento de que éstas son requisitos de elegibilidad, cuyo propósito es garantizar la idoneidad de los candidatos que pretenden hacerse elegir democráticamente, mientras que las incompatibilidades apuntan a evitar que quien es elegido o designado en un cargo, haga uso indebido del mismo.

6.3.1.2 Que las inhabilidades son un mecanismo encaminado a garantizar la transparencia y moralidad del proceso democrático, desde el mismo momento en que los electores inician la contienda por el caudal electoral.

⁴⁵ Ibídem

⁴⁶ La interpretación analógica extrapola una regla prevista en el ordenamiento para resolver el caso concreto en ausencia de fórmula resolutoria y es propia de la interpretación extensiva.

⁴⁷ La interpretación expansiva, amplía el ámbito de protección de un derecho a otros ámbitos del derecho o para todo el ordenamiento jurídico, por ejemplo: cuando se extiende una regla que opera en el derecho penal a la órbita civil, o cuando se extienden los sujetos a quienes se les aplica la misma o cuándo se extiende el objeto mismo de la regulación.

⁴⁸ Biblioteca del Consejo de Estado. Gaceta Asamblea Nacional Constituyente. Antecedentes del artículo 179. Folios 14, 18, 22, 52 y 53.

6.3.1.3 Que el origen del proceso electoral político se entiende antes de los comicios y su culminación ocurre cuando ellos se llevan a cabo.

6.3.1.4 Que la limpieza del proceso electoral garantiza la igualdad entre los candidatos y asegura la libertad y autonomía del sufragio.

6.2.2 La Sala deduce lo anterior de las discusiones efectuadas por los Constituyentes, plasmadas textualmente, así:

“el sentido de las incompatibilidades es distinto y propio al de las inhabilidades, pues éstas lo que buscan es garantizar la independencia del electorado o la idoneidad del candidato, mientras que las incompatibilidades buscan preservar la integridad de determinadas públicas (sic), para que a través de un ejercicio indebido de las mismas se puedan obtener provechos o deformar la voluntad del Estado”. (...)

*La finalidad de las inhabilidades es “evitar que el elector este sometido a presiones deformantes de su libertad y autonomía electoral, promover la limpieza del proceso político que **conduce a la designación de un candidato y a su posterior elección**”. (...)*

*Con las inhabilidades por parentesco se pretende garantizar **“la idoneidad del candidato y la limpieza del proceso político que conduce a la designación de un candidato y su posterior elección.”** (...)*

*Con estas inhabilidades se quiere **“buscar dónde está el vicio, que no es la coexistencia de los miembros de una misma familia en el escenario público, sino el hecho de que sea corrupta y corrompida a sí misma lo que conduzca a esa simultaneidad de la presencia”***⁴⁹ *—en referencia a la causal de parientes en la misma elección, inscritos por un mismo partido, grupo o movimiento político. (...)*

***“entiendo el estatuto de inhabilidades como la posibilidad de establecer la igualdad de oportunidades para que todo mundo pueda participar en la lid política sin desventajas previamente establecidas”.** (...)* (negrilla fuera de texto)

6.3 Finalidad de la inhabilidad prevista por el artículo 179.5

6.3.1 La jurisprudencia del Consejo de Estado⁵⁰ ha señalado que son derechos fundamentales de acuerdo con la Constitución Política, ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

6.3.2 Sobre éstos derechos la propia Constitución y la ley contemplan inhabilidades que restringen su ejercicio, pues quien se encuentra incurso en ellas no puede ocupar cargos de elección popular.

6.3.3 Las inhabilidades como restricciones al ejercicio de derechos políticos fundamentales, tienen sustento en la salvaguarda de otras garantías constitucionales, tales como el interés general, **la igualdad** y el ejercicio eficiente de la función pública.

⁴⁹ Asamblea Nacional Constituyente. Antecedentes artículo 179, página 14. Intervención del constituyente Echeverry.

⁵⁰ Consejo de Estado- Sección Quinta. Sentencia del 3 de agosto de 2015. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 11001032800020140005100. Consejo de Estado- Sección Quinta. Sentencia del 12 de marzo de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 1100103280002014-0006500.

6.3.3.1 Al respecto, la Sección Quinta de la Corporación ha señalado que las inhabilidades *“buscan preservar los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad de la función administrativa y la garantía **del derecho de igualdad de oportunidades**.”*⁵¹. (...) *“El régimen de inhabilidades tiene como finalidad la preservación de la integridad del proceso electoral, **el equilibrio en la contienda política y la igualdad de oportunidades entre los competidores en una elección**”*⁵². (Negrilla fuera de texto)

6.3.3.2 De igual manera, la Sala electoral ha definido que *“La igualdad en materia electoral puede entenderse desde dos perspectivas a saber, la primera de ellas a nivel formal la cual garantiza que todo aquel que quiera hacer parte del proceso democrático pueda participar libremente, ya sea como elector o como representante de la voluntad popular en los cargos que se hayan dispuesto para tal fin” y “la segunda perspectiva de la igualdad, es decir, **la igualdad material garantiza que los contendores compitan sin ventajas o ayudas, de forma tal que la persona que resulte electa lo sea gracias a un capital electoral propio, no trasladado o heredado y como resultado de una campaña política limpia, autónoma en la que todos hayan competido en igualdad de condiciones**”*⁵³. (Negrilla fuera de texto).

6.3.3.3 Como se observa, desde el ámbito general de las inhabilidades y en una óptica garantista de la igualdad material, el que las inhabilidades operen con anterioridad a la elección y en un periodo de tiempo determinado, como ocurre en el caso de las previstas en los numerales 2, 3 y 5 del artículo 179 superior, demuestra que la finalidad de las mismas está fincada en:

i) La defensa del equilibrio de la contienda política, para que quienes aspiran al cargo de elección popular se presenten ante el electorado en igualdad de oportunidades.

ii) La salvaguarda del derecho que tienen los electores a elegir libremente entre los competidores electorales, en un escenario político de absoluta transparencia y moralidad, sin influencias o prerrogativas distintas a aquellas que proporciona los propios contendores electorales y con la garantía de que todos cumplen las condiciones y requisitos que les permiten ser elegidos.

6.3.3.4 Si a la finalidad genérica de las inhabilidades se integra la finalidad específica de la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 constitucional, que es evitar el nepotismo, la creación de dinastías familiares en materia electoral e impedir que el candidato se valga de las prerrogativas de algún pariente que ostenta un cargo público, porque así se salvaguardan los principios de igualdad en el acceso a los cargos públicos⁵⁴, así como los de transparencia y moralidad, la

⁵¹ Consejo de Estado- Sección Quinta. Sentencia de 31 de julio de 2009. C.P. Susana Buitrago Valencia Rad. 2007-00244-02.

⁵² Consejo de estado - Sección quinta, sentencia del 22 de noviembre de 2012. Rad. 23001-23-31-000-2011-00645-01. C.P. Susana Buitrago Valencia

⁵³ Consejo de Estado-Sección Quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulados).

⁵⁴ En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de junio de 2009, radicado N°540012331000200700376 01 C.P. Filemón Jiménez Ochoa y Consejo de Estado,

Sala observa que la inhabilidad conocida como “*ejercicio de autoridad por parte de pariente*”, garantiza en mayor grado los mandatos de optimización señalados si opera durante el proceso electoral y no limitada al día de la elección.

6.3.3.5 Lo anterior, porque se insiste, la igualdad en la contienda electoral debe estar garantizada a lo largo del proceso de formación de la voluntad democrática del electorado, pues está precedida y deviene del conjunto de acciones desarrolladas previamente por los candidatos, las campañas y los partidos, con el fin de sumar electores que les permitan acceder al Congreso de la República, en cuyo seno se desarrolla la función legislativa, pilar de la democracia representativa y del estado social de derecho.

6.3.3.6 Así lo ha sentado la Sección Quinta del Consejo de Estado al señalar que el proceso electoral “*no se limita al día de las elecciones, toda vez que, el resultado de las votaciones es consecuencia de una serie de acciones previas al día de los comicios, en las cuales el aspirante debe “convencer” a los electores de depositar su voto por él*”⁵⁵.

6.3.4 Teniendo en cuenta que la finalidad de las inhabilidades previstas por el Constituyente, que también se predica para la consagrada en el numeral 5 del artículo 179 constitucional, es salvaguardar la igualdad de la contienda electoral, el equilibrio de la misma, así como la moralidad y la transparencia de los procesos democráticos, la Sala analizará las disposiciones que en el ordenamiento electoral, demuestran que el legislador ha definido extremos temporales en los procesos electorales, porque sin ellos resultaría de gran dificultad la salvaguarda de los principios y valores democráticos que propugna la Constitución Política.

6.3.5 Se estima pertinente señalar que lo legislado en materia de **calendario electoral** en el Decreto Ley 2241 de 1986 y en materia de **campañas electorales, periodos de inscripción, modificación de inscripciones, propaganda electoral y derecho al espacio gratuito en medios de comunicación social** en Ley 1475 de 2011, hace evidente para la Sala que el proceso electoral no se limita al día de los comicios.

6.3.6 Por el contrario, las disposiciones señalan espacios temporales previos a las votaciones en los que, perentoriamente, candidatos, partidos, movimientos políticos, grupos significativos de ciudadanos y autoridades electorales deben ejercer sus derechos y prerrogativas, con lo cual el marco del proceso electoral queda enmarcado en un lapso que inicia con la inscripción del candidato y culmina con la realización de las votaciones.

6.3.7 En efecto, el ordenamiento⁵⁶ señalado informa que:

Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 Radicado N° 17001-23-31-000-2011-00637-01 CP. Alberto Yepes Barreiro.

⁵⁵ En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de junio de 2009, radicado N°540012331000200700376 01 C.P. Filemón Jiménez Ochoa y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 Radicado N° 17001-23-31-000-2011-00637-01 CP. Alberto Yepes Barreiro.

⁵⁶ “**DECRETO LEY 2241 DE 1986** (...) ARTÍCULO 207. Las elecciones para integrar corporaciones públicas se realizarán el segundo domingo de marzo del respectivo año. “**LEY 1475 2011** (...)

6.3.7.1 Las elecciones para Congreso se realizan el segundo domingo de marzo del respectivo año.

6.3.7.2 El periodo de inscripción de candidatos y listas dura un (1) mes y se inicia cuatro (4) meses antes de la fecha de la correspondiente votación.

6.3.7.3 La modificación de inscripción de candidatos se puede efectuar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de cierre de las correspondientes inscripciones.

6.3.7.4 La revocatoria de la inscripción puede ocurrir hasta un (1) mes antes de la fecha de la correspondiente votación.

6.3.7.5 La recaudación de contribuciones y la realización de gastos de campaña puede ser adelantada por los partidos o movimientos políticos durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de la votación y que los candidatos solo podrán hacerlo a partir de su inscripción.

6.3.7.5 La propaganda electoral puede realizarse dentro de los sesenta (60) días anteriores a la fecha de la respectiva votación, o dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la respectiva votación, según corresponda.

6.3.7.6 El derecho al uso de los espacios gratuitos en radio y televisión es dentro de los dos meses anteriores a la fecha de la votación y hasta cuarenta y ocho (48) horas antes de la misma.

6.3.8 La existencia de extremos temporales en los diversos ámbitos que interesan a los procesos electorales se deducen con claridad de las normas y permiten a la Sala afianzar las siguientes conclusiones:

ARTÍCULO 30. PERIODOS DE INSCRIPCIÓN. El periodo de inscripción de candidatos y listas a cargos y corporaciones de elección popular durará un (1) mes y se iniciará cuatro (4) meses antes de la fecha de la correspondiente votación. (...) ARTÍCULO 31. MODIFICACIÓN DE LAS INSCRIPCIONES. La inscripción de candidatos a cargos y corporaciones de elección popular sólo podrá ser modificada en casos de falta de aceptación de la candidatura o de renuncia a la misma, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de cierre de las correspondientes inscripciones. Cuando se trate de revocatoria de la inscripción por causas constitucionales o legales, inhabilidad sobreviniente o evidenciada con posterioridad a la inscripción, podrán modificarse las inscripciones hasta un (1) mes antes de la fecha de la correspondiente votación. (...) ARTÍCULO 34. DEFINICIÓN DE CAMPAÑA ELECTORAL. (...) La recaudación de contribuciones y la realización de gastos de campaña podrá ser adelantada por los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de la votación. Los candidatos, por su parte, solo podrán hacerlo a partir de su inscripción. ARTÍCULO 35. PROPAGANDA ELECTORAL. (...) La propaganda a través de los medios de comunicación social y del espacio público, únicamente podrá realizarse dentro de los sesenta (60) días anteriores a la fecha de la respectiva votación, y la que se realice empleando el espacio público podrá realizarse dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la respectiva votación. (...) ARTÍCULO 36. ESPACIOS GRATUITOS EN RADIO Y TELEVISIÓN. Dentro de los dos meses anteriores a la fecha de toda votación y hasta cuarenta y ocho (48) horas antes de la misma, los partidos y movimientos políticos, las organizaciones sociales y los grupos significativos de ciudadanos, que hayan inscrito candidatos y los promotores del voto en blanco, tendrán derecho a espacios gratuitos en los medios de comunicación social (...)."

6.3.8.1 Que acorde con el calendario electoral, **la inscripción de las candidaturas** corresponde a la génesis misma de la contienda electoral para cada participante y, por ende, **puede ser asimilado al extremo temporal inicial de la inhabilidad**, pues constituye el momento base en el cual comienzan formalmente sus actividades de campaña electoral en búsqueda de su favorecimiento por parte del electorado.

6.3.8.2 Que es con la inscripción, que la sociedad tiene certeza de que el interesado se convierte en candidato dentro de la pugna por la conformación del poder público y por ende, es a partir de ese momento que su pariente funcionario puede favorecerlo con el ejercicio de la autoridad civil o política que ostenta el funcionario.

6.3.8.3 Que como tal favorecimiento rompe el equilibrio de la contienda electoral y viola el principio de igualdad de oportunidades que tienen los candidatos para ser elegidos, es desde el momento de la **inscripción del candidato que puede reprocharse la obtención de una ventaja o la amenaza al equilibrio en la contienda política.**

6.3.8.4 Que el **extremo temporal inicial de la inhabilidad** no puede inferirse en un momento anterior a **la inscripción de las candidaturas avaladas por los partidos y/o movimientos políticos**, por cuanto previo a ella, la contienda electoral no existe formalmente, de tal suerte que tampoco puede predicarse ni reprocharse la constitución de un desequilibrio en la misma durante el tiempo anterior a la inscripción por parte del funcionario pariente.

6.3.8.5 La **contienda electoral termina el día de los comicios** porque es en ese momento y no en otro, que se concretan todos los esfuerzos, ventajas y gestiones que fueron adelantados por el candidato y las campañas para obtener el voto de los electores. Por esta razón, para efectos de la inhabilidad, **el día de las elecciones es el extremo temporal que delimita el campo de aplicación de la inhabilidad que se estudia**, porque, se repite, culminadas las elecciones no es posible que se materialicen a favor del elegido, ventajas derivadas del *“ejercicio de autoridad por parte de pariente”*.

6.3.8.6 La Sala advierte que si bien la declaratoria de elección es el acto con el que culmina propiamente el proceso electoral, lo cierto es que, vista la finalidad de la inhabilidad y su órbita material, después de la fecha de la elección es inane cualquier esfuerzo o actividad que se ejecute con el propósito de convocar a los ciudadanos a depositar votos por cualquier participante en la contienda, de manera que el fin de la inhabilidad se asegura limitando en el tiempo su configuración **al día de las elecciones, inclusive.**

6.3.9 Conforme con todo lo anterior, la Sala observa que la inhabilidad bajo examen se materializa desde **el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y culmina en la fecha de la elección del candidato, inclusive**, pues es durante este periodo y no solamente el día de la elección, que

el candidato se puede favorecer políticamente con el cargo del pariente que ejerce autoridad civil o política, siendo éste el preciso evento que el Constituyente primario pretendió eliminar.

6.4 Interpretación sistemática de la norma constitucional

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estima igualmente pertinente acudir a este criterio de interpretación, para demostrar que los extremos temporales inferidos y que llenan la laguna establecida resultan atinados y en tal sentido, afianzar el criterio de unificación que ahora nos ocupa, es decir, aquel que delimita el factor temporal de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 superior, desde **el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha de la elección del candidato, inclusive**.

6.4.1 A juicio de la Sala Plena Contencioso Administrativa, la interpretación sistemática reviste especial importancia en este caso, en tanto el vacío de la inhabilidad analizada debe armonizarse con el ordenamiento jurídico vigente y los parámetros propios del proceso electoral que hoy rigen la materia.

6.4.2 Para dicho cometido, la Sala buscará *“extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procur[ando] el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte.”*⁵⁷, entendiendo que: i) *“el sentido de la norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas”*⁵⁸ ii) *“la interpretación sistemática no desconoce el significado de las palabras en las cuales se expresa la norma, simplemente, de manera adicional, reconoce que dichas expresiones carecen de sentido si no se leen de manera armónica con las demás disposiciones del orden jurídico”*⁵⁹

6.4.3 Bajo este marco, al revisar los parámetros contenidos en los artículos la Ley 1475 de 2011⁶⁰, que regulan la consecuencia jurídica y el reproche que se realiza

⁵⁷ Posición adoptada por el Consejo de Estado-Sección Quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulados). Lo anterior, citando a Anchondo Paredes Víctor, Métodos de interpretación jurídica. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf> cit, pág. 41

⁵⁸ Anchondo, ob cit, pág. 42

⁵⁹ Consejo de Estado-Sección Quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulados).

⁶⁰ **LEY 1475 DE 2011.** “ARTÍCULO 10. FALTAS. Constituyen faltas sancionables las siguientes acciones u omisiones imputables a los directivos de los partidos y movimientos políticos: (...) 5. Inscribir candidatos a cargos o corporaciones de elección popular que no reúnan los requisitos o calidades, **se encuentren incursos en causales objetivas de inhabilidad** o incompatibilidad, (...) ARTÍCULO 28. INSCRIPCIÓN DE CANDIDATOS. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran **incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad**. (...) ARTÍCULO 31. MODIFICACIÓN DE LAS INSCRIPCIONES. La inscripción de candidatos a cargos y corporaciones de elección popular sólo podrá ser modificada en casos de falta de aceptación de la candidatura o de renuncia a la misma, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de cierre de las correspondientes inscripciones. Cuando se trate de revocatoria de la inscripción por causas constitucionales **o legales, inhabilidad sobreviniente o evidenciada con posterioridad a la inscripción**, podrán modificarse las inscripciones hasta un (1) mes antes de la fecha de la correspondiente votación. (...) ARTÍCULO 33. DIVULGACIÓN. Dentro de los dos (2) días calendario siguientes al vencimiento del término para la modificación de la inscripción de listas y candidatos (...) Dentro del mismo término las remitirá a los organismos competentes para

cuando en el contendor electoral concurren inhabilidades durante el proceso electoral, lo primero en evidencia es el reproche que hace el legislador a los partidos y movimientos políticos que avalen para su **inscripción**, candidatos incurso en causales objetivas de **inhabilidad**, imponiéndoles el deber de verificación en este aspecto.

6.4.4 Esto quiere decir que se reconoce a los partidos, movimientos y demás formas de representación política, como garantes ante sus electores, del cumplimiento de las leyes y del fortalecimiento de la democracia en relación con la prevención de **la inscripción de candidatos inhabilitados**, razón por la cual, se constituyen en el primer filtro detector de las inhabilidades, lo que ocurre previo inicio del proceso electoral.

6.4.5 De otra parte, el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011 señaló que, hay lugar a la revocatoria de la inscripción de las candidaturas por causas constitucionales o legales, entre las cuales se encuentran, sin duda, la concurrencia de inhabilidades en los candidatos.

6.4.5.1 Esta función revocatoria fue atribuida constitucionalmente al Consejo Nacional Electoral en el numeral 12 del artículo 265, órgano al cual también le otorgó la función declaratoria de la elección, respecto de la cual, el Constituyente soslayó la posibilidad de declarar la elección cuando exista prueba plena de que el candidato elegido está incurso en una causal de inhabilidad. Así lo prevé la norma:

“12. Decidir la revocatoria de la inscripción de candidatos a Corporaciones Públicas o cargos de elección popular, cuando exista plena prueba de que aquellos están incurso en causal de inhabilidad prevista en la Constitución y la ley. En ningún caso podrá declarar la elección de dichos candidatos.” (Se resalta)

En esta misma línea el artículo 107 constitucional dispone lo siguiente:

“(…) Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

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

Toda inscripción de candidato incurso en causal de inhabilidad, será revocada por el Consejo Nacional Electoral con respeto al debido proceso.” (…)

6.4.5.2 Como se nota, el Consejo Nacional Electoral, en sede administrativa, está facultado para decidir sobre la concurrencia de causales de inhabilidad en los candidatos o en los elegidos, previo el cumplimiento de los procedimientos

certificar sobre las causales de inhabilidad a fin de que informen al Consejo Nacional Electoral, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recibo, **acerca de la existencia de candidatos inhabilitados**, en especial las remitirá a la Procuraduría General de la Nación para que previa verificación en la base de sanciones e inhabilidades de que trata el artículo 174 del Código Disciplinario Único, publique en su página web el listado de candidatos que registren inhabilidades” (se resalta)

administrativos correspondientes y en garantía del derecho de defensa de los candidatos, y conforme a ello, revocar la inscripción del candidato o abstenerse de declarar su elección.

6.4.6 Bajo este panorama del sistema normativo, la Sala encuentra palmaria la existencia de un marco jurídico de control previo y concomitante sobre el proceso electoral, donde las inhabilidades son el foco central de la regulación, pues lo que se pretende es que la finalidad depuradora con la que se dotó constitucionalmente a esta figura, cumpla su cometido y se materialice en el escenario político, incluso con anterioridad al inicio del proceso electoral, garantizando así la prevalencia de los intereses superiores democráticos, el equilibrio de la contienda electoral y los principios de igualdad, moralidad y transparencia electorales.

6.4.7 De esta lectura armónica de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política con las otras disposiciones constitucionales y legales mencionadas, no es posible definir el elemento temporal de la inhabilidad en el momento de la elección, porque la inhabilidad así aplicada, excluye de plano la finalidad de las disposiciones superiores, los esfuerzos del legislador por establecer un escenario que garantice en mejor y mayor medida la pureza democrática y que las elecciones se lleven a cabo en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos⁶¹.

6.4.7.2 De lo expuesto, la Sala enfatiza en que la interpretación sistemática permite fortalecer la interpretación que llena el vacío que trae la inhabilidad del artículo 179.5 superior y que se materializa desde **el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha de la elección del candidato, inclusive**, habida cuenta de que bajo tal concepto se hace posible:

i) Salvaguardar en mayor medida el que los candidatos y elegidos no estén incurso en causales de inhabilidad que por sí mismas vician el proceso electoral, lo que robustece la igualdad como precondition de la democracia ii) Prevenir la ocurrencia del fenómeno tanto por las organizaciones políticas como por el Consejo Nacional Electoral y por los jueces electorales.

6.4.7.3 Al tratarse de un requisito de elegibilidad para el cargo de Congresista, el Constituyente y el legislador han configurado un estricto sistema de controles, pues tratándose de garantizar la igualdad de la contienda electoral como precondition de la democracia, lo que se pretende es cerrar la puerta a la materialización de prácticas políticas que distorsionan la voluntad del electorado y desequilibran la competencia electoral, con lo cual se fortalece la coherencia del ordenamiento, en aras de evitar y prevenir que lleguen a ser Congresistas quienes no están habilitados para serlo.

⁶¹ Esta posición constitucional ve la justicia y la igualdad como precondition de la democracia, porque busca permitir el fortalecimiento del sistema representativo y la disminución de la desigualdad social ante la erosión constante de la confianza ciudadana en los mandatarios elegidos, particularmente los Congresistas. Sobre este punto se puede consultar: Exposición de motivos del Acto Legislativo 1 de 1979.

6.4.7.4 En esta misma línea, la leyes 617 de 2000⁶² y 136 de 1994, que se ocupan de la regulación electoral en el ámbito territorial, han fijado que la inhabilidad por parentesco opera para la inscripción y que la temporalidad se limita a los 12 meses anteriores a la elección, siendo claro que también en este ámbito, el legislador ha entendido que los riesgos que se pretenden anular con la inhabilidad por parentesco con quien ejerce autoridad civil o política, están presentes a lo largo del periodo de campaña y hasta la elección.

6.4.7.5 Como el legislador, en virtud de la potestad de configuración legislativa y de la reserva de ley, previó que en el caso de la elecciones de miembros de corporaciones públicas locales, están inhabilitados para inscribirse quienes tengan parientes funcionarios que hubieran ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar, 12 meses antes de la elección, resulta injustificado que para un plano de superior responsabilidad y dignidad, como es el cargo de Congresista, deba interpretarse el factor temporal de la inhabilidad sólo opera el día de los comicios.

6.5 El efecto útil de la inhabilidad

Agotados los anteriores criterios de interpretación, **es necesario abordar el estudio del efecto útil de la inhabilidad** prevista en el numeral 5 del artículo 179 superior, para concluir que el factor temporal de la inhabilidad debe interpretarse en el sentido de que inicia **el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y culmina en la fecha en que se realizan los comicios para su elección, inclusive**, porque afianza la eficacia de la norma constitucional.

6.5.1 En este punto, se resalta que las normas constitucionales tienen vocación de eficacia y materialidad dada la fuerza normativa y vinculante del texto constitucional⁶³, porque la finalidad de aquellas es producir efectos jurídicos⁶⁴. Por

⁶² **Artículo 33. De las inhabilidades de los diputados.** No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: (...) Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; (...)

Artículo 40. De las inhabilidades de los concejales. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así: "Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: (...) 4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; (...).

⁶³ Así pues se ha considerado que *"la eficacia es un propiedad de la norma, según la cual la norma es verdaderamente eficaz cuando que existe un número determinado de actos de cumplimiento de la norma"*. En igual sentido que la Corte Constitucional en Sentencia C-873-13 señaló que: *"<<La eficacia>> de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de "eficacia" hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de "eficacia" se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas."* (Subrayas fuera de texto)

⁶⁴ Consejo de Estado-Sección Quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulados).

tal motivo, se consideran inviables aquellas interpretaciones que tornen **ineficaz, inane o inútil** la disposición, o que hagan de su aplicación algo tan difícil, que a la postre terminan impidiendo la utilización de la norma y que se cumpla la voluntad del Constituyente.

6.5.2 Sobre el particular, la Sala trae a colación las consideraciones de la Sala Electoral⁶⁵, según las cuales determinó que:

“Atendiendo a estas definiciones y a que el juez tiene la obligación de interpretar la ley de forma tal que no se defrauden los principios del sistema, la Sala considera que la hermenéutica que del elemento temporal de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 de la Carta Política se ha adoptado, le resta eficacia al precepto constitucional porque:

- Desconoce que el proceso electoral no se limita al día de las elecciones, toda vez que, el resultado de las votaciones es consecuencia de una serie de acciones previas al día de los comicios, en las cuales el aspirante debe “convencer” a los electores de depositar su voto por él. Tan es así que el legislador previó ciertas limitaciones a las campañas electorales⁶⁶ con el objeto precisamente de evitar influencias indebidas en la población apta para votar.*
- La interpretación actual ignora que el electorado puede verse influenciado, de manera indirecta o directa, por el pariente investido de autoridad en el marco de la campaña electoral, pues es en este momento en el que pueden realizarse acciones tendientes a modificar la voluntad del electorado, para inducirlo a votar por un candidato determinado.*
- Así las cosas, es evidente que no está en igualdad de condiciones la persona que compite por la curul cuyo pariente detenta autoridad civil o política en la circunscripción electoral a la que se aspira, con la que sin contar con dicho apoyo familiar debe formar su capital electoral propio.*
- La posición vigente permite que haya “un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto.”⁶⁷*
- Otorga ventaja a ciertos aspirantes lo cual va en contravía de los principios de transparencia, probidad, moralidad y desnaturaliza el proceso electoral como pilar de la democracia representativa.*
- Permite replicar las dinastías familiares y políticas evitando que la diversidad y pluralidad que el Constituyente buscaba se materialice.”⁶⁸*

6.5.3 Sobre la base señalada en este pronunciamiento, la Sala no puede desconocer que el pariente del candidato, investido de autoridad, puede influir de manera indirecta o directa al electorado desde el día de la inscripción y hasta el día anterior a la elección, produciendo resultados y efectos que atentan contra el equilibrio de la contienda electoral y la igualdad entre candidatos, los cuales en nada se solventan o aminoran, por el simple hecho que el pariente del candidato se separó del cargo exclusivamente el día de las elecciones.

6.5.4 En efecto, no está en igualdad de condiciones la persona que compite por la curul cuyo pariente detenta autoridad civil o política en la circunscripción electoral a la que se aspira, respecto de aquella que sin contar con dicho apoyo familiar

⁶⁵ Consejo de Estado-Sección Quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro.Radicación No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulados).

⁶⁶ Ley 130 de 1994 “Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁷ Corte Constitucional Sentencia C 258-13

⁶⁸ Consejo de Estado-Sección Quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro.Radicación No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulados).

debe formar su capital electoral propio⁶⁹, pero más importante aún, es el hecho de que dicha ventaja no se genera exclusivamente el día de las elecciones sino que ella es posible con anterioridad a dicho momento y a lo largo del proceso electoral.

6.5.5 De igual manera y más grave aún, resultaría la facilidad con la que puede defraudarse la aplicación de la inhabilidad bajo estudio cuando el factor temporal se limita al día de la elección, porque bajo tales circunstancias se hace más fácil evadir las consecuencias jurídicas, en sede administrativa y/o judicial, como sucedería por ejemplo: cuando el familiar del candidato ejerce la autoridad civil o política durante todo el proceso electoral y se separa del cargo solamente el día de los comicios, acudiendo a figuras como el traslado a otra circunscripción, la solicitud de vacaciones o incluso, una incapacidad médica.

6.5.5.1 Bajo tales circunstancias resultaría imposible prevenir y reprender objetivamente la postulación de candidatos inhabilitados, pues el hecho de que su pariente ostente autoridad en la circunscripción electoral correspondiente a la de la elección, constituye una ventaja en la contienda, proscrita por la propia Constitución.

6.5.6 Una interpretación temporal llevada al momento de las elecciones, torna inane o inclusive, hace materialmente imposible el ejercicio de las atribuciones conferidas a los partidos políticos por la Ley 1475 de 2011, pues evita que cumplan con la obligación que les corresponde de velar, en forma previa a la inscripción, porque su candidato no se encuentre inhabilitado.

6.5.7 Esta situación ocurriría con las facultades constitucionales otorgadas al Consejo Nacional Electoral, pues de interpretarse que la inhabilidad solamente se configura el día de la elección, con respecto a la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 superior, pierde toda eficacia la revocatoria de inscripción que compete a esta autoridad electoral.

6.5.8 No resulta atinado interpretar la inhabilidad sin consideración al trámite administrativo previo a las elecciones, porque se truncarían las etapas del control efectivo sobre la inscripción de candidatos.

6.5.8.1 Si ello fuera así, la inscripción del candidato nunca se vería revocada por virtud de la inhabilidad consistente en el *“ejercicio de autoridad por parte de pariente”*, ya que tal restricción solo podría entenderse configurada después de la elección efectiva del candidato.

6.5.8.2 En consecuencia, tal inhabilidad sólo podría evaluarse para efectos de la declaratoria de la elección, con lo cual se desecha de plano la posibilidad de garantizar la igualdad y el equilibrio de la contienda electoral desde su inicio y

⁶⁹ En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de junio de 2009, radicado N°540012331000200700376 01 C.P. Filemón Jiménez Ochoa y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 Radicado N° 17001-23-31-000-2011-00637-01 CP. Alberto Yepes Barreiro.

hasta su culminación, interpretación que no puede aceptarse en cuanto vacía de contenido la disposición constitucional.

6.6 Desde el ámbito de análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la regla temporal prohijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cual es, que sólo se inhabilita el Congresista cuyo pariente ejerce autoridad civil o política en la misma circunscripción territorial de la elección el día de los comicios, realizada la hermenéutica del artículo 179.5 en los términos hasta aquí expuestos, la Sala concluye que dicha regla no supera el requisito de idoneidad de la finalidad de la regla, siendo este el primer paso que debe agotarse en aplicación del test estricto cuando se evalúa una medida cuya aplicación afecta el ejercicio de derechos fundamentales. Lo anterior considerando que:

6.6.1.1 La regla que establece que la inhabilidad opera el día de las votaciones, impide garantizar la igualdad, moralidad y transparencia en los procesos electorales de elección de Congresistas, al permitir que la contienda electoral se desequilibre con ocasión de factores externos de poder que proporcionan ventajas electorales ilegítimas para la democracia.

6.6.1.2 En tanto la realidad del proceso electoral es que el caudal electoral se obtiene a lo largo de la campaña y en tal sentido son claras las disposiciones constitucionales y legales, el momento temporal en que opera la prohibición no es oportuno y hace incoherente el ordenamiento en la materia, pues no evita ni elimina el riesgo de que se obtengan ventajas por cuenta del ejercicio de autoridad del pariente.

6.6.1.3 Por el contrario, minimiza el efecto útil de las otras disposiciones del ordenamiento, a partir de las cuales los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos son el primer filtro de control de la inhabilidad –avales-, el Consejo Nacional Electoral el segundo –revocatoria de la inscripción- y el Consejo de Estado el tercero –nulidad electoral-.

6.6.2 Como el momento temporal en que opera la prohibición es inoportuno y resta coherencia el ordenamiento en la materia, reduce las barreras del ordenamiento para que las castas políticas que ostentan autoridad civil y política, abonen el escenario para hacer elegir Congresistas en una misma circunscripción, a los miembros de una misma familia, evento que se desarrolla a lo largo de la campaña y no solamente el día de las elecciones.

6.6.3 Que la inhabilidad se configure el día de los comicios resta el efecto útil de la norma, porque para que el proceso electoral de acceso al poder legislativo esté libre de prácticas corruptas, debe evitarse el riesgo de que los parientes, a lo largo de la campaña electoral, que es cuando se realizan todas las actividades tendientes a recaudar el caudal electoral, por la autoridad que detentan, puedan influir, distorsionar o determinar el voto de los electores.

6.6.3.1 Si bien fijar la temporalidad de la inhabilidad al día de la elección, impide la materialización de prácticas corruptas porque evita que la autoridad civil o política

influencia en forma inmediata la voluntad del elector, por ejemplo a través de la disposición de medios estatales para favorecer al candidato pariente, lo cierto es que las prácticas corruptas para influenciar o determinar el sufragio en favor de un determinado candidato, tienen mayores posibilidades de surtir el efecto esperado en la medida en que cobije mayor número de electores; con lo cual, es todo el periodo de campaña el que resulta ser más propicio para poder desplegar las prácticas deformantes de la elección.

7. La Sala estima que se debe privilegiar una interpretación del numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política que se ajuste al propósito regulatorio de las inhabilidades y produzca efectos jurídicos en atención a la mayor garantía de los principios y valores democráticos protegidos por la Constitución, y ello se logra bajo el entendimiento de **que la inhabilidad se configura si el pariente del candidato o del elegido ejerce autoridad en el lapso comprendido entre la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha de la elección del candidato, inclusive.**

8. Como quiera que la hermenéutica explicada por esta Sala en cuanto al factor temporal de la causal de inhabilidad del artículo 179.5 unifica la jurisprudencia de la Corporación en el mismo sentido de la tesis prohijada por la Sección Quinta, la Sala Plena pone de presente que su decisión de que prevalezca dicha tesis, también se fundamenta en los siguientes aspectos:

8.1 El caso reporta una discusión genuina en el seno de la Sala Plena Contencioso Administrativa, pues revisada y estudiada la línea jurisprudencial dictada por la Sala Plena en los medios de control de nulidad electoral y de pérdida de investidura, se corroboró que ninguno de los casos fallados guarda identidad con el que ahora se debe fallar⁷⁰.

8.2 Porque la decisión se adopta en una proceso de nulidad electoral y no en uno de pérdida de investidura. Al ser la nulidad electoral un proceso de carácter objetivo sustentado en el principio de legalidad, la perspectiva protectoria debe privilegiar el interés colectivo democrático y no el derecho subjetivo del Congresista. En tanto la nulidad electoral no es un proceso sancionatorio, la decisión que se adopte no está llamada a valorar el elemento subjetivo, juicio de culpabilidad que es propio de la pérdida de investidura.

8.3 El caso tiene un antecedente judicial en la sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta en el año 2015, pues el problema jurídico resuelto se identifica con el caso que ahora nos ocupa, cual es, determinar ¿si está inhabilitado el Congresista –Representante a la Cámara-, cuyo pariente ejerce autoridad civil y

⁷⁰ De los 26 casos que se reportaron en el sistema de la Relatoría y que refieren a la causal del artículo 179.5, se pudo identificar 7 tipologías de problemas jurídicos y ninguno de ellos se corresponde con el que presenta este caso, cual es: Determinar ¿si está inhabilitado el Congresista –Representante a la Cámara-, cuyo pariente ejerce autoridad civil al momento de la inscripción del candidato y cuando menos, hasta antes de la elección, porque se desempeñaba en un cargo que ostentaba autoridad civil y política en la misma circunscripción territorial de la elección?

política en la misma circunscripción territorial de la elección al momento de la inscripción del candidato y hasta antes de la elección?

8.4 Porque al interpretarse que la temporalidad opera solamente el día de la elección:

8.4.1 Se confunde la inhabilidad con una incompatibilidad.

8.4.2 Se desconoce el derecho fundamental que tiene el electorado de elegir personas hábiles, idóneas y que llenen los requisitos y condiciones previstos por la Constitución.

8.4.3 Se deja de aplicar el principio pro electorado, protectorio de la democracia como interés general y se privilegia el ejercicio del derecho fundamental del Congresista, restringido por el propio Constituyente al avizorar que, tratándose del proceso político electoral, en la misma circunscripción territorial de la elección, el parentesco del candidato con funcionario que ejerce autoridad civil o política, el parentesco se presenta como un riesgo para la democracia.

8.4.4 Se elimina el efecto útil de la disposición.

8.4.5 Se resta coherencia al sistema normativo.

8.4.6 Se distorsiona el carácter objetivo del proceso de nulidad electoral y la aplicación del principio de legalidad que lo rige.

8.4.7 Se afecta la eficacia de otras disposiciones constitucionales que prevén la competencia del Consejo Nacional Electoral para revocar la inscripción del candidato o para no declarar la misma.

9. Regla de unificación de la jurisprudencia

Conforme con la exposición de motivos realizada a lo largo de las consideraciones de este fallo y para todos los efectos que correspondan, la Sala unifica su jurisprudencia en el siguiente sentido:

La interpretación del elemento temporal de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella que **configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y dura hasta el día en que se realiza la elección, inclusive.**

De acuerdo con la regla unificada y aplicando la misma, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, determinar si concurren en el demandado los elementos que materializan la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política, conforme con el material probatorio legal y oportunamente allegado al presente medio de control.

10. Caso concreto

10.1 Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró acreditados los siguientes hechos, relevantes para la decisión del asunto que se sometió a consideración:

10.1.1 El demandado, señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache se inscribió el 10 de diciembre de 2017 como candidato por el partido Liberal Colombiano a la Cámara de Representantes por el Departamento de Nariño 2018-2022, según da cuenta la copia del formulario E-6, correspondiente a la solicitud para la inscripción de candidatos y constancia de aceptación de candidaturas, obrante a folios 85 y 86 del cuaderno No. 1.

10.1.2 El demandado fue elegido el 11 de marzo de 2018 como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño para el período constitucional 2018-2022, como consta en la copia del formulario E26CA del 20 de marzo de 2018 obrante a folios 54 a 63 del cuaderno No. 1.

10.1.3 La señora Rosángela Estupiñán Calvache es hermana del demandado, como se constata con las copias de sus registros civiles de nacimiento obrantes a folios 289 a 290 del cuaderno No. 2 y 324 a 325 del cuaderno No. 3.

10.1.4 La señora Rosángela Estupiñán Calvache se desempeñó como Registradora Especial del municipio de Pasto, entre otros períodos, desde el día 12 de enero de 2016 y cuando menos, hasta el 16 de enero de 2018. De ello dan cuenta las siguientes pruebas documentales, obrantes en medio magnético a folio 247 del cuaderno No. 2:

- Resolución 16122 del 21 de diciembre de 2015⁷¹, proferida por el Registrador Nacional del Estado Civil, mediante la cual se efectúa el traslado de la señora Rosángela Estupiñán Calvache, como Registradora Especial del municipio de Popayán (Cauca), al municipio de Pasto (Nariño).
- Acta de posesión de la señora Rosángela Estupiñán Calvache, como Registradora Especial de Pasto, del 12 de enero de 2016, en cumplimiento de la Resolución 16122 del 21 de diciembre de 2015.
- Resolución 363 del 16 de enero de 2018, proferida por el Registrador Nacional del Estado Civil, mediante la cual se efectúa el traslado de la señora Rosángela Estupiñán Calvache, Como Registradora Especial del municipio de Pasto (Nariño) al municipio de Palmira (Valle del Cauca).

10.1.5 Como consta en la certificación obrante en medio magnético, a folio 247 del cuaderno No. 2, la señora Rosángela Estupiñán Calvache, en calidad de Registradora Especial de Pasto, profirió la Resolución No. 001 del 15 de enero de

⁷¹ Dentro del expediente, en el medio magnético obrante a folio 247 del cuaderno No. 2 se aportaron los diferentes actos administrativos que dan cuenta de los traslados de la señora Rosángela Estupiñán Calvache, siendo este el último traslado documentado antes del dispuesto mediante Resolución No. 363 del 16 de enero de 2018,

2018, mediante la cual impuso sanción con multa pecuniaria a ciudadanos que se designaron como jurados de votación y que sin justa causa no se presentaron a desempeñar su función.

10.1.6 La señora Rosángela Estupiñán Calvache fue trasladada como Registradora Especial al municipio de Palmira (Valle del Cauca) el 16 de enero de 2018, según se desprende de la Resolución 363 del 16 de enero de 2018 que obra a folio 75 y 75 anverso del cuaderno No. 1.

10.1.7 La señora Rosángela Estupiñán Calvache tomó posesión del cargo de Registradora Especial del municipio de Palmira (Valle del Cauca) el 23 de enero de 2018, según se desprende del documento obrante a folio 76 del cuaderno No. 1.

10.2 Configuración de la inhabilidad

De acuerdo con la demanda, su contestación, las actuaciones procesales y las pruebas aportadas y recaudas, corresponde a la sala verificar si cada uno de los elementos que conforman la señalada causal de inhabilidad, se encuentran reunidos en el caso bajo examen, como se explica a continuación:

10.2.1 Vínculo o parentesco (entre el electo y quien ejerce la autoridad)

10.2.1.1 El vínculo o parentesco como elemento configurativo de la inhabilidad objeto de estudio requiere que este se presente dentro de los grados y modalidades que establece la Constitución Política y la ley, que para este caso en concreto hace referencia a: i) vínculo por matrimonio o unión permanente y ii) parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, el primero de afinidad, o único civil.

10.2.1.2 Como se probó que la ciudadana Rosángela Estupiñán Calvache es hermana del demandado, hecho que se acreditó con los correspondientes Registros Civiles de Nacimiento, no fue controvertido y por contrario, se admitió en la contestación de la demanda⁷², este elemento constitutivo de la inhabilidad bajo examen se encuentra configurado.

10.3. Calidad de funcionario del pariente, cónyuge o compañero permanente de quien resultó electo

10.3.1 Frente a la noción de funcionario contenida en el artículo 179.5 de la Constitución Política, la Sección Quinta⁷³ del Consejo de Estado ha concluido que esta *“comprende a todos los servidores que prestan servicios a una entidad pública y ejercen las funciones que a estas corresponden, es decir a los empleados públicos y a los*

⁷² Folio 177 del cuaderno No. 1.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 29 de abril de 2005, radicado 11001-03-28-000-2003-00050-01. N° interno: 3182 C.P. Darío Quiñones Pinilla. Reiterado en Sentencia del 6 de noviembre de 2014 radicado N°11001-03-28-000-2014-00040-00 CP Alberto Yepes Barreiro y en sentencia del 19 de febrero de 2015 radicado N° 11001-03-28-000-2014-00045-00 CP. Alberto Yepes Barreiro.

trabajadores oficiales”, además que “el término “funcionario” contenido en la inhabilidad indilgada es equiparable a la de “empleado público”⁷⁴

10.3.2 Sobre este particular, en el plenario quedó acreditado que la señora Estupiñán Calvache se desempeñó como Registradora Especial del municipio de Pasto desde el día 27 de diciembre de 2006 según lo dispuesto mediante Resolución No. 7477 de ese mismo año,; hecho que además fue confirmado por el demandado en el correspondiente escrito de contestación de la demanda⁷⁵.

10.3.3 Así mismo, quedó probado en el proceso que mediante Resolución No. 363 del 16 de enero de 2018, proferida por el señor Registrador Nacional del Estado Civil, se ordenó el traslado de la señora Rosángela Estupiñán Calvache, del municipio de Pasto, donde ejercía sus funciones, al municipio de Palmira en el departamento del Valle del Cauca, donde tomó posesión el 23 de enero de 2018, y que de nuevo fue trasladada al municipio de Pasto, mediante Resolución No. 3815 del 22 de marzo de 2018 esto es, 11 días después de las elecciones respectivas y tomando posesión nuevamente en Pasto hasta el 2 de abril de ese mismo año.

10.3.4 Como consecuencia de tales acreditaciones, para la Sala es evidente que la hermana del demandado, Rosángela Estupiñán Calvache, desempeñó el cargo de Registradora Especial del municipio de Pasto, entre otros períodos, desde el día 12 de enero de 2016, fecha en la que tomó posesión nuevamente del cargo en cumplimiento de la Resolución 16122 del 21 de diciembre de 2015, y solo fue mediante Resolución No. 363 del 16 de enero de 2018, proferida por el señor Registrador Nacional del Estado Civil, que se ordenó su traslado, del municipio de Pasto, donde ejercía sus funciones, al municipio de Palmira (Valle del Cauca), donde tomó posesión hasta el 23 de enero de 2018.

10.3.5 Bajo este panorama probatorio, la Sala encuentra configurado el segundo elemento constitutivo de la inhabilidad bajo examen, esto es, la calidad de funcionaria pública de la hermana del demandado.

10.4. Que el funcionario en el marco de sus funciones ostente autoridad civil o política

10.4.1. En cuanto a la noción de autoridad civil, el artículo 188 la Ley 136 de 1996 establece lo siguiente:

“(…) se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 26 de marzo de 2015., radicación 11001-03-28-000-2014-00058-00 CP Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 5 de mayo de 2016, radicación 54001-23-33-000-2015-00530-01CP Alberto Yepes Barreiro. En las citadas providencias el suscrito consejero se apartó de esa interpretación, tal y como se plasmó en las aclaraciones de voto correspondientes.

⁷⁵ Folio 177 del cuaderno No. 1.

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.”

10.4.1.1 Sumado a lo anterior, la autoridad civil se define como antagónica a la autoridad militar, porque con ella se detentan poderes o potestades jurídicas coercitivas, mientras que la segunda se ostenta por virtud de las armas, lo cual delimita un ámbito claro entre uno y otro y configura a la autoridad civil como un concepto amplio y comprensivo de otras autoridades, siempre que no correspondan a la militar.

10.4.1.2 Ahora bien, el concepto de autoridad civil no se agota con la previsión legal en comento ni con la contraposición de los conceptos “civil” y “militar”, pues la Corporación ha definido que:

(...) “La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas.

“Por lo tanto, la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la ‘autoridad civil’ que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata.

“Con esta perspectiva, el concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades del servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es al mismo tiempo autoridad civil.”⁷⁶ (...) (Se resalta)

10.4.1.2. Sobre este mismo aspecto, se recuerda que la Sala Electoral del Consejo de Estado ha señalado que el elemento referente a la autoridad debe interpretarse de manera objetiva, es decir, que no requiere la verificación efectiva de que el servidor público haya hecho uso de algunas de las atribuciones que le otorga la ley, sino que basta con que aquel tenga la virtualidad o potencialidad de desarrollarlas, para afirmar que ejerció autoridad.

En otras palabras: **la autoridad se ejerce por el mero hecho de detentarla⁷⁷.**

⁷⁶ Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de julio de 2015. C.P. Gerardo Arenas Monsalve Rad. 11001-03-15-000-2014-02130-00(PI)

⁷⁷ En este sentido se ha pronunciado la Sección Quinta del Consejo de estado, entre otras, en las siguientes providencias: Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de Julio 14 de 2005. C.P. Reinaldo Chavarro Buritica Rad. 170012331000200301538-01 (3681); Consejo de Estado,

10.4.1.2.1 Este alcance realiza el sentido y propósito de la inhabilidad analizada, porque salvaguardar la igualdad y el equilibrio de la contienda electoral, impone realizar la misma bajo un alcance preventivo. Ello quiere decir que, si se entendiera que la inhabilidad se configura por el hecho de ejercer efectivamente la autoridad civil o política y no por el sólo hecho de detentarla, la finalidad constitucional se tornaría inane. En consecuencia, los derechos fundamentales a elegir y ser elegido bajo el principio democrático de igualdad quedarían desprotegidos en el ámbito material, lo cual resulta contrario a los fines que inspiran el Estado Social de Derecho.

10.4.2 Así las cosas, debe revisar el manual específico de funciones específico del cargo de Registrador Especial que detentó la hermana del demandado, a fin de determinar si ellas conllevan a que la misma detentara autoridad.

10.4.2.1 El respectivo manual incluye, entre otras, las siguientes funciones:

“1. Asuntos Electorales (numeral 1 art. 47 Decreto 1010/2000).

Organizar las elecciones en aspectos como, ubicación de los puestos de votación y los cambios que se puedan presentar y sitios de escrutinios.

Tomar todas las medidas necesarias para que las votaciones se realicen de conformidad con las disposiciones legales y las instrucciones que impartan el Registrador Nacional y la Registraduría Delegada en lo Electoral.

2. Atender la preparación y realización de las elecciones (numeral 2 art. 48 Decreto 2241/86)

3. Nombrar los jurados de votación (numeral 3 art. 48 Decreto 2241/86).

4. Reemplazar a los jurados de votación que no concurren a desempeñar sus funciones, abandonen el cargo o lo ejerzan sin la imparcialidad o corrección debidas... (numeral 4 art. 48 Decreto 2241/86).

5. Sancionar con multas a los jurados de votación en los casos señalados en el presente código (numeral 5 art. 48 Decreto 2241/86).

6. Nombrar para el día de las elecciones, en la ciudades donde funcionen más de veinte (20) mesas de votación, visitadores de mesas, con facultad de reemplazar a los jurados... (numeral 6 art. 48 Decreto 2241/86).

“(…)

“10. En lo atinente a Registro Civil e IDENTIFICACION (numeral 2 art. 47 Decreto 1010/2000).

(…)

“b) Realizar las inscripciones de todos los hechos, actos y providencias relacionados con el estado civil...

(…)

Sección Quinta, sentencia de 11 de junio de 2009 C.P. María Nohemí Hernández Pinzón Rad. 68001-23-15-000-2007-0067702; Consejo de Estado, Sección Quinta sentencia de 17 de febrero de 2005 María Nohemí Hernández Pinzón Rad. 27001-23-31-000-2003-00764-02(3441); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 17001-23-31-000-2011-00637-01 (Acumulado) y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de octubre de 2013, CP. Alberto Yepes Barreiro Rad. 19001-33-31-006-2011-00442-01.

“11. En lo atinente a la IDENTIFICACION de las personas, tramitar las solicitudes de IDENTIFICACION de los colombianos dentro del marco de las políticas trazadas por el nivel central... (numeral 3 art. 47 Decreto 1010/2000).

12. Disponer la preparación de cédulas y tarjetas de identidad, atender las solicitudes de duplicados, rectificaciones, correcciones, renovaciones, impugnaciones... y ordenar las inscripciones de cédulas (numeral 1 art. 48 Decreto 2241/86)...” (Se resalta)

10.4.2.2 Las funciones transcritas son claras, de ellas se desprende que los registradores especiales además de representar a la Registraduría Nacional del Estado Civil en sus correspondientes territorios, tienen a su cargo, entre otras, funciones relativas a la organización y realización de las elecciones, la identificación de los colombianos y la administración del registro civil, en las cuales claramente dictan orientaciones, directrices, actos y decisiones que son obligatorios para los particulares, y que demuestran, a su vez, la potestad de mando, de imposición y de dirección sobre la generalidad de las personas.

10.4.2.3 En adición, se advierte que el cargo de Registrador Especial incluye las funciones de *“Nombrar los jurados de votación (...) Reemplazar a los jurados de votación que no concurran a desempeñar sus funciones, abandonen el cargo o lo ejerzan sin la imparcialidad o corrección debidas”* así como la de *“sancionar con multas a los jurados de votación”*, todo lo cual representa una expresión de competencias de designación y remoción, así como potestades de imposición de sanciones que comporta poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas y por ende, son muestra clara del ejercicio de autoridad civil que ostenta el cargo en comento.

10.4.2.4 Ahora bien, no se desconoce que, como fue expuesto por el demandado, la Sala Electoral del Consejo de Estado, definió en su momento y respecto de los Registradores Municipales, lo siguiente:

(...) “En efecto, las funciones a que se ha hecho referencia, esto es, las que corresponden a los numerales 3° a 6° del artículo 48 del Código Electoral, sólo pueden tener lugar en el marco temporal de la preparación y realización de la jornada electoral de que se trate, pues es obvio que sólo con ocasión de los comicios es que se puede disponer el nombramiento, reemplazo o sanción de jurados de votación, lo mismo que el nombramiento de visitantes de mesas. Y lo cierto es que dicho período es perfectamente determinable, de conformidad con el calendario electoral que al efecto debió señalar la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Refuerza el argumento de la temporalidad del ejercicio del poder de mando y de sanción aludido -del cual se deriva el ejercicio de autoridad civil y administrativa en el Registrador Municipal del Estado Civil-, el hecho de que dichos poderes no tienen como destinatarios a los empleados de la Registraduría, frente a quienes ese funcionario se mantiene en permanente interacción para el desempeño de sus funciones, o frente a la generalidad de los ciudadanos, sino únicamente respecto de personas que transitoriamente son investidas de funciones públicas.

Lo anterior permite a la Sala concluir que el ejercicio de autoridad civil y administrativa que se deriva del desempeño del cargo de Registrador Municipal del Estado Civil está circunscrito al efectivo cumplimiento de las funciones que llevan implícito el poder público en función de mando o imposición, en consideración a que que, (sic) por virtud de la ley, tales funciones son transitorias, periódicas y, por tanto, no son de permanente cumplimiento.

Así las cosas, cuando quiera derivarse del desempeño del cargo de Registrador Municipal del Estado Civil la circunstancia inhabilitante que aquí se analiza, esto es, el ejercicio de autoridad civil y administrativa, será necesario demostrar, en el caso concreto, que dicho

funcionario cumplió las funciones que, de conformidad con la ley, le implican el ejercicio de esa autoridad, pues, se insiste, se trata de situaciones periódicas en el desempeño de ese cargo.⁷⁸ (Se resalta)

10.4.2.4.1 No obstante, la Sala observa que tal interpretación supone un trato especial, aislado o exceptuado para el caso de los Registradores Especiales, que resulta injustificado por contraponerse al concepto objetivo de autoridad acogido pacíficamente tanto por la Sala Electoral como por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, a partir del cual el ejercicio de autoridad civil o política no significa que para la configuración de la causal se requiera que el servidor público haya hecho uso de las atribuciones que le otorga la ley, sino que basta con que tenga atribuidas dichas funciones para afirmar que ejerció autoridad.

En efecto, en la sentencia de unificación dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en un caso de nulidad electoral asumido por razones de importancia jurídica, queda clara que para la configuración de este elemento basta que el funcionario pariente tenga atribuidas dichas funciones, pues es la potencialidad de su ejercicio lo que pone en riesgo la democracia.

Al respecto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se pronunció así:

(...) “Para que la inhabilidad por el ejercicio de autoridad civil o política se configure, no es necesario que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, basta con tenerla

A juicio de la Sala Plena, debe precisarse el alcance de la voz activa que rige la conducta atinente a la autoridad civil o política, derivada del verbo “ejercer”, que, como ya se dijo, se conjugó en presente bajo la forma verbal “ejercen”.

Dicho verbo se define como “1. Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión. 2. Hacer uso de un derecho, capacidad o virtud. 3. Realizar sobre alguien o algo una acción, influjo, etc. 4. Poner en práctica formas de comportamiento atribuidas a una determinada condición.”

Esta forma de comprender dicha inhabilidad por ejercicio de autoridad ha sido acogida en el Consejo de Estado, tanto en la Sala de Consulta y Servicio Civil, como en la Sala Plena y desde luego en la Sección Quinta. Así, la Sala que tiene a cargo la función consultiva de esta Corporación ha dicho que el ejercicio de autoridad se determina objetivamente, en razón de las funciones asignadas al cargo, motivo por el cual “No es necesario, entonces, que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, pues basta con tenerla en razón de las funciones asignadas.”

Por su parte, la Sala Plena ha considerado que la autoridad se manifiesta en la potestad de dirección o mando que un funcionario ostenta frente a los ciudadanos, “lo que se refleja en la posibilidad -no necesariamente en el ejercicio efectivo- de impartir órdenes, instrucciones o de adoptar medidas coercitivas, bien de carácter

⁷⁸ Consejo de Estado - Sección Quinta, sentencia del 28 de julio de 2005. C.P. Dario Quiñones Pinilla Rad. 25000-23-24-000-2003-01122-01(3629)

*general o particular, de obligatorio acatamiento para éstos.”*⁷⁹ (negrilla fuera de texto).

10.4.2.4.2 Y ello es así no sólo por motivo de la interpretación gramatical de la disposición, sino también conforme a su finalidad y a su utilidad.

Si la finalidad de la inhabilidad es preventiva, que busca eliminar cualquier posibilidad de desequilibrio de la contienda electoral y de deformación de la voluntad del electorado, sería ilógico y se aparta de la realidad, desconocer que la autoridad civil y política que detentan los Registradores Especiales no es temporal o transitoria, pues se les otorga potestades como la de “*sancionar con multas a los jurados de votación*”, la cual puede ejercitarse de manera efectiva en la fase de preelectoral y postelectoral.

Y así es porque pueden imponer sanciones en relación con la responsabilidad de jurados designados en votaciones anteriores y porque en todo caso, la potestad sancionatoria no se concreta durante la jornada electoral. Es decir, se detenta la potestad en forma permanente pero se ejerce materialmente antes de ella o con posterioridad a ella.

10.4.2.4.3 No es posible asentar el supuesto límite temporal o transitoriedad de la autoridad que detenta el cargo Registrador Especial, cuando actualmente el ejercicio de sus facultades, inclusive en el caso de la que corresponde al nombramiento y remplazo de jurados de votación, no se restringe de manera específica en el tiempo y puede suscitarse en diferentes momentos y jornadas de votación, como sería por ejemplo el caso en que se presenten consultas interpartidistas o se activan mecanismos de participación ciudadana.

10.4.2.4.4 La jurisprudencia de esta Corporación⁸⁰ ha fijado parámetros en relación con el análisis del ejercicio de la autoridad civil que no pueden desconocerse, porque bajo las condiciones actuales no existe justificación para analizar este caso con un criterio aislado y separado del que se tiene definido para otros cargos y funcionarios, mucho menos se puede exigir de manera exceptuada para el caso de los registradores especiales, la demostración del uso efectivo de la autoridad que detentan en razón de su cargo.

10.4.2.4.5 Sin perjuicio de lo anterior, encuentra la Sala que a folio 247 del cuaderno No. 2, obra certificación que da cuenta de que la señora Rosángela Estupiñán Calvache, mediante Resolución No. 001 del 15 de enero de 2018 y en calidad de Registradora Especial de Pasto, impuso sanción con multa pecuniaria a cada uno de los ciudadanos que se designaron como jurados de votación y que sin justa causa no se presentaron a desempeñar su función.

⁷⁹ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de febrero de 2012. C.P. Susana Buitrago Valencia. Nulidad Electoral – Importancia Jurídica. Rad. 11001-03-28-000-2010 -00063-00.

⁸⁰ Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de julio de 2015. C.P. Gerardo Arenas Monsalve Rad. 11001-03-15-000-2014-02130-00(PI)

10.4.2.4.5.1 De ello da cuenta la Resolución 001 del 15 de enero de 2018⁸¹, por medio de la cual, la Registradora Especial de Pasto Rosángela Estupiñán Calvache, impuso multa a 14 ciudadanos que fueron designados jurados de votación en las Consultas de Partidos y Movimientos Políticos que se efectuaron en dicha ciudad el 19 de noviembre de 2017.

10.4.2.4.6 Lo anterior demuestra que en el presente caso, sin perjuicio de que no resulte atinada la exigencia de prueba del ejercicio de la autoridad civil propias de los Registradores Especiales, lo cierto es que la señora Rosángela Estupiñán Calvache, **no solo detentaba autoridad civil sino que hizo uso efectivo de tales atribuciones, mediante la imposición de sanciones.**

10.4.3 En consecuencia, la Sala encuentra acreditado el tercer elemento de la causal de inhabilidad bajo estudio, pues se tiene que efectivamente la señora Rosángela Estupiñán Calvache **detentó autoridad civil e inclusive** hizo uso de las atribuciones que le otorga la ley como Registradora Especial.

10.5. Que el funcionario estuviera investido de autoridad dentro del límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico

10.5.1. Corresponde ahora, efectuar el estudio de rigor en relación con el elemento temporal de la inhabilidad consagrada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política, atendiendo el hecho que, como ya se estableció previamente, esta se configura a partir del día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día de las elecciones, inclusive.

10.5.2 Bajo tal marco, lo primero que debe determinar la Sala es los extremos temporales en el caso en concreto, frente a lo cual se evidencia lo siguiente:

10.5.2.1 En primer lugar, a folios 85 y 86 del cuaderno No. 1 obra constancia del formulario E-6, correspondiente a la solicitud para la inscripción de candidatos y constancia de aceptación de candidaturas, con el que se prueba que la **inscripción efectiva del demandado** Hernán Augusto Estupiñán Calvache, como candidato por el partido Liberal Colombiano a la Cámara de Representantes por el Departamento de Nariño 2018-2022, **fue el 10 de diciembre de 2017.**

10.5.2.1.1 De igual manera, a folios 54 a 63 del cuaderno No. 1, obra copia del formulario E26CAM del 20 de marzo de 2018, que da cuenta de la declaratoria de la elección del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño para el período constitucional 2018-2022, que da cuenta del resultado de la **elección realizada el 11 de marzo de 2018.**

10.5.2.1.2. Así las cosas, es evidente que el elemento temporal que configura la inhabilidad bajo estudio se delimita en el presente caso **entre el 10 de diciembre**

⁸¹ Expediente. Cuaderno 2. Archivo PDF nombrado CERTIFICACION1. Folio 247.

de 2017 (fecha de la inscripción de la candidatura) y el 11 de marzo de 2018 (fecha de la elección).

10.5.2.2. Ahora bien, establecido el límite temporal dentro del cual se debe verificar la configuración de la inhabilidad en el caso en concreto, corresponde ahora verificar si durante dicho período la hermana del demandado ostentó el cargo de Registradora Especial de Pasto en el departamento de Nariño.

10.5.2.2.1. Al respecto, la Sala reitera que se encuentra probado que la hermana del demandado se desempeñó como Registradora Especial del municipio de Pasto desde el **12 de enero de 2016** y que solo fue mediante **Resolución No. 363 del 16 de enero de 2018**, proferida por el señor Registrador Nacional del Estado Civil, que se ordenó el traslado de la señora Rosángela Estupiñán Calvache, del municipio de Pasto, donde ejercía sus funciones, al municipio de Palmira en el departamento del Valle del Cauca, donde tomó posesión **hasta el 23 de enero de 2018**.

10.5.2.2.2. Lo anterior, se encuentra acreditado, entre otras, con las siguientes pruebas:

- Copia del acta de posesión de la señora Rosángela Estupiñán Calvache, como Registradora Especial del Estado Civil de Pasto, del 12 de enero de 2016, en cumplimiento de la Resolución 16122 del 21 de diciembre de 2015.
- Copia de la Resolución 225 del 5 de julio de 2017, proferida por los Delegados Departamentales de la Circunscripción Electoral de Nariño, mediante la cual se encarga las funciones de ambos despachos de Registrador Especial de Pasto a la señora Rosángela Estupiñán Calvache, por el periodo del 4 de julio al 25 de julio de 2017.
- Copia de la Resolución 363 del 16 de enero de 2018, proferida por el Registrador Nacional del Estado Civil, mediante la cual se efectúa el traslado de la señora Rosángela Estupiñán Calvache, del municipio de Pasto en el departamento de Nariño al municipio de Palmira en el Departamento del Valle del Cauca.
- Acta de posesión de la señora Rosángela Estupiñán Calvache, como Registradora Especial del Estado Civil de Palmira, del 12 de enero de 2016, en cumplimiento de la Resolución 363 del 16 de enero de 2018.

10.5.3. Conforme con lo anterior, es evidente que la hermana del demandado, Rosángela Estupiñán Calvache, se desempeñó como Registradora Especial del municipio de Pasto, entre otros períodos⁸² y en cuanto incumbe al presente asunto, desde el día 12 de enero de 2016 y, cuando menos, hasta el 16 de enero

⁸² Dentro del expediente, en el medio magnético obrante a folio 247 del cuaderno No. 2 se aportaron los diferentes actos administrativos que dan cuenta de los traslados de la señora Rosangela Estupiñán Calvache, siendo el ultimo traslado documentado de la ciudad de Pasto, antes del dispuesto mediante Resolución No. 363 del 16 de enero de 2018, el dispuesto mediante Resolución 16122 del 21 de diciembre de 2015.

de 2018, período que se sobrepone a los extremos temporales de la inhabilidad acusada en el caso en concreto.

10.5.4. En consecuencia, dado que entre la fecha de inscripción del demandado como candidato al Congreso, esto es, el 10 de diciembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018, día en que fue elegido como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño, su hermana, Rosángela Estupiñán Calvache, se encontraba investida de autoridad civil, cuando menos hasta el 16 de enero de 2018, encuentra la Sala que se cumple el requisito relativo al límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico, respecto de la inhabilidad analizada.

10.6 Que las situaciones tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

10.6.1 De conformidad con el artículo 179 superior, esta inhabilidad se configura sí y solo sí, el ejercicio de la autoridad por parte del pariente tuvo lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

10.6.2 Como ya ha precisado⁸³ y reiterado recientemente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sede de pérdida de investidura⁸⁴, “(...) de acuerdo con el artículo 176 de la Carta Política, la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales; y que para la elección de Representantes a la Cámara cada Departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial, por lo que se ha concluido que los Municipios que integran un Departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y, por ello está inhabilitado para inscribirse como Representante a la Cámara quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente, o parentesco, en los términos señalados por la ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en Municipios del mismo Departamento por el cual se inscribe”.

10.6.3 Como existe certeza de que la señora Rosángela Estupiñán Calvache se desempeñó como Registradora Especial de Pasto, entidad territorial que forma parte de la circunscripción territorial de Nariño, por la cual fue candidato elegido como Representante a la Cámara su hermano, el señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache para el periodo constitucional 2018-2022, no existe duda de que las situaciones constitutivas de la inhabilidad bajo estudio, tuvieron lugar en la circunscripción en la cual se efectuó la respectiva elección.

10.7 Conclusión

10.7.1 En el presente caso, se configura la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, porque para el momento en que el Congresista se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción territorial de Nariño, su hermana ejerció autoridad civil por razón de las funciones que desempeñó como Registradora Especial en la ciudad

⁸³ Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de agosto de 2012. C.P. Hernán Andrade Rincón Rad. 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI).

⁸⁴ Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 3 de mayo de 2017. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001-03-15-000-2016-02058-00(PI).

de Pasto, siendo ésta autoridad ejercida en la misma circunscripción electoral por la cual fue elegido su hermano.

10.7.2 Conforme con las pruebas obrantes en el expediente, el demandado no podía ser elegido como Representante a la Cámara por el departamento de Nariño para el período constitucional 2018-2022, al reunirse todos los elementos constitutivos de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional.

10.8 De las excepciones invocadas por el demandado

10.8.1 La Sala Plena debe pronunciarse sobre las siguientes excepciones propuestas por el demandado: **i)** falta de configuración de los elementos estructuradores de la inhabilidad acusada en este caso y **ii)** el entendimiento que la Sección Quinta del Consejo de Estado le ha dado a la causal contenida en el numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política desde el año 2015 y las cuales, como fue advertido en audiencia inicial, deben ser definidas al interior de la presente sentencia.

10.8.2 Para el efecto, basta con señalar que en el presente caso se demostró la totalidad de los supuestos exigidos para la configuración de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 superior, situación que impone desestimar la primera excepción planteada por el demandado, con la que pretendió demostrar lo contrario.

10.8.3 En lo relativo a la interpretación que la Sección Quinta del Consejo de Estado le ha dado a la causal contenida en el numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política desde el año 2015, se advierte que la interpretación del elemento temporal aplicado en el presente caso, corresponde a la regla de unificación dictada en esta sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que coincide con el pronunciamiento unificador que en dicha materia dictó la Sala Electoral.

10.8.3.1 Aun cuando la inhabilidad se configuró, porque bajo la regla unificada el factor temporal de la inhabilidad no se limita al día de las elecciones y por ello resulta infundada la defensa planteada por el demandado en el sentido de aplicar la mencionada regla y no la que había fijado la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 16 de marzo de 2015, la Sala considera que el cambio en la jurisprudencia debe ser anunciado, en aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

11. Principio de la confianza legítima

11.1 Este principio se fundamenta en la protección de las expectativas ciertas, razonables y fundadas que tienen los administrados con relación a las actuaciones del Estado, así, ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional y de lo

contencioso administrativo que, la seguridad jurídica y la confianza legítima proyectan el principio constitucional de la buena fe consagrado en el artículo 83 superior, que irradia toda la actividad estatal, incluida la judicial.

11.2 A partir del principio de la seguridad jurídica y de la buena fe, en los administrados se pueden generar expectativas ciertas, evidentes y fundadas sobre la manera en que se regulan determinadas situaciones o eventos, de forma tal que un cambio súbito en las reglas juego o en la manera en que se interpretan las normas, puede resultar contrario a lo que razonable y fundadamente se espera de las autoridades estatales conforme a su comportamiento anterior, afectándose entonces la confianza legítima de los destinatarios.

11.3 Tal como lo señaló la Corte Constitucional, conforme con el principio de la buena fe se garantiza a los ciudadanos que *“ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. (...) Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet”*⁸⁵. (...).

11.4 Al estimarse que la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre y que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que de las normas jurídicas venía realizando, cuando el evento se presenta, los destinatarios que se vean afectados con dicha modificación en la interpretación de las disposiciones, debe respetarse el principio de la confianza legítima.

11.5 No obstante, la jurisprudencia constitucional y la de lo contencioso administrativo son pacíficas al considerar que la garantía de la confianza legítima no se opone a los cambios en la interpretación de las normas, porque ello es contrario al principio de la autonomía judicial y petrifica el sistema jurídico.

11.6 En consecuencia, con el principio de la confianza legítima se amparan unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, que se materializan en comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas, por lo que su aplicación debe ser ponderada en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

11.7 La defraudación de la confianza legítima por parte del juez se genera cuando a partir de las decisiones judiciales, el destinatario de las normas interpretadas tiene razones fundadas para confiar en la estabilidad de las interpretaciones y fundamentos plasmados en ellas, de forma reiterada y constante, pues ellas hacen

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Salvamentos de Voto de los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Alvaro Tafur Galvis.

parte del sistema de fuentes del derecho y constituyen precedente judicial, sin que aquello implique que se los jueces deban fallar en forma idéntica todos los casos, pues en virtud de los principios de autonomía e independencia, está obligado a motivar sus decisiones para apartarse de la jurisprudencia.

11.8 Teniendo en cuenta que el precedente es obligatorio porque proviene de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional y su propósito es salvaguardar los principios de igualdad, seguridad y certeza jurídicas, así como la coherencia del ordenamiento, cuando la autoridad judicial opta por modificar la interpretación de las normas que venía prohijando, debe asegurarse de no sorprender al ciudadano que resultará afectado por la nueva postura.

12. Elementos de la confianza legítima

12.1 En primer lugar, la confianza legítima supone corroborar que existen hechos claros, precisos y contundentes, de los que se puede concluir la voluntad estatal en caminata a producir determinados efectos jurídicos, así como la confianza de los administrados en tales mandatos.

12.2 En segundo lugar y a partir de las circunstancias objetivas verificadas, se requiere la legitimidad de la confianza, es decir, que la convicción del destinatario sea genuina, ajustada al derecho y a la razón y por tanto justificada en razón a la existencia de las circunstancias objetivas en las que confió

12.3 En tercer lugar, se requiere que exista toma de decisiones u oposiciones jurídicas basadas en la confianza. En otras palabras, se requiere la exteriorización de la confianza del administrado, actuando u omitiendo una conducta ante el Estado.

12.4 En cuarto lugar, es necesaria la defraudación de la confianza legítima, esto es, que se presente una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad que de manera evidente y razonable, modifique las reglas que rigen las relaciones entre los administrados y el Estado.

13. La confianza legítima en el caso concreto

Conforme a lo explicado en precedencia, la Sala considera que el Representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache actuó de buena fe al hacerse elegir para el cargo, pues tenía la plena convicción de no encontrarse inhabilitado en los términos del artículo 179.5. Ello es así porque:

13.1 La tesis de interpretación del factor temporal de la causal de inhabilidad por parentesco, prohijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que se modifica con el presente fallo, fue constante, consistente y duradera al interior de la Corporación por dos décadas.

13.2 La misma tesis que mantuvo su vigencia en la Sala Plena por dos décadas, fue la acogida y aplicada por la Sección Quinta hasta el año 2015, cuando por una sentencia unificadora la modificó.

13.2.1 Quedó verificado que en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fueron resueltos 26 casos, entre acciones de nulidad electoral y solicitudes de pérdida de investidura, y en todas las decisiones se hizo referencia a que el factor temporal de la causal de inhabilidad se concretaba el día de los comicios.

13.2.2 Aun cuando ninguno de los mencionados asuntos, resueltos por la Sala Plena, supuso resolver un problema jurídico idéntico al que se planteó en el presente proceso de nulidad electoral, para aquellos casos en los que la pretensión de nulidad electoral o la de pérdida de investidura salió avante, el elemento temporal se configuró porque el día de los comicios el pariente del Congresista elegido ejerció autoridad civil o política.

13.2.3 El último pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el que se hizo referencia a la configuración del elemento temporal el día de los comicios, se dictó el 3 de mayo de 2017 con ponencia del Magistrado Gabriel Valbuena Hernández, es decir, fue posterior al cambio de tesis que acogió la Sección Quinta mediante sentencia del 26 de marzo de 2015.

13.2.4 Que la reiteración efectuada por la Sala Plena en la sentencia de 2017, acerca de la configuración del factor temporal el día de los comicios, generó una situación de duda y confusión sobre la existencia, validez y aplicación de la tesis fijada por la Sección Quinta y sobre la prevalencia de una decisión o de otra, tanto en el ámbito de la nulidad electoral como en el de la pérdida de investidura.

13.2.5 La sentencia unificada de la Sección Quinta anunció la jurisprudencia en aplicación de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, de tal manera que, al ser este el único caso de los fallados en la Corporación que guarda identidad con el que ahora nos ocupa, constituye un antecedente judicial aplicable en el *sub judice*.

13.3 Conclusión

13.3.1 La Sala encuentra plenamente acreditados en este proceso los elementos de la confianza legítima, pues la jurisprudencia constante y reiterada de la Corporación configura una base sólida y objetiva a partir de la cual, el demandado confió, genuinamente y justificadamente, en que la inhabilidad por parentesco sólo se configuraba si el pariente ejercía autoridad el día de los comicios, pues así lo había dicho la Sala Plena lo que no ocurrió en el presente caso, pues su hermana fue trasladada como Registradora Especial a otro departamento.

13.3.2 Conforme con tal convicción fue avalado por su partido, inscribiéndose como candidato a Representante a la Cámara por el departamento de Nariño, pese a que su hermana era Registradora Especial de Pato para dicha fecha y ejercía autoridad civil y política. Hecho este que permite verificar que a partir de la

confianza justificada, el Representante a la Cámara exteriorizó su voluntad bajo la creencia de no encontrarse inhabilitado por la causal estudiada.

13.3.3 Se colige que en el caso concreto los efectos de este fallo en cuanto al actual entendimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con relación al factor temporal del numeral 5 del artículo 179 Constitucional, no pueden concretarse en la declaratoria de nulidad de la elección demandada, so pena de desconocer la confianza legítima y vulnerar el derecho fundamental a ser elegido de quien hoy ostenta la calidad de demandado, así como el derecho a elegir de los electores, quienes depositaron su mandato democrático en quien tenía la plena convicción de reunir todos los requisitos de elegibilidad exigidos por el ordenamiento.

13.3.4 Corolario, en aplicación del principios de la confianza legítima y del seguridad jurídica, no es viable declarar nula la elección de Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, porque aquel actuó con base en la jurisprudencia que al momento regía para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que ostenta el más alto nivel decisorio del Consejo de Estado, órgano de cierre jurisdiccional.

13.3.5 Atendiendo a los postulados del principio de confianza legítima y de la seguridad jurídica, no es posible declarar la nulidad del acto contenido en el formulario E26 CA del 20 de marzo de 2018, en cuanto refiere a la declaratoria de elección del señor **Hernán Gustavo Estupiñán Calvache** como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño para el período constitucional 2018-2022.

14. Jurisprudencia anunciada

Sobre la base de las consideraciones expuestas en esta providencia respecto del entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional, cual es, que la inhabilidad se configura desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día en que se realiza la elección, inclusive, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo advierte que la regla unificada tendrá aplicación a partir del próximo proceso electoral que se lleve a cabo para elegir Congresistas.

15. Otras decisiones

15.1. La demandante, el 2⁸⁶ y 8⁸⁷ de octubre de 2018, presentó *“memorial aclaratorio frente al Auto que resuelve solicitud de dar trámite a la Sala Plena del Consejo de Estado por necesidad de sentar jurisprudencia”*, a efectos de expresar su *“inquietud y desacuerdo frente a la decisión adoptada”* y en el cual, en síntesis, señaló que el auto de 25 de septiembre de 2018 viola el principio de *“legítima confianza”* en las decisiones judiciales, pero sin que se elevara solicitud de revocatoria, modificación, adición ni aclaración del auto proferido por la Sala Plena.

⁸⁶ Folios 480 a 485 vuelto del cuaderno No. 3.

⁸⁷ Folios 490 a 495 vuelto del cuaderno No. 3.

15.1.1. Al respecto, a juicio de la peticionaria, el auto de 25 de septiembre de 2018 se constituye un cambio intempestivo frente a la interpretación del factor temporal de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política, frente a la cual ya existía sentencia de unificación proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

15.1.2. Frente a lo anterior, encuentra la Sala que el memorial presentado por el demandante no refiere a ningún medio de impugnación, lo cual en todo caso resultarían improcedente de conformidad con el artículo 271 del CPACA, ni tampoco refiere a una actuación que sea propia del trámite y oportunidades procesales previstas para el proceso de nulidad electoral, motivo por el cual no hay lugar a tener en cuenta el sentido del escrito contentivo del memorial presentado por la actora.

15.2. De otra parte y revisado el expediente, se observa que mediante escrito del 28 de septiembre de 2018, el abogado Jose Manuel Abuchaibe Escolar presentó renuncia al poder que le fuera conferido por la demandante.

15.2.1. Como la renuncia presentada no fue allegada junto con la comunicación enviada al poderdante, situación frente a la cual, se debe tener en cuenta lo consagrado en el artículo 76⁸⁸ del Código General del Proceso, por lo que se requerirá al abogado Jose Manuel Abuchaibe Escolar, para que allegue la comunicación enviada al poderdante informando la renuncia al poder que le fuera conferido, a efectos de tenerla en cuenta dentro del presente trámite.

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

VI. RESUELVE:

PRIMERO: UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA en el sentido de señalar que la interpretación del elemento temporal de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella que **configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día en que se realiza la elección, inclusive**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia respecto del entendimiento del factor temporal de

⁸⁸ “**Artículo 76. Terminación del poder.** El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso. (...) La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, **acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.** (...)” (Se resalta).

la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional tendrán aplicación desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: REQUERIR al abogado José Manuel Abuchaibe Escolar, para que allegue la comunicación enviada al poderdante informando la renuncia al poder que le fuera conferido, so pena de no tenerla en cuenta dentro del presente trámite.

QUINTO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN CON JURISPRUDENCIA ANUNCIADA – Debió aplicarse respecto a elecciones periodo 2018-2022

[L]a Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 26 de marzo de 2015, en un asunto de nulidad electoral con similares supuestos fácticos y jurídicos al *sub examine*, ya había establecido una regla de interpretación respecto al factor temporal de la inhabilidad contemplada en el artículo 179.5 Constitucional, en el mismo sentido (...) En esa ocasión, la Sección Quinta advirtió que, en garantía de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, haría uso de la figura de la jurisprudencia anunciada, de modo que no aplicaría a ese asunto la regla antes mencionada y que esta regiría para resolver asuntos originados en las elecciones parlamentarias del periodo 2018-2022 (...) el presente asunto trata del medio de control de nulidad electoral, en el cual se efectúa un control objetivo de legalidad del acto de elección, frente al cual la Sección Quinta estableció un criterio interpretativo jurisprudencial vinculante y que debió ser aplicado en el presente asunto

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 179

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

Actor: DORA MARCELA CHAMORRO CHAMORRO

Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN

Con respeto por las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, me permito apartarme de la decisión mayoritaria, por las razones que se pasan a explicar:

Es acertada la regla de interpretación establecida sobre el factor temporal de la inhabilidad prevista en el artículo 179.5 superior, en el sentido de precisar que dicha inhabilidad se configura desde el momento de la inscripción del candidato, hasta la declaratoria de su elección, comoquiera que dicha conclusión procede de un juicioso estudio sustentado en una hermenéutica gramatical, sistemática, histórica y teleológica de la norma.

Frente al caso concreto, se expresó que, analizado el acervo probatorio, están acreditados cada uno de los elementos que conforman la configuración de la señalada causal de nulidad, esto es: i) la existencia del vínculo o parentesco entre el electo y quien ejerce autoridad política o civil; ii) la calidad de funcionario público del pariente de quien resultó electo, pues la señora Rosangela Estupiñán Calvache, hermana del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, se desempeñó como registradora Especial del Municipio de Pasto; iii) que el funcionario ostente, en el marco de sus funciones, autoridad civil o política, pues el cargo de Registrador Especial ocupado por la hermana del demandado detenta autoridad civil y, además, hizo uso de tales atribuciones, mediante la imposición de sanciones; iv) que la funcionaria estuviera investida de autoridad dentro del límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico; v) que las situaciones tengan lugar en la circunscripción en la cual se efectuó la elección.

En el presente asunto están demostrados de manera clara y suficiente los elementos que conforman la configuración de la inhabilidad contemplada en la causal 5ª del artículo 179 de la Constitución Política.

Sin embargo, en aplicación de la figura de la jurisprudencia anunciada⁸⁹, no se declaró la nulidad del acto contenido en el formulario E26 CA del 20 de marzo de 2018, en cuanto refiere a la declaratoria de elección del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño para el período constitucional 2018-2022, en atención de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

Frente al anterior punto, es necesario advertir que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 26 de marzo de 2015⁹⁰, en un asunto de nulidad electoral con similares supuestos fácticos y jurídicos al *sub examine*, ya había establecido una regla de interpretación respecto al factor temporal de la inhabilidad contemplada en el artículo 179.5 Constitucional, en el mismo sentido en el que se hizo en la presente decisión, esto es, que dicha inhabilidad opera desde el momento de la inscripción de la candidatura ante la Registraduría Nacional del Estado Civil hasta que se declare la elección respectiva.

En esa ocasión, la Sección Quinta advirtió que, en garantía de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, haría uso de la figura de la **jurisprudencia anunciada**, de modo que no aplicaría a ese asunto la regla antes mencionada y que esta regiría para resolver asuntos originados **en las elecciones parlamentarias del periodo 2018-2022**, lo cual quedó plasmado en la parte resolutive del fallo, así:

SEGUNDO: ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia respecto del entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional tendrán aplicación desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes, es decir, las concernientes al período 2018-2022.

⁸⁹ Si bien se precisó la interpretación del factor temporal de la causa de inhabilidad, la figura de la jurisprudencia anunciada implica que la aplicación de la regla debe ser acatada a futuro y no para el caso concreto.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 26 de marzo de 2015, expediente número 11001-03-28-000-2014-00034-00, actor Guillermo Palacio Vega y otro, demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro (E).

Es decir, que para el momento en que se profirió el presente asunto, la Sección Quinta de esta Corporación ya había establecido un criterio interpretativo vinculante respecto a la inhabilidad prevista en el artículo 179.5 superior, el cual era aplicable precisamente a las elecciones de Congresistas para el periodo 2018-2022.

Debe tenerse en cuenta que el presente asunto trata del medio de control de **nulidad electoral**, en el cual se efectúa un control objetivo de legalidad del acto de elección, frente al cual la Sección Quinta estableció un criterio interpretativo jurisprudencial vinculante y que debió ser aplicado en el presente asunto.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones de mi salvamento de voto.

MILTON CHAVES GARCÍA

INHABILIDADES – Taxatividad / CAUSALES DE INHABILIDAD – Análisis restrictivo / CAUSAL DE INHABILIDAD ANALIZADA – Solo puede tener lugar el día de los comicios

[L]as causales de inhabilidad son taxativas (...) las causales de inhabilidad sólo resultan pasibles de análisis bajo un criterio restringido, sin que sea dable aplicarlas extensivamente a situaciones no previstas expresamente en la norma que las consagra. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad y por esta vía el derecho fundamental al debido proceso del artículo 29 constitucional. Teniendo en cuenta lo anterior, estimo que la interpretación que se revela como respetuosa de los principios de legalidad y taxatividad, consiste en señalar que la estructuración temporal de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 179-5 de la Constitución Política tiene lugar el día de la elección correspondiente, dado que la norma prevé un supuesto de inelegibilidad como congresista, mas no una cortapisa para ser candidato a un cargo de elección popular. Este criterio concuerda con lo prescrito en el artículo 280 de la Ley 5 de 1992, según el cual no podrán ser elegidos congresistas quienes se encuentren incursos en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución, con lo que se ratifica que su configuración afecta la elección, cosa que solo puede tener lugar el día de los comicios

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA CONSEJERA MARTA NUBIA
VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

Actor: DORA MARCELA CHAMORRO CHAMORRO

Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala mayoritaria, me permito expresar las razones que me llevaron a salvar el voto respecto de la decisión adoptada a través de la providencia de 29 de enero de los corrientes, en lo que tiene que ver con el alcance de la unificación jurisprudencial respecto de la interpretación de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

En este sentido se tiene que en la providencia materia de salvamento se señaló que la interpretación del elemento temporal de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 constitucional, que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella que configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día en que se realiza la elección, inclusive, postura que se acogió como jurisprudencia anunciada con aplicación a partir de las próximas elecciones para el congreso de la República

Sobre este particular aspecto considero, respetuosamente, que la inhabilidad no puede estructurarse a partir del día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular, dado que, si bien el artículo 179-5 de la Carta Política contiene una laguna en cuanto al factor temporal en que debería enmarcarse la causal de inhabilidad que allí se consagra, dicho vacío debe ser superado a través de una interpretación restrictiva, en la medida en que se trata de una disposición que busca limitar el ejercicio de derechos políticos *-tales como los derechos a elegir y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos-*, los cuales deben concordarse con el derecho al debido proceso.

Consecuentemente, las causales de inhabilidad son taxativas y operan de manera restrictiva en los casos, bajo las condiciones y con las consecuencias que la Carta Política o la ley establecen, lo que significa que

sólo la configuración de los supuestos fácticos y/o jurídicos que allí se consagran como causales de inhabilidad pueden dar lugar, en un caso concreto, a declarar la nulidad de la elección o la pérdida de investidura, según corresponda.

En estas condiciones, las causales de inhabilidad sólo resultan pasibles de análisis bajo un criterio restringido, sin que sea dable aplicarlas extensivamente a situaciones no previstas expresamente en la norma que las consagra. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad y por esta vía el derecho fundamental al debido proceso del artículo 29 constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, estimo que la interpretación que se revela como respetuosa de los principios de legalidad y taxatividad, consiste en señalar que la estructuración temporal de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 179-5 de la Constitución Política tiene lugar el día de la elección correspondiente, dado que la norma prevé un supuesto de inelegibilidad como congresista, mas no una cortapisa para ser candidato a un cargo de elección popular.

Este criterio concuerda con lo prescrito en el artículo 280 de la Ley 5 de 1992, según el cual no podrán ser elegidos congresistas quienes se encuentren incurso en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución, con lo que se ratifica que su configuración afecta la elección, cosa que solo puede tener lugar el día de los comicios.

En este sentido, con el mayor respeto por la decisión en comento, dejo expresado mi salvamento parcial de voto.

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Consejera de Estado

FINALIDAD DE LA INHABILIDAD ANALIZADA – Orientada a evitar concentración de poder en una circunscripción electoral el día de las elecciones

[A]unque no comparto el alcance que se le dio a la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, acompañé la decisión mayoritaria con el único propósito de lograr consenso en la materia y brindar certeza jurídica para la decisión de casos futuros, como quiera que la tesis que se adopta en esta sentencia será aplicable para los procesos de pérdida de investidura y nulidad electoral. (...) [T]rátase de una omisión o de la intención “evidente” del constituyente, lo que sí debe tenerse en cuenta es que la finalidad de esa inhabilidad no es otra que evitar la concentración de poder en una circunscripción electoral para el día de las elecciones, que es el momento en el que se pueden concretar –no antes- las presiones indebidas o la influencia sobre el electorado. La finalidad de esta causal de inhabilidad no era la de evitar una desigualdad en la contienda electoral. Si esa hubiere sido la intención del constituyente, así se hubiera dejado plasmada en la propuesta o, al menos, se hubiera discutido expresamente el factor temporal como se hizo para las otras inhabilidades. (...) En ese sentido, se insiste, el verdadero sentido y finalidad de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución es evitar la acumulación de dignidades y poderes en un solo núcleo familiar y la misma se configura, por expresa intención del constituyente, el día de las elecciones

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

Actor: DORA MARCELA CHAMORRO CHAMORRO

Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN

Temas: Certeza jurídica. Jurisprudencia anunciada. Alcance de la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política- Parentesco- Factor temporal.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, me permito aclarar el voto favorable otorgado a la sentencia proferida en el proceso de la referencia, por la que se unificó la jurisprudencia “en el sentido de señalar que la interpretación del elemento temporal de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella que configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día en que se realiza la elección, inclusive”.

Estoy de acuerdo con la decisión de negar las pretensiones de la demanda y de que la tesis adoptada por la Sala sea aplicable únicamente a partir de las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes –jurisprudencia anunciada-.

Sin embargo, debo advertir que, aunque no comparto el alcance que se le dio a la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, acompañé la decisión mayoritaria con el único propósito de lograr consenso en la materia y brindar certeza jurídica para la decisión de casos futuros, como quiera que la tesis que se adopta en esta sentencia será aplicable para los procesos de pérdida de investidura y nulidad electoral.

Las razones jurídicas que me permiten entender de forma diferente la inhabilidad prevista en el artículo 179-5 de la Constitución pueden sintetizarse en cinco argumentos:

1. Restricciones legítimas a los derechos políticos en una sociedad democrática – Convención Americana de Derechos humanos

1.1.- De acuerdo con el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹¹, los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental en el sistema interamericano, que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático.

En el sistema interamericano, la relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. En ese instrumento se señala que: “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

Por esa razón, la CIDH ha considerado que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”⁹².

1.2.- El artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.

⁹¹ Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005. Caso Castañeda Gutman vs. México, sentencia del 6 de agosto de 2008. Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia del 1º de septiembre de 2011.

⁹² Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman vs. México, sentencia del 6 de agosto de 2008.

Además, prevé la obligación de los estados de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como lo advirtió la CIDH “es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”⁹³.

Esta obligación positiva consiste, entre otras acciones y según lo explica la CIDH, en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, “para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y **establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado**”⁹⁴ (negritas propias).

1.3.- La participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

Como lo ha reconocido la CIDH,

“... el derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (...).

La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales **los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa**⁹⁵ (negritas propias).

En ese sentido, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que **la ley de cada estado puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades de los derechos políticos** en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

⁹³ Ibídem.

⁹⁴ Ibídem.

⁹⁵ Ibídem.

1.4.- En palabras de la CIDH, las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos políticos:

“... tiene como propósito único – a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales – evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. **Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos**⁹⁶” (negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, es posible concluir que la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución es una restricción al ejercicio y goce de los derechos políticos proporcional y razonable, atendiendo su finalidad y siempre que se interprete de la manera más favorable a la protección de ese derecho fundamental.

1.5.- No puede perderse de vista que la CIDH ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir –mediante un fallo, por ejemplo- los derechos y libertades consagrados en la Convención⁹⁷.

Entre esos requisitos se encuentra el de la “legalidad de la medida restrictiva”, esto es, que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley.

Por tal razón, en caso de dudas interpretativas –como sucede en el presente proceso-, debe adoptarse la solución que menos afecte este derecho político fundamental.

2. Aplicación del principio de legalidad y favorabilidad en materia de inhabilidades

2.1.- Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de un congresista o impide serlo. Tener una inhabilidad, por tanto, es tener una situación fáctica que, en principio, hace que la persona en cuestión no sea ‘hábil’ para poder desempeñar una determinada función o labor.

En otras palabras, las inhabilidades son entendidas como aquellas circunstancias que impiden una elección o designación en un cargo. En tal sentido, han sido definidas por el Consejo de Estado como aquellas “restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de

⁹⁶ Ibídem.

⁹⁷ Ib.

cargos o funciones públicas con el fin de rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad, el acceso a la función pública”⁹⁸.

2.2.- La Sala de Consulta y Servicio Civil ha destacado, como características de las inhabilidades las siguientes:

- i) Impiden obtener un empleo u oficio, o continuar en su ejercicio.
- ii) Limitan el acceso a los cargos públicos, de tal suerte que constituyen una restricción al derecho a participar en la conformación del poder político.
- iii) Tienen como propósito asegurar la prevalencia del interés general, mantener el equilibrio en el proceso electoral, evitar el nepotismo e impedir la ocurrencia de presiones o influencias indebidas sobre el electorado con miras a beneficiar a un candidato.
- iv) Son de interpretación restrictiva, y por tanto no susceptibles de aplicación extensiva o analógica.
- v) Son taxativas.
- vi) Preservan los principios de moralidad, transparencia, imparcialidad e igualdad.
- vii) En los términos del artículo 293 de la Constitución Política, deben ser establecidos por el legislador.⁹⁹

2.3.- Ahora bien, la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 superior debe ser interpretada atendiendo a los principios de legalidad y favorabilidad, considerando lo siguiente:

(i) La inhabilidad de la referencia constituye una restricción al derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político – artículo 40 C.P-, por tal razón, la estructuración clara y precisa de sus elementos, representa una garantía jurídica y social para los administrados.

Si bien las inhabilidades limitan el acceso a los cargos públicos por razones de moralidad, transparencia, imparcialidad e igualdad, no debe perderse de vista que ellas restringen un derecho fundamental y sustancial del sistema político, como lo es contribuir a la organización social desde los cargos de elección popular.

(ii) En materia de restricción a los derechos fundamentales aplican altos estándares de interpretación y claridad de las normas que los restringen.

En efecto, frente a dos posibles interpretaciones de una norma que consagra inhabilidades en materia electoral rige el denominado principio *pro favor libertatis*, en virtud del cual, debe adoptarse aquella interpretación que limita en menor medida el derecho fundamental. En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha señalado que “bajo la interpretación del principio ‘pro libertate’, frente a dos

⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 5 de julio de 2007. Radicado 1831

⁹⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de julio de 2018. Radicado 2391.

posibles interpretaciones de una norma en materia de inhabilidades debe adoptarse aquella que limita en menor extensión los derechos fundamentales.”¹⁰⁰

Aunado a lo anterior, las limitaciones deben ser interpretadas de manera restrictiva y taxativa, de forma tal que se afecte en la menor medida posible el ejercicio de los derechos políticos. En tal sentido, la constitución o la ley deben establecer tales restricciones de manera expresa y clara, bajo el estricto respeto al principio de legalidad.

(iii) Finalmente, puede señalarse que la delimitación precisa del ámbito temporal a partir del que se configura la inhabilidad es garantía para quien aspira a ejercer legítimamente el poder político.

Por lo tanto, la definición del momento a partir del cual aplica la restricción de la inhabilidad, es de competencia de la Constitución o de la ley y no de la interpretación judicial. Esto garantiza, además, el derecho fundamental a ejercer los derechos políticos de los ciudadanos.

3. Interpretación histórica y finalista de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución

3.1.- En la sesión del 29 de abril de 1991 de la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, el constituyente Nieto Roa expresamente propuso la consagración de la causal de inhabilidad que ocupa el estudio actual de la Sala en los siguientes términos:

“... debe ser mirado con mucho rigor, el caso de la concentración familiar del poder y por eso me atrevo a proponer (...) un artículo tercero que diga tampoco podrán ser elegidos en una misma circunscripción (...) personas vinculadas entre sí por matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, el segundo de afinidad o primero civil; pero con la advertencia (...) de que esta inhabilidad debe cobijar a los miembros de una misma familia a lo largo del periodo constitucional correspondiente (...) yo propongo una simultaneidad jurídica, entendiendo que está vedada la elección de parientes, cuando existiendo, estando en curso el periodo de uno de ellos, se produce una elección para otro cargo o para una función pública, en la que intentaría obtener la investidura un pariente de quien ya está elegido”¹⁰¹ (subrayas fuera de texto).

Como se observa, el propósito inicial de la disposición era establecer una prohibición de elegibilidad como congresista de quien tuviera parientes ejerciendo un cargo y así evitar que desarrollaran actividades simultáneamente, con el fin de impedir la concentración del poder en un solo grupo de familiares.

Tal como se desprende de las discusiones de la Asamblea, la disposición como fue propuesta no tuvo acogida, pues el texto de la inhabilidad aprobado por la Comisión Tercera limitó el factor temporal de la inhabilidad a los seis meses anteriores a la elección –no la mantuvo para todo el período constitucional-¹⁰².

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de julio de 2018. Radicado 2391.

¹⁰¹ Antecedentes Artículo 179 de la Constitución Política, Biblioteca Consejo de Estado, págs. 11 y 12.

¹⁰² Informe de la sesión de la Comisión Tercera del día 3 de mayo de 1991, Asamblea Nacional Constituyente, Biblioteca del Banco de la República, págs. 5, 16-17.

3.2.- Según el informe de la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente del día 3 de mayo de 1991¹⁰³ las dos propuestas sobre ese numeral siempre incluyeron el elemento temporal.

La propuesta del constituyente Rodríguez Céspedes decía: “los ciudadanos ligados por matrimonio o parentesco en primer grado de consanguinidad, afinidad o civil, con servidores públicos que en la respectiva circunscripción ejerzan o hubieren ejercido durante los seis meses anteriores a la elección funciones de jurisdicción, autoridad o mando”.

Por su parte, el constituyente Nieto Roa propuso el siguiente texto: “tampoco podrían ser elegidas las personas ligadas por parentesco en primer grado de consanguinidad, primero civil o afinidad con funcionarios públicos que en las respectivas circunscripciones ejerzan o hubieren ejercido durante los seis meses anteriores a la elección funciones de jurisdicción, autoridad o mando”.

Sin embargo, en la discusión y votación de la Sesión Plenaria del día 6 de junio de 1991 se eliminó ese factor temporal, sin efectuarse una discusión al respecto, pues los debates se centraron en la conveniencia de que fuera el constituyente o el legislador el que definiera los grados de parentesco o afinidad que configurarían esa causal¹⁰⁴.

Las propuestas que se discutieron y votaron en la sesión plenaria del 6 de junio fueron las siguientes:

Tesis1: “No podrán ser elegidos congresistas quienes:

- a) Tengan los vínculos o los grados de parentesco que la ley determine con funcionarios que ejerzan jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar.
- b) Estén ligados por matrimonio, o por parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero civil o de afinidad, con funcionarios públicos que en la respectiva circunscripción ejerzan o hubieren ejercido dentro de los seis meses anteriores a la elección funciones de jurisdicción, autoridad o mando”.

Tesis 2: “Tampoco podrán ser elegidas las personas ligadas por matrimonio, o por parentesco en primer grado de consanguinidad, primero civil o de afinidad, con funcionarios públicos que en la respectiva circunscripción ejerzan o hubieren ejercido dentro de los seis meses anteriores a la elección, funciones de jurisdicción, autoridad o mando”.

En el acta de la discusión y votación quedó consignado lo siguiente:

“Página novena, Señor Presidente. Hay dos propuestas de la Comisión Accidental y una alternativa del Señor Delegado Juan Carlos Esguerra, que también es conjunta con el Señor Delegatario Hernando Yepes. La primera propuesta de la comisión, la distinguida con la letra A, remite el tema a la definición legal, los vínculos o grados de parentesco que haya entre los candidatos y quienes ejerzan jurisdicción o autoridad, como más adelante se dirá en el

¹⁰³ Ibídem.

¹⁰⁴ Informe de la sesión de la Sesión Plenaria del día 6 de junio de 1991, Asamblea Nacional Constituyente, Biblioteca del Banco de la República, págs. 56-57, 81-82.

párrafo dentro de la respectiva circunscripción. La segunda propuesta de la comisión distinguida con la letra B, define el tema constitucionalmente de una vez dice quienes estén ligados por vínculo matrimonial o el parentesco en los grados que ahí se señale, un poco los mismo términos es la propuesta del señor Delegatario Juan Carlos Esguerra.

Constituyente Castro y para circunscripción nacional un pariente de un Ministro, por ejemplo, no puede estar en una institución nacional.

De acuerdo.

Muy bueno.

El pariente del juez de Caparrapí tampoco.

Bien, se somete a votación, como ordinal sexto la alternativa A de la subcomisión, los que estén a favor levanten la mano.

Uno, dos... cuarenta con el doctor Hoyos, cuarenta en favor.

Los que estén por la negativa.

Uno, dos... seis en contra.

Las abstenciones.

Unos, dos... dieciséis abstenciones.

Resultado.

Cuarenta a favor, seis en contra, dieciséis abstenciones, en consecuencia ha sido aprobada la propuesta A.

Se somete a votación la propuesta alternativa del Delegatario Juan Carlos Esguerra. Los que estén por la afirmativa sírvanse levantar la mano.

Perdón si ya fue votada...

Se aprobó la primera.

La A, por ley.

Sí, excluye la del doctor Esguerra”.

3.3.- Si bien es cierto que las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente no dan mayores elementos sobre la motivación de la decisión de eliminar el elemento temporal de la causal de inhabilidad, lo cierto es que de la redacción de las propuestas que fueron sometidas a votación es claro que el elemento temporal se quiso limitar al día de las elecciones.

Obsérvese que la propuesta que no fue aprobada utilizaba los verbos “ejercen o hubieren ejercido”, mientras que el texto aprobado sólo se refirió a la circunstancia presente, que hace relación al día de la elección, por lo que únicamente usó el verbo “ejercen”.

De hecho, ese entendimiento fue puesto de presente por la Comisión Codificadora que, atendiendo esa intención o intelección del texto aprobado y/o la facultad de que tenía el legislador para definir el asunto, se abstuvo de hacer precisión adicional:

“... 6º Tengan los vínculos o los grados de parentesco que la ley determine con funcionarios que ejercen jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar; ahora, yo no sé si ahí hay una imprecisión en cuanto cuándo hay que tener esos vínculos no es cierto, en el momento de la elección o no hay necesidad de decirlo¹⁰⁵.”

Que la ley lo determine” (subrayas propias).

3.4.- En todo caso, trátase de una omisión o de la intención “evidente” del constituyente, lo que sí debe tenerse en cuenta es que la finalidad de esa inhabilidad no es otra que evitar la concentración de poder en una circunscripción electoral para el día de las elecciones, que es el momento en el que se pueden concretar –no antes- las presiones indebidas o la influencia sobre el electorado.

La finalidad de esta causal de inhabilidad no era la de evitar una desigualdad en la contienda electoral. Si esa hubiere sido la intención del constituyente, así se hubiera dejado plasmada en la propuesta o, al menos, se hubiera discutido expresamente el factor temporal como se hizo para las otras inhabilidades.

3.5.- La finalidad de esta causal de impedimento fue también reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-415 de 1994.

En esa sentencia se dijo que con “las hipótesis de los numerales 5 y 6 del art. 179 de la C.P., se elimina la posibilidad de ser congresista para la persona perteneciente a un grupo familiar en el cual uno de sus miembros ejerza autoridad civil o política. También se podría aducir que el miembro del grupo familiar que primero accede al servicio público, impide que los restantes posteriormente puedan hacerlo. No obstante, ésta no es la prohibición sino su consecuencia, y la misma se justifica a la luz del precepto prohibitivo y de su finalidad, que no es otra que la de evitar que el poder político se acumule en una misma familia. No es posible perseguir este fin sin que ese efecto se produzca. El Constituyente simplemente consideró que la promoción del interés general justificaba con creces el sacrificio individual que llegare a presentarse”.

¹⁰⁵ Informe de la sesión de la Sesión de la Comisión Codificadora del día 11 de junio de 1991, Asamblea Nacional Constituyente, Biblioteca del Banco de la República, pág. 7.

En ese sentido, se insiste, el verdadero sentido y finalidad de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución es evitar la acumulación de dignidades y poderes en un solo núcleo familiar y la misma se configura, por expresa intención del constituyente, el día de las elecciones.

Así pues, si uno de los extremos implicados en el supuesto normativo deja de desplegar autoridad civil o política antes de que el candidato sea elegido como congresista, obviamente no habrá acumulación de poderes o funciones en una misma familia por lo que no se configuraría esa inhabilidad.

4. Interpretación gramatical de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución

Una interpretación gramatical de la norma en estudio permite concluir que el hecho invalidante que se predica del familiar de quien aspira a ser elegido se presenta en el momento justo de la elección.

En efecto, el verbo “ejercer” que rige la conducta referida a la autoridad civil o política está conjugado en presente, en armonía con el encabezado del artículo 179 que prevé “No podrán ser congresistas”.

Esa conjugación permite concluir que el ejercicio de autoridad que inhabilita para ser elegido congresista es aquel que se concreta el día de las elecciones.

En otras palabras, “al decir la causal 5ª en su parte respectiva que la relación conyugal, de compañero (a) permanente o de parentesco debe darse con funcionarios que ejercen autoridad civil o política, está revelando que la conjugación del verbo ejercer está en presente y que ese tiempo coincide con el de las elecciones puesto que se armoniza con el encabezado del artículo 179 Constitucional que expresa: No podrán ser congresistas, de tal manera que la prohibición inmersa en la causal estudiada se desarrolla única y exclusivamente el día de las elecciones, ya que se es Congresista en ese día, porque es al cabo de la jornada electoral cuando se configura el evento constitutivo del derecho así el acto que declara la elección sobrevenga días después, pues se trata de un acto meramente declarativo de una decisión popular asumida el día de las elecciones”¹⁰⁶.

Además, como lo ha manifestado la Sala, el artículo 280 de la Ley 5 de 1992 “clarifica que la inhabilidad constituye un impedimento para ‘ser elegido’, circunstancia que, en términos de esta causal, se presenta el día en que se realizan las elecciones, al margen de la posterior formalización de los resultados, mediante actos administrativos, que corresponden a la Organización Nacional Electoral”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expedientes acumulados: 110010328000200600067, 20000071, 200600072, 200600073, 200600075 y 200600076-00 (4001, 4005, 4006, 4007, 4009 y 4010). Actor: Luis Oscar Rodríguez Ortiz y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por Cundinamarca.

¹⁰⁷ Sentencia Sala Plena de 15 de febrero de 2011, Exp. 2010-01055 PI, M.P. Enrique Gil Botero.

Esta interpretación ha sido sostenida por más de diez años y de manera reiterada por la Sala Plena de la Corporación, incluso después de la sentencia de unificación de la Sección Quinta¹⁰⁸.

5. Último precedente de la Sala Plena Contenciosa

Posterior a las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado, proferidas el 26 de marzo de 2015¹⁰⁹ y 9 de abril de 2015¹¹⁰ en donde se estableció que la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución se configura “desde el día de **inscripción** de la candidatura al cargo de elección popular hasta el día en el que se lleve a cabo la votación para la elección respectiva”, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de pérdida de investidura del 3 de mayo de 2017¹¹¹, ratificó el criterio que venía expresando en la materia, al indicar que tal circunstancia de inelegibilidad tiene como punto de referencia la fecha misma de la **elección**.

En términos concretos, en esa providencia se manifestó:

En tratándose de establecer si un Congresista se encuentra incurso o no en la causal de pérdida de investidura a que se refiere el numeral 5º artículo 179 C.P., la Sala Plena del Consejo de Estado ha puesto de presente que deben reunirse los siguientes supuestos: Que el candidato al Congreso tenga vínculo de matrimonio, unión permanente, o parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil con un funcionario que ejerza autoridad civil o política en la correspondiente circunscripción territorial, **“el día en que se llevan a cabo las elecciones”**⁴ *[Reiterados en Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 21 de agosto de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI) Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón]*.

Según lo estima el solicitante, el tiempo durante el cual opera la inhabilidad por él invocada es de un año previo a la fecha de la elección y a ese respecto se refiere al “año inhabilitante”. No obstante lo anterior, **la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mantiene la tesis de que “para incurrir en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución”, el pariente del congresista elegido debería estar ejerciendo autoridad el día en el que se celebraron las elecciones:**

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 23 de enero de 2007 (exp. 706-01), 22 de marzo de 2007 (exps. 110010328000200600067, 20000071, 200600072, 200600073, 200600075 y 200600076-00), 15 de febrero de 2011 (exp. 2010-01055), 20 de febrero de 2012, (exp. 11001-03-28-000-2010-00063-00) y 3 de mayo de 2017 (exp. 11001-03-15-000-2016-02058-00).

¹⁰⁹ C. P. Alberto Yepes Barreiro (E), rad. 11001-03-28-000-2014-00034-00, actor: GUILLERMO PALACIO VEGA Y OTRO, demandado: León Darío Ramírez Valencia como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, período 2014-2018.

¹¹⁰ C. P. Susana Buitrago Valencia, rad. 11001-03-28-000-2014-00061-00, actor: Juan Luis Pérez Escobar, demandado: Inti Raúl Asprilla Reyes como Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, período 2014-2018.

¹¹¹ C. P. Gabriel Valbuena Hernández, rad. 11001-03-15-000-2016-02058-00, actor: YORGUIN DUARTE MANCILLA, demandado: Marcos Yohan Díaz Barrera.

Cuarto requisito: el tiempo durante el cual opera la inhabilidad

Finalmente, en relación con el cuarto y último requisito para que se estructure la causal consagrada en el numeral 5° del artículo 179 Constitucional, esto es, el tiempo durante el cual opera la inhabilidad, la Jurisprudencia de la Sala ha sido conteste en señalar que si bien la norma constitucional no fija el término dentro del cual opera la prohibición contenida en la causal de inhabilidad en mención, de acuerdo con la composición gramatical **debe entenderse que la misma se configura si se acredita que el pariente del Congresista demandado ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones (...)**⁵.”

Como puede verse, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo cuenta con una postura unificada, reiterada y pacífica en torno a la forma en la que debe computarse el factor temporal de la causal de inhabilidad por parentesco establecida en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución y es la que se reitera en la sentencia del 3 de mayo de 2017.

Esa providencia, como se dijo, fue proferida con posterioridad al cambio de postura adoptado por la Sección Quinta, lo que permitiría concluir que la Sala Plena no ha compartido los argumentos expuestos por esa sección en la materia.

En este sentido dejo sentada mi aclaración.

Atentamente,

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

FACTOR TEMPORAL DE INHABILIDAD ANALIZADA – Debe ser aplicado en razón de su naturaleza

[L]a interpretación del factor temporal de la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 *ibídem*, no puede limitarse por la forma general y amplia en que se encuentra redactado el artículo y debe ser aplicada, en razón a su naturaleza, desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día en que se realiza la elección, inclusive

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

Actor: DORA MARCELA CHAMORRO CHAMORRO

Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN

Con el debido y acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el asunto de la referencia, manifiesto que, aunque comparto la decisión adoptada en la sentencia proferida el 29 de enero de 2019, aclaro mi voto en los siguientes términos:

1. De una lectura sistemática y armónica del texto constitucional se encuentra que existen disposiciones que establecen prohibiciones precisas para ser elegido¹¹² o ejercer determinadas funciones¹¹³; mientras que, en el caso del artículo 179 de la Constitución Política es de la mayor importancia precisar que, de manera general y amplia, señala lo siguiente: “[...] **No podrán ser congresistas:** [...] 5. *Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.* [...]”.

2. En este sentido, se tiene que el numeral 5 del artículo 179 *ibídem* es una causal de inhabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el penúltimo inciso de la misma norma.

3. Asimismo, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Ley 5 de 17 de junio de 1992¹¹⁴ hace parte del bloque de constitucionalidad en un sentido *lato sensu*.

¹¹² “[...] Artículo 240. **No podrán ser elegidos** Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado. [...]”.

“[...] Artículo transitorio 18. Mientras la ley establece el régimen de inhabilidades para los gobernadores, en las elecciones del 27 de octubre de 1991 **no podrán ser elegidos como tales:** [...]”

¹¹³ “[...] Artículo 219. La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley.

Los miembros de la Fuerza Pública **no podrán ejercer la función** del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos. [...]”.

“[...] ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas **podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial**, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. [...]”.

¹¹⁴ Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.

4. En suma, la interpretación del factor temporal de la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 *ibídem*, no puede limitarse por la forma general y amplia en que se encuentra redactado el artículo y debe ser aplicada, en razón a su naturaleza, desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día en que se realiza la elección, inclusive.

En estos términos dejo expuesto la aclaración de voto.

Fecha ut supra

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

DEMANDADO NO ESTUVO INCURSO EN INHABILIDAD ALEGADA – Con fundamento en tesis imperante de la Sala Plena

[A] mi juicio, lo que correspondía señalar en este caso, era que el actor no estuvo incurso en la inhabilidad alegada con fundamento en tesis imperante de la Sala Plena hasta el momento, la cual, se rectificaría en esta oportunidad para ser aplicada como “jurisprudencia anunciada”, con fundamento en los principios de confianza legítima y buena fe.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

Actor: DORA MARCELA CHAMORRO CHAMORRO

Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN

Con el respeto acostumbrado por la posición de la Sala, aun cuando comparto la decisión contenida en la sentencia de veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019), considero necesario aclarar mi voto respecto a la conclusión

del caso concreto que, en mi criterio, riñe con la postura de unificación que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en torno al elemento temporal de la inhabilidad para ser congresista, que consagra el artículo 179, numeral 5 de la Constitución Política .

La tesis que sostiene la decisión en comento, frente a este específico punto de unificación jurisprudencial, es categórica en afirmar que, la interpretación del elemento temporal de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella que configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día en que se realiza la elección, inclusive.

Con todo, se advierte que esta postura de unificación, al recoger la tesis que la Sala sostenía sobre dicha inhabilidad, relativa a que, solo se configuraba el día de las elecciones y no desde la inscripción de la candidatura, se adoptaría como “jurisprudencia anunciada” de manera que solo hasta las próximas elecciones podría aplicarse de manera efectiva.

En consecuencia, para analizar el caso concreto del señor Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, el mismo debía desatarse bajo el prisma de la tesis anterior, esto es, aquella que indicaba que la inhabilidad para ser congresista se configuraba, cuando quiera que se acreditara que el pariente (en los grados que indica la Constitución) ejerció autoridad civil o política el día de los comicios.

Luego, ante la tesis anterior, la inhabilidad deprecada por el actor no se configuró en el asunto bajo estudio, pues en efecto, para el día de los comicios él ya no estaba incurso en la misma.

Con todo, en la conclusión 10.7 del fallo se afirma que:

“En el presente caso, se configura la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, porque para el momento en que el Congresista se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción territorial de Nariño, su hermana ejerció autoridad civil por razón de las funciones que desempeñó como Registradora Especial en la ciudad de Pasto, siendo ésta autoridad ejercida en la misma circunscripción electoral por la cual fue elegido su hermano.

10.7.2 Conforme con las pruebas obrantes en el expediente, el demandado no podía ser elegido como Representante a la Cámara por el departamento de Nariño para el período constitucional 2018- 2022, al reunirse todos los elementos constitutivos de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional”.

Como se lee, en la referida conclusión se indica que el demandado sí estaba incurso en la causal de inhabilidad alegada, pese a que en la parte resolutive se niegan las pretensiones.

De manera que, a mi juicio, lo que correspondía señalar en este caso, era que el actor no estuvo incurso en la inhabilidad alegada con fundamento en tesis imperante de la Sala Plena hasta el momento, la cual, se rectificaría en esta oportunidad para ser aplicada como “jurisprudencia anunciada”, con fundamento en los principios de confianza legítima y buena fe.

En los anteriores términos dejo expuesta la aclaración de mi voto.

Fecha ut supra

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

TÉCNICA DE JURISPRUDENCIA ANUNCIADA – Inaplicable al caso concreto

La jurisprudencia anunciada tiene por objeto precaver que los derechos consolidados bajo un precedente judicial pacífico, estable y claro puedan verse afectados por un cambio jurisprudencial. (...) [N]o se justifica la aplicación de la técnica de la jurisprudencia anunciada, pues lo cierto es que para la época de los hechos estudiados en el *sub judice* no existía un precedente claro, estable y pacífico que señalara que la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P. sólo cobijaba el día de las elecciones, razón por la cual la aplicación de la regla unificada al caso concreto no vulneraba, de ninguna manera, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

Actor: DORA MARCELA CHAMORRO CHAMORRO

Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, me permito exponer las razones por las cuales aclaré voto en la sentencia de 29 de enero de 2019.

En el presente caso, la parte actora demandó la nulidad de la elección del Representante Estupiñán Calvache con fundamento en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 179-5 de la C.P. (*“quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política”*), debido a que la hermana del demandado fungió, entre la inscripción y hasta días previos a la elección, como Registradora del Estado Civil del municipio de Pasto, cargo en el cual ejercía autoridad civil.

El conocimiento de este proceso fue avocado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debido a la existencia de una divergencia de criterios respecto de la interpretación del factor temporal de dicha inhabilidad.

Esta discrepancia se debía a que: **(i)** según la sentencia de unificación de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 26 de marzo de 2015, el factor temporal de la inhabilidad comprende el lapso entre la inscripción y el día de las elecciones; **(ii)** sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, inclusive luego de la referida sentencia de unificación, interpretó que el factor temporal de la inhabilidad solamente cobijaba el día de las elecciones.

En la sentencia objeto de la presente aclaración de voto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo modificó su postura, en el sentido de adoptar hacia futuro el criterio interpretativo expuesto por la Sección Quinta del Consejo de Estado de 26 de marzo de 2015.

Por lo tanto, a pesar de haberse probado en el proceso que la hermana del señor Estupiñán Calvache había sido Registradora del Estado Civil del municipio de Pasto desde antes de la inscripción del demandado hasta unos días previos de la elección, lo que demostraba que en calidad de funcionaria pública ejercía autoridad civil durante el lapso de tiempo cobijado por la inhabilidad, se negaron las pretensiones de la demanda porque no podía aplicarse al caso concreto la regla unificada, en virtud de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Al respecto se concluye en la providencia:

“(…) 13.3.1 La Sala encuentra plenamente acreditados en este proceso los elementos de la confianza legítima, pues la jurisprudencia constante y reiterada de la Corporación configura una base sólida y objetiva a partir de la cual, el demandado confió, genuinamente y justificadamente, en que la inhabilidad por parentesco sólo se configuraba si el pariente ejercía autoridad el día de los comicios, pues así lo había dicho la Sala Plena lo que no ocurrió en el presente caso, pues su hermana fue trasladada como Registradora Especial a otro departamento.

13.3.2 Conforme con tal convicción fue avalado por su partido, inscribiéndose como candidato a Representante a la Cámara por el departamento de Nariño, pese a que su hermana era Registradora Especial de Pato para dicha fecha y ejercía autoridad civil y política. Hecho este que permite verificar que a partir de la confianza justificada, el Representante a la Cámara exteriorizó su voluntad bajo la creencia de no encontrarse inhabilitado por la causal estudiada.

13.3.3 Se colige que en el caso concreto los efectos de este fallo en cuanto al actual entendimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con relación al factor temporal del numeral 5 del artículo 179 Constitucional, no pueden concretarse en la

declaratoria de nulidad de la elección demandada, so pena de desconocer la confianza legítima y vulnerar el derecho fundamental a ser elegido de quien hoy ostenta la calidad de demandado, así como el derecho a elegir de los electores, quienes depositaron su mandato democrático en quien tenía la plena convicción de reunir todos los requisitos de elegibilidad exigidos por el ordenamiento.

13.3.4 Corolario, en aplicación del principios de la confianza legítima y del seguridad jurídica, no es viable declarar nula la elección de Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, porque aquel actuó con base en la jurisprudencia que al momento regía para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que ostenta el más alto nivel decisorio del Consejo de Estado, órgano de cierre jurisdiccional.

*13.3.5 Atendiendo a los postulados del principio de confianza legítima y de la seguridad jurídica, no es posible declarar la nulidad del acto contenido en el formulario E26 CA del 20 de marzo de 2018, en cuanto refiere a la declaratoria de elección del señor **Hernán Gustavo Estupiñán Calvache** como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño para el período constitucional 2018-2022. (...)"*

Si bien celebro que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo haya acogido la regla sentada por la Sección Quinta en la sentencia de unificación de 26 de marzo de 2015, de la cual fui ponente, considero necesario aclarar mi voto respecto de los siguientes aspectos: **(i)** la aplicación al caso concreto de la regla unificada y la improcedencia aplicar la técnica de la jurisprudencia anunciada; y, **(ii)** las discrepancias sobre el entendimiento del concepto de funcionario público.

1. La aplicación al caso concreto de la regla unificada y la improcedencia de aplicar la técnica de la jurisprudencia anunciada

Como se advirtió en líneas anteriores, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió negar las pretensiones de la demanda debido a que no era posible aplicar al caso concreto la regla unificada debido a que ello vulneraría los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Por tal razón, en la providencia objeto de la presente aclaración de voto se hizo uso de la técnica de **la jurisprudencia anunciada**, es decir que la regla unificada solamente será aplicada en casos futuros, más no al *sub judice*, frente a lo cual no estoy de acuerdo por las siguientes razones.

Esta figura tiene como propósito evitar que los cambios súbitos de precedentes puedan perjudicar situaciones concretas y particulares que se consolidaron bajo la regla jurisprudencial anterior.

En otras palabras, **la jurisprudencia anunciada tiene por objeto precaver que los derechos consolidados bajo un precedente judicial pacífico, estable y claro puedan verse afectados por un cambio jurisprudencial.**

Esta técnica tiene origen en el *common law*, en el cual es denominada como *prospective overruling*.

Cuando se cumple debidamente la carga de motivación suficiente y razonable para modificar un precedente, en los países con una tradición jurídica basada en el *common law*, se ha discutido ampliamente sobre los efectos que debe tener este cambio.

Por un lado, existe la postura según la cual los cambios de precedente deben regir hacia futuro, bajo la técnica denominada como el *prospective overruling*, la cual fue inicialmente

abordada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el fallo *Great Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Co.*,¹¹⁵ en el que concluyó que en el sistema federal norteamericano los Estados tienen la libertad de definir si los cambios de precedentes judiciales rigen hacia futuro o si pueden tener efectos retroactivos que afecten la controversia en la cual se adopta dicha modificación.¹¹⁶ Esta postura parte de concebir la regla de derecho sentada en el precedente como una ley en sentido material, razón por la cual sus modificaciones sólo pueden regir hacia futuro.

Por otro lado, ha existido la postura según la cual los cambios de precedentes judiciales deben tener efectos retroactivos y, por lo tanto, cobijar controversias originadas en hechos anteriores a la modificación de precedente, como el mismo caso en el cual ésta es adoptada. Esta postura está fundada en que el principio de la irretroactividad de la ley no puede impedir al juez modificar una regla de derecho creada por vía de precedente que resulta injusta al ser aplicada al caso concreto.¹¹⁷

Con ocasión de estas posturas diversas, en los Estados Unidos han sido adoptados distintas clases de test para determinar en cada situación concreta si el cambio de precedente debe tener efectos hacia futuro o si éste puede tener efectos retroactivos extendidos a la misma controversia con ocasión de la cual el precedente es modificado.

Por ejemplo, en el fallo *Chevron Oil Co. v. Huson*¹¹⁸ la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América se ocupó de definir si un cambio de precedente judicial adoptado en otra providencia, relativo al término de caducidad de la acción judicial para

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 287 U.S. 353, 366 (1932).

¹¹⁶ “We think the Federal Constitution has no voice upon the subject. A state, in defining the limits of adherence to precedent, may make a choice for itself between the principle of forward operation and that of relation backward. It may say that decisions of its highest court, though later overruled, are law nonetheless for intermediate transactions. Indeed, there are cases intimating, too broadly (cf. *Tidal Oil Co. v. Flanagan*, *supra*), that it must give them that effect; but never has doubt been expressed that it may so treat them if it pleases, whenever injustice or hardship will thereby be averted. *Gelpcke v. Dubuque*, 1 Wall. 175; *Douglass v. County of Pike*, 101 U. S. 677, 101 U. S. 687; *Loeb v. Columbia Township Trustees*, 179 U. S. 472, 179 U. S. 492; *Harris v. Jex*, 55 N.Y. 421; *Menges v. Dentler*, 33 Pa. 495, 499; *Commonwealth v. Fidelity & Columbia Trust Co.*, 185 Ky. 300, 215 S.W. 42; *Mason v. Cotton Co.*, 148 N.C. 492, 510, 62 S.E. 625; *Hoven v. McCarthy Bros. Co.*, 163 Minn. 339, 204 N.W. 29; *Farrior v. New England Mortgage Security Co.*, 92 Ala. 176, 9 So. 532; *Falconer v. Simmons*, 51 W.Va. 172, 41 S.E.193. On the other hand, it may hold to the ancient dogma that the law declared by its courts had a Platonic or ideal existence before the act of declaration, in which event the discredited declaration will be viewed as if it had never been, and the reconsidered declaration as law from the beginning. *Tidal Oil Co. v. Flanagan*, *supra*; *Fleming v. Fleming*, *supra*; *Central Land Co. v. Laidley*, 159 U. S. 103, 159 U. S. 112; see, however, *Montana Bank v. Yellowstone County*, *supra*. The alternative is the same whether the subject of the new decision is common law (*Tidal Oil Co. v. Flanagan*, *supra*) or statute. *Gelpcke v. Dubuque*, *supra*; *Fleming v. Fleming*, *supra*. The choice for any state may be determined by the juristic philosophy of the judges of her courts, their conceptions of law, its origin and nature. We review not the wisdom of their philosophies, but the legality of their acts. The State of Montana has told us by the voice of her highest court that, with these alternative methods open to her, her preference is for the first. In making this choice, she is declaring common law for those within her borders. The common law as administered by her judges ascribes to the decisions of her highest court a power to bind and loose that is unextinguished, for intermediate transactions, by a decision overruling them. As applied to such transactions, we may say of the earlier decision that it has not been overruled at all. It has been translated into a judgment of affirmance and recognized as law anew. Accompanying the recognition is a prophecy, which may or may not be realized in conduct, that transactions arising in the future will be governed by a different rule. If this is the common law doctrine of adherence to precedent as understood and enforced by the courts of Montana, we are not at liberty, for anything contained in the Constitution of the United States, to thrust upon those courts a different conception either of the binding force of precedent or of the meaning of the judicial process.”

¹¹⁷ Ver Eduardo Sodero, “Sobre el cambio de los precedentes”.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 404 U.S. 97 (1971).

obtener la reparación de perjuicios extracontractuales, podía o no ser aplicado en un proceso que había iniciado con posterioridad a la decisión judicial en la que se modificó la respectiva regla de derecho.

Para ello, usó el siguiente test compuesto de tres factores: **(i)** la decisión judicial que no puede ser aplicada retroactivamente debe establecer un nuevo principio de derecho, ya sea porque modifica un claro precedente judicial en el cual los litigantes pudieron haber confiado o ya sea porque resolvió un caso de primera impresión cuya resolución no podía ser previsible para las partes; **(ii)** se deben sopesar los méritos e inconvenientes del cambio de precedente mediante el estudio de los antecedentes de la regla de derecho en cuestión, sus propósitos y efectos, para determinar si su aplicación retroactiva propenderá o retardará su operación; y, **(iii)** por último, se debe estudiar si la aplicación retroactiva del cambio de precedente puede producir efectos sustancialmente inequitativos.¹¹⁹

Es apenas natural que los efectos del cambio de precedente judicial deban ser estudiados caso a caso, para efectos de ponderar la obligación del juez de impartir justicia en el caso concreto y la necesidad de no lesionar la confianza legítima de quienes acuden a la administración de justicia para obtener la resolución de sus controversias.

Ahora bien, realizadas las anteriores precisiones sobre el alcance de la figura de la jurisprudencia anunciada, o lo que se ha denominado como *prospective overruling* en los sistemas jurídicos de tradición anglosajona, lo cierto es que **en el *sub judice* no se reúnen las condiciones necesarias para que esta técnica pueda ser aplicada.**

¹¹⁹ "Although we hold that Louisiana's one-year statute of limitations must be applied under the Lands Act as interpreted in *Rodrigue*, we do not blind ourselves to the fact that this is, in relevant respect, a pre-*Rodrigue* case. The respondent's injury occurred more than three years before the announcement of our decision in *Rodrigue*. He instituted the present lawsuit more than one year before *Rodrigue*. Yet, if the Louisiana statute of limitations controls in this case, his action was time-barred more than two years before *Rodrigue*. In these circumstances, we must consider the respondent's argument that the state statute of limitations should be given nonretroactive application under *Rodrigue*.

In recent years, the nonretroactive application of judicial decisions has been most conspicuously considered in the area of the criminal process. E.g., *Mackey v. United States*, 401 U. S. 667; *Hill v. California*, 401 U. S. 797; *Desist v. United States*, 394 U. S. 244; *Linkletter v. Walker*, 381 U. S. 618. But the problem is by no means limited to that area. The earliest instances of nonretroactivity in the decisions of this Court -- more than a century ago -- came in cases of nonconstitutional, noncriminal state law. E.g., 68 U. S. *City of Dubuque*, 1 Wall. 175; *Havemeyer v. Iowa County*, 3 Wall. 294; *Railroad Co. v. McClure*, 10 Wall. 511. [Footnote 9] It was in a noncriminal case that we first held that a state court may apply its decisions prospectively. *Great Northern R. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U. S. 358. And, in the last few decades, we have recognized the doctrine of nonretroactivity outside the criminal area many times, in both constitutional and nonconstitutional cases. *Cipriano v. City of Houma*, 395 U. S. 701; *Allen v. State Board of Elections*, 393 U. S. 544; *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U. S. 481; *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U. S. 13; *England v. State Board of Medical Examiners*, 375 U. S. 411; *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank*, 308 U. S. 371.

In our cases dealing with the nonretroactivity question, we have generally considered three separate factors. First, the decision to be applied nonretroactively must establish a new principle of law, either by overruling clear past precedent on which litigants may have relied, see, e.g., *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, *supra*, at 392 U. S. 496, or by deciding an issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed, see, e.g., *Allen v. State Board of Elections*, *supra*, at 393 U. S. 572. Second, it has been stressed that "we must . . . weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation." *Linkletter v. Walker*, *supra*, at 381 U. S. 629. Finally, we have weighed the inequity imposed by retroactive application, for "[w]here a decision of this Court could produce substantial inequitable results if applied retroactively, there is ample basis in our cases for avoiding the 'injustice or hardship' by a holding of nonretroactivity"

En efecto, para que pueda emplearse la figura de la jurisprudencia anunciada, **necesariamente se requiere que la controversia objeto de estudio en el fallo en el cual se realiza el cambio de precedente se haya consolidado bajo la existencia de un precedente estable, pacífico y claro**. Sin embargo, este requisito no se cumple en el caso concreto.

Como se advierte en la misma sentencia, y como ya se explicó en esta aclaración de voto, para la época en la cual ocurrieron los hechos que dieron origen al presente juicio de nulidad electoral existían dos posiciones divergentes entre la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Quinta respecto del entendimiento del elemento temporal de la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P., lo que precisamente originó la necesidad de que la primera de éstas asumiera el conocimiento del proceso, con fines de unificación jurisprudencial.

Lo anterior, evidencia que para la fecha en la cual el señor Estupiñán Calvache se inscribió como candidato y fue elegido como Representantes a la Cámara para el período 2018-2022, **no existía un precedente estable, pacífico y claro, en el sentido de que la referida inhabilidad sólo se configuraba al momento mismo de la elección**.

Por el contrario, la Sección Quinta del Consejo de Estado, juez natural de los actos electorales, había señalado con toda claridad desde la sentencia de unificación de 26 de marzo de 2015, y reiterado en todos los casos posteriores, incluidos aquéllos correspondientes a las elecciones para el Congreso de la República para el período 2018-2022, que la aludida inhabilidad se configuraba desde el día de las inscripciones hasta el día de la elección.

Consecuentemente, en el presente caso no se justifica la aplicación de la técnica de la jurisprudencia anunciada, pues lo cierto es que **para la época de los hechos estudiados en el *sub judice* no existía un precedente claro, estable y pacífico que señalara que la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P. sólo cobijaba el día de las elecciones**, razón por la cual la aplicación de la regla unificada al caso concreto no vulneraba, de ninguna manera, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Por lo tanto, considero que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debió aplicar al caso concreto del señor Estupiñán Calvache la regla unificada en la sentencia objeto de la presente aclaración de voto, sin ningún tipo de hesitación o temor de vulnerar los referidos principios.

2. Las discrepancias sobre el alcance del concepto de funcionario público

De acuerdo con el numeral 5º del artículo 179 del C.P., no podrán ser elegidos como congresistas “(...) *quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política* (...)”.

En lo que concierne al elemento de parentesco de la inhabilidad, la sentencia objeto de la presente aclaración de voto señala que el término “*funcionario*” empleado por el Constituyente debe ser entendido como un sinónimo de empleado público.

En ese sentido se indica lo siguiente:

“(…) 10.3.1 Frente a la noción de funcionario contenida en el artículo 179.5 de la Constitución Política, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha concluido que esta “comprende a todos los servidores que prestan servicios a una entidad pública y ejercen las funciones que a estas corresponden, es decir a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales”; además que “el término “funcionario” contenido en la inhabilidad indilgada es equiparable a la de “empleado público”¹²⁰ (…)”

Como lo he advertido en anteriores aclaraciones de voto a sentencias dictadas por la Sección Quinta y como se señala en el mismo pie de página de la providencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, considero equívoca dicha asimilación debido a que **el término “funcionario” realmente debe ser comprendido como un sinónimo de servidor público, lo que comprende no sólo a los empleados públicos, sino también a los trabajadores oficiales y a los miembros de corporaciones públicas**, como pasaré a explicar.

El artículo 123 de la Constitución¹²¹ establece una relación “género - especie” para catalogar a las personas que prestan sus servicios en el sector público.

En efecto, de manera general, la citada norma establece que todas aquellas personas que se desempeñen laboralmente en las diferentes ramas del poder público, independiente de su vinculación, se denominaran servidores públicos.

En dicha categoría, se agrupan tres clases de servidores públicos, a saber: **(i)** los miembros de corporaciones públicas; **(ii)** los empleados públicos; y, **(iii)** los trabajadores oficiales.

Como se evidencia, dentro del concepto de servidor público no se hace alusión alguna a los funcionarios. Sin embargo, que el término “funcionario” no haya sido incluido dentro del texto del artículo en cita, no fue óbice para que el Constituyente a lo largo del articulado constitucional utilizara dicha expresión de manera indistinta. Veamos algunos ejemplos:

- En el artículo 118 se establece que el Ministerio Público será ejercido por los *“funcionarios que determine la ley”*.
- En el artículo 125 encontramos que *“[l]os funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”*.
- A su vez, en el artículo 135 refiriéndose a la persona sobre la cual se ejerce moción de censura, se consagró que *“[u]na vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo”*.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 26 de marzo de 2015., radicación 11001-03-28-000-2014-00058-00 CP Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 5 de mayo de 2016, radicación 54001-23-33-000-2015-00530-01CP Alberto Yepes Barreiro. En las citadas providencias el suscrito consejero se apartó de esa interpretación, tal y como se plasmó en las aclaraciones de voto correspondientes.

¹²¹ **“ARTICULO 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

- En el numeral 4º del artículo 178 podemos leer que será potestad de la Cámara de Representantes conocer de las denuncias presentadas contra los funcionarios descritos en el numeral 4º del mismo precepto normativo.
- El artículo 180 señala en su párrafo que *“[e]l funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta”*.
- En el tenor literal del artículo 249 se observa *“[l]a Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley”*.
- Por su parte el artículo 268 frente a las atribuciones del Contralor General de la República determinó que: *“(…) La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.”* Y en el numeral 10 consagró *“10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría (…)”*.
- En el mismo orden de ideas el artículo 278 consagra que el Procurador General de la Nación tiene como funciones: *“1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas (…)”*.

De lo expuesto se colige que el término “*funcionario*” acogido dentro de la Carta Política fue usado indistintamente para referirse a los empleados públicos, a los trabajadores oficiales y a los miembros de corporaciones públicas.

Por lo tanto, contrario a lo afirmado en la sentencia objeto de la presente aclaración de voto, es evidente que dicha locución no tiene un criterio unívoco de significación, toda vez que, en la Constitución esta acepción se utilizó para aludir a toda clase de servidores públicos.

En efecto, una interpretación armónica de la Carta Política permite concluir que “*funcionario*” y “*servidor*” público son términos análogos, ya que con ambas expresiones se denota una categoría general que a su vez comprende una serie de clasificaciones respecto a las personas que prestan sus servicios a cargo del Estado.

Por lo tanto, considero que no es posible avalar la hermenéutica que equipara a los “*funcionarios*” con los “*empleados públicos*”, comoquiera que tal y como se evidenció en precedencia, la categoría “*empleado*” está recogida en el concepto de funcionario por ser la primera una “*especie*” del “*género*” funcionario. Así, es evidente que todos los “*empleados públicos*” son funcionarios, pero no todos los funcionarios son empleados públicos.

Sumado a lo anterior, es necesario mostrar que la expresión “*funcionario público*” es un término amplio y genérico que la Carta Política utilizó para referirse a las personas que están al servicio del Estado independiente de la forma de su vinculación, es decir, es un vocablo por medio del cual la Constitución alude a todos aquellos que ejercen materialmente una función pública.

En efecto, el vocablo “funcionario público” es una expresión que abarca a “todas las personas que ejerzan función pública”¹²². Así lo afirmó, la Corte Constitucional en Sentencia C-222 de 1999 cuando sostuvo que:

“Los concejales municipales, aun no siendo empleados públicos, sí son servidores del Estado y, en realidad, puesto que desempeñan funciones al servicio del mismo, son “funcionarios”. Con este término se define en general a quien cumple una función y, en la materia de la que aquí se trata -la disciplinaria- comprende a quienes, por su vínculo laboral con el Estado y en razón de las responsabilidades que contraen (art. 123 C.P.), están sujetos a la vigilancia de la Procuraduría General de la Nación.”(Subrayas de texto)

La tesis anteriormente expuesta se reafirmó por aquella Corporación en el año 2006, oportunidad en la cual precisó:

“Como quiera que la Constitución no define de manera expresa el término “funcionario” y la Ley no lo hace de manera clara sino de modo ambiguo y por sectores, y no existe una única definición ni se establecen criterios orgánicos o funcionales claros y precisos que permitan asimilarlo o diferenciarlo de los conceptos de empleado público de trabajador oficial, para la Sala es razonable acudir al sentido natural y obvio de la palabra funcionario a efectos de precisar dicho término. Así, es válido entonces concluir que “Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos”¹²³; o en otras palabras, todo órgano del Estado tiene asignada una función delimitada por sus competencias y la persona que a nombre del Estado realiza la función se denomina, genéricamente, funcionario.”¹²⁴ (Subrayas fuera de texto)

Bajo este panorama, se desprende sin lugar a dudas que cuando el orden jurídico hace alusión al cumplimiento de las funciones públicas, se refiere indistintamente a todos los servidores públicos, incluyendo por supuesto a los miembros de corporaciones públicas y a los trabajadores oficiales.

Como si lo expuesto no fuera suficiente, encuentro que existe otro argumento de peso para afirmar que “funcionario” es una locución general que recoge a la de “empleado público” y que no se equipara con esta última, toda vez que, el Constituyente las diferenció cuando estableció el régimen de inhabilidades.

En efecto, el numeral 2º del artículo 179, en contraste con el numeral 5º de la misma disposición, afirma que no podrán ser congresistas aquellos que “*hayan ejercido como empleados públicos*”, es decir, el constituyente de manera expresa excluyó de esa inhabilidad a los trabajadores oficiales y a los miembros de corporaciones públicas, cosa que no sucede con la inhabilidad de “*ejercicio de autoridad por parte de pariente*”, pues en ese numeral se utilizó el término genérico “*funcionario*”, el cual, se reitera, abarca a todas las modalidades de servidores públicos.

En síntesis, considero que el correcto entendimiento de la palabra “funcionario” contenida en la inhabilidad objeto de estudio es aseverar que aquella es sinónima a la expresión “*servidor público*”, pues el Constituyente ni el Legislador precisaron su uso, ni determinaron que aquel solo fuera reservado para los empleados públicos y/o para los trabajadores oficiales.

¹²² Ibídem

¹²³ Corte Constitucional. Sentencia C-681 de 2003 M.P. Ligia Galvis Ortiz.

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-167 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería. Esta sentencia reviso la acción de tutela interpuesta contra la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el radicado 11001-03-28-000-2003-00050-01(3182) y en la cual se examinó el alcance de la palabra “funcionario” en las inhabilidades para los gobernadores.

Realizadas las anteriores precisiones sobre la aplicación de la técnica de la jurisprudencia anunciada y el alcance de la noción de funcionario público contenida en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P., dejo plasmadas las razones por las cuales aclaré voto en la sentencia en comento.

Fecha *ut supra*,

ALBERTO YEPES BARREIRO
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

Actor: DORA MARCELA CHAMORRO CHAMORRO

Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales no comparto la decisión mayoritaria de la Sala, que si bien **NEGÓ** las pretensiones de la demanda, realizó un análisis y unificó jurisprudencia en lo relacionado con el nuevo entendimiento que se deberá dar al numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política a partir de las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes.

A continuación expongo las consideraciones que ya he manifestado en anteriores oportunidades y discusiones surtidas al interior de la Sala Plena e incluso en la Sección Quinta, advirtiéndole que en adelante adoptaré la decisión a la que arribó la mayoría en el proceso de la referencia, en acatamiento del deber que les asiste a los jueces de la República de cumplir las decisiones constitutivas de precedente¹²⁵.

¹²⁵ Al respecto dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-539 de 2011: “**Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.** La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art. 1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art .2-; de la jerarquía superior de la

En su decisión, la Sala mayoritaria unificó jurisprudencia en el sentido de que la “...interpretación del elemento temporal de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella que **configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día en que se realiza la elección, inclusive...**”.

Para un mejor entendimiento de las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por en la decisión de 29 de enero de 2019, me permito plantear los siguientes temas: **i)** el Constituyente de 1991; **ii)** la Corte Constitucional; **iii)** la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena y; **iv)** la debida inteligencia de la causal consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P.

1. El Constituyente de 1991

La causal consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política dispone:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas.

(...)

5º. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. (...).”.

En las reuniones de la Asamblea Nacional Constituyente se debatió con ahínco la propuesta de las causales de inhabilidad para los Congresistas elaborada por el Delegatario Luís Guillermo Nieto Roa, en la cual no se especificaba el grado de consanguinidad o afinidad del familiar que generaba la inhabilidad, sino simplemente se enunciaba la palabra parentesco, con lo cual se expresó en la sesión de 29 de abril de la Comisión Tercera: “(...) en este caso sí parece excesivo, comunicarle una incapacidad a parientes que no están muy estrechamente vinculados. (...) Esta nueva figura de inhabilidad debe ser establecida con la mayor prudencia; desde luego hay siempre un margen de arbitrariedad, en considerar hasta donde deben llegar ese tipo de instituciones; pero el criterio debe ser más bien, el de ser muy continente y temperado en su establecimiento. (...) En lo que sí creo, es que debe ser mirado con mucho rigor, el caso de la concentración familiar del poder y por eso me atrevo a proponer (...) un artículo tercero que diga tampoco podrán ser elegidos en una misma

Constitución –art .4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art. 29 CP; del derecho a la igualdad –art. 13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art. 83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial

circunscripción (...) personas vinculadas entre sí por matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, el segundo de afinidad o primero civil; pero con la advertencia (...) de que esta inhabilidad debe cobijar a los miembros de una misma familia **a lo largo del periodo constitucional correspondiente (...) yo propongo una simultaneidad jurídica, entendiendo que está vedada la elección de parientes, cuando existiendo, estando en curso el periodo de uno de ellos, se produce una elección para otro cargo o para una función pública, en la que intentaría obtener la investidura un pariente de quien ya está elegido.**¹²⁶ (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Como se observa, el propósito de la disposición hoy en comento, era establecer una prohibición de elegibilidad como Congresista, de quien tuviera parientes ejerciendo un cargo y así evitar que desarrollaran actividades simultáneamente, soslayando así el impedimento de concentrar y acumular poder en un solo grupo de familiares. El anterior entendimiento se completa advirtiendo que, evidentemente al no ejercer los familiares al mismo tiempo funciones públicas, no hay lugar a la inhabilidad, situación que se presenta cuando el familiar del que se predica la inhabilidad renuncia antes de la elección del Congresista, pero lo que allí se consagró - atendiendo el elemento histórico- para evitar el desempeño coetáneo, es al momento de la adquisición de la condición de congresista: el día de la elección.

2. La Corte Constitucional

Si bien el alto Tribunal no ha tenido un pronunciamiento directo sobre el precepto consagrado en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P., tampoco en otras decisiones ha desvirtuado el contenido o núcleo duro de tal disposición. Por ejemplo, en la sentencia C-415 de 1994, al conocer sobre la constitucionalidad de algunas inhabilidades contempladas en el estatuto de contratación -Ley 80 de 1993- afirmó:

“(…), es común a las prohibiciones que se fundan en los nexos familiares, implicar materialmente, para algunos miembros de una misma familia, la imposibilidad de gozar de un derecho o posibilidad de acción que, en otras condiciones, podían ejercer. Así, por ejemplo, en las hipótesis de los numerales 5 y 6 del art. 179 de la C.P., se elimina la posibilidad de ser congresista para la persona perteneciente a un grupo familiar en el cual uno de sus miembros ejerza autoridad civil o política. **También se podría aducir que el miembro del grupo familiar que primero accede al servicio público, impide que los restantes posteriormente puedan hacerlo.** No obstante, ésta no es la prohibición sino su consecuencia, y la misma se justifica a la luz del precepto prohibitivo y de su finalidad, que no es otra **que la de evitar que el poder político se acumule en una misma familia.** No es posible perseguir este fin sin que ese efecto se produzca. El

contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política”.

¹²⁶ Antecedentes Artículo 179 de la Constitución Política, Biblioteca Consejo de Estado, págs. 11 y 12.

Constituyente simplemente consideró que la promoción del interés general justificaba con creces el sacrificio individual que llegare a presentarse.”

A su vez, merece la pena recordar los razonamientos que realizó la Corte Constitucional en su sentencia C-093 de 1994, aunque referidos a la inhabilidad del numeral 8º del artículo 179 de la C.P., se debe insistir en que la causal impone la prohibición de ser Congresista, calidad que conforme a la reiterada jurisprudencia tanto del Máximo Órgano Constitucional como del Contencioso Administrativo, sólo se adquiere el día en que se es elegido y aunado a que, como se dijo, el propósito de tal impedimento es que se acumulen funciones o poderes estatales en un mismo núcleo parental, resulta obvio que al dejar de desempeñar el familiar que genera la inhabilidad tal función, no existirá ya conjunción o acumulación de cargos o dignidades en la función pública. La Corte dijo: “... cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, (...)”. Lo anterior también significa que si el familiar que ejerce autoridad civil o política que está generando la inhabilidad cesa en su desempeño cuando el Congresista entra a ejercer su función, cesa también la prohibición que pende en cabeza del elegido legislador para iniciar el ejercicio de su cargo.

Por otra parte razonó la Corte que el ejercicio del cargo se da, “(...) cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de éstas.” Así, en punto al desempeño simultáneo de funciones públicas por parte de dos parientes, para que se configure la inhabilidad se requiere el ejercicio efectivo del cargo por parte de quien genera la inhabilidad para que se prohíba el acceso al cargo de Congresista y así darle la verdadera entidad y sentido a la causal cual es evitar la acumulación de dignidades y poderes en un solo núcleo familiar. Si uno de los extremos implicados en el supuesto normativo del numeral 5º del artículo 179 de la C.P. deja de desplegar autoridad civil o política antes de que el elegido ejerza como Congresista obviamente no habrá acumulación de poderes o funciones en una misma familia.

En palabras de la Corte, una persona puede haber iniciado su período, y se agrega en este caso haber ejercido autoridad civil o política y haberla interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada, cesando el desarrollo concreto y real del cargo o destino público correspondiente, ocasionando con la mencionada dimisión la desactivación de la prohibición frente a quien pretenda desempeñarse como Congresista.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, una vez configurada frente a quien ejercía autoridad civil o política, bien puede posesionarse como Congresista el elegido, y NO puede predicarse en esa eventualidad que dos familiares concentren entonces poderes o

funciones públicas, imposibilitando el encuadre fáctico y normativo en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P.

3. La jurisprudencia de la Sección Quinta y de la Sala Plena del Consejo de Estado

De tiempo atrás, la Sala Electoral ha adoptado un criterio uniforme y consolidado hasta el día de hoy, sobre la **temporalidad de la prohibición de ejercer la clase de autoridad inhabilitante consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P.** En efecto, en la sentencia de 24 de noviembre de 1999 dentro de los expedientes 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914, la Sección estableció que para configurar la causal se requería especialmente el “ejercicio de autoridad por parte del pariente en el momento de la elección”. Posteriormente, en providencia de 22 de marzo de 2007 (Rad. 4001-4005) se afirmó que “la prohibición inmersa en la causal estudiada (...) se desarrolla única y exclusivamente el día de las elecciones (...)”. Posición reiterada en fallos de 8 de mayo de 2008 (Exp. 4060), de 6 de julio de 2009 (Exp. 4056) y 31 de julio de 2009 (Exp. 0240).

A su turno, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 20 de febrero de 2012, en virtud de un asunto llevado por importancia jurídica dentro del expediente 11001-03-28-000-2010-00063-00(IJ)¹²⁷, también había reiterado y acogido el criterio desarrollado por la Sala Electoral. Allí se explicó que **las inhabilidades consagradas en los numerales 2º, 3º y 6º del artículo 179 de la Constitución, se caracterizan porque las distintas circunstancias incapacitantes tienen aplicación en un tiempo o término específico.** En otros casos, como la condena penal, la pérdida de la investidura o la doble nacionalidad, la prohibición se aplica en forma intemporal, pero en cuanto a la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional, se presenta una situación particular, por cuanto expresamente no se fija un término dentro del cual opera la prohibición allí contenida y la estructura gramatical del numeral conlleva el entendimiento de que el hecho invalidante que se predica del familiar de quien aspira a ser elegido se presente en el momento justo de la elección.

En efecto, el verbo “ejercer” que rige la conducta referida a la autoridad civil o política, está conjugado en presente, en armonía con el encabezado del artículo 179, según el cual “No podrán ser congresistas: (...)”, lo cual permite concluir que el ejercicio de autoridad que inhabilita para ser elegido Congresista, es aquel que se concreta el día de las elecciones.

Y, en el 2011 ya había dicho:

“La causal quinta de inhabilidad del art. 179 C.P., ofrece un problema adicional, que no tienen otras causales del mismo artículo. **No señala el**

¹²⁷ Magistrada Ponente Doctora Susana Buitrago Valencia.

tiempo desde cuándo o hasta cuándo opera la inhabilidad, lo que puede dar lugar a múltiples respuestas.

Otras causales de inhabilidad, en cambio, señalan, con precisión y rigor, aspectos como estos: que dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección no podrán ser congresistas determinadas personas, o que no podrán serlo quienes hubiesen sido condenados penalmente en cualquier época, o quienes hubieren intervenido en ciertos negocios, durante los 6 meses anteriores a la fecha de la elección, entre otros eventos; en cuyos casos la fecha a partir de la cual se empieza a contar la inhabilidad y el día en el cual cesa son claros y determinados por la misma norma.

(...) Así, por ejemplo, la Corporación ha manifestado que el régimen de inhabilidades, en esta causal, opera antes de la elección correspondiente y no con posterioridad a ella, porque se trata de condiciones de inelegibilidad para un cargo, según lo establece la Ley 5 de 1992, al prescribir que las inhabilidades tienen como propósito evitar que sea elegido congresista quien se encuentre incurso en ellas.

(...) Por lo anterior y, en primer lugar, hay que definir el momento, a partir del cual, la cónyuge del hoy congresista debió estar desvinculada del cargo.

Teniendo en cuenta que la norma constitucional establece que ‘... no podrá ser congresista’ quien tenga la relación de parentesco por ella prevista, entonces entiende la Sala que la señora Robayo debió desvincularse del cargo, a más tardar para el día de la elección, es decir, el 12 de marzo de 2006.

Esta idea se refuerza por lo previsto en el artículo 280 de la Ley 5 de 1992 –ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso-, según el cual ‘No podrán ser elegidos Congresistas’ quienes se encuentren incursos en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución.

Este artículo clarifica que la inhabilidad constituye un impedimento para ‘ser elegido’, circunstancia que, en términos de esta causal, se presenta el día en que se realizan las elecciones, al margen de la posterior formalización de los resultados, mediante actos administrativos, que corresponden a la Organización Nacional Electoral.

En síntesis, a más tardar, para la fecha de la elección de Congreso, cosa que se efectuó el 12 de marzo de 2006, la cónyuge del demandado debía estar desvinculada del cargo, circunstancia que se cumplió, pues, incluso, renunció al mismo a partir del primero de febrero de 2006, días antes de la inscripción de su esposo como candidato al Congreso."¹²⁸

Y, con anterioridad en el año 2007 la Sala Plena argumentó:

¹²⁸ Sentencia Sala Plena de 15 de febrero de 2011, Exp. 2010-01055 PI, M.P. Enrique Gil Botero.

“Justamente, cuando cualquiera de las formas de autoridad ha estado directamente en manos del congresista la inhabilidad se extiende a los doce meses anteriores la fecha de la elección, de seguro porque el lapso del tiempo ayudará a desvanecer la plusvalía que en términos electorales significa para el ex funcionario haber contado con el ejercicio de autoridad y a través de ello de factores de poder derivados del Estado y que le brindan a su titular una atracción electoral que vulnera el derecho a la igualdad de todos los aspirantes a llegar por las vías democráticas al poder político. Cuando el ejercicio de esa autoridad no ha estado en cabeza del Congresista sino en manos de su cónyuge o compañero (a) permanente o en cualquiera de sus parientes en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, el constituyente opta por reducir notablemente el término de la inhabilidad, tal como acontece en la causal de inhabilidad del numeral 5, llevándolo únicamente al día de las elecciones, lo cual se infiere del tiempo en que se conjuga el verbo ejercer.

Ciertamente, al decir la causal 5ª en su parte respectiva que la relación conyugal, de compañero (a) permanente o de parentesco debe darse con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política, está revelando que la conjugación del verbo ejercer está en presente y que ese tiempo coincide con el de las elecciones puesto que se armoniza con el encabezado del artículo 179 Constitucional que expresa: No podrán ser congresistas, de tal manera que la prohibición inmersa en la causal estudiada se desarrolla única y exclusivamente el día de las elecciones, ya que se es Congresista en ese día, porque es al cabo de la jornada electoral cuando se configura el evento constitutivo del derecho así el acto que declara la elección sobrevenga días después, pues se trata de un acto meramente declarativo de una decisión popular asumida el día de las elecciones.”¹²⁹

E igualmente había razonado así:

“Finalmente, en cuanto a la cuarta condición, prevista en el artículo 179.5 CP., relativa al tiempo, anterior o posterior, durante el cual opera la inhabilidad, resulta que la norma no es explícita sobre el tema, como sí lo es frente a otras causales, de similar estructura (...)

En cambio, la causal 5, objeto de análisis, no tiene previsto un plazo, anterior o posterior, durante el cual deba aplicarse, y sólo se limita a decir que no podrá ser congresista quien se encuentre dentro de los grados de relación o parentesco que allí se mencionan con quien ejerce alguno de los tipos de autoridad allí señalados.

¹²⁹ Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expedientes acumulados: 110010328000200600067, 20000071, 200600072, 200600073, 200600075 y 200600076-00 (4001, 4005, 4006, 4007, 4009 y 4010). Actor: Luis Oscar Rodríguez Ortiz y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por Cundinamarca.

Por lo anterior y, en primer lugar, hay que definir el momento, a partir del cual, la cónyuge del hoy congresista debió estar desvinculada del cargo.

Teniendo en cuenta que la norma constitucional establece que ‘no podrá ser congresista’ quien tenga la relación de parentesco por ella prevista, entonces entiende la Sala que la señora Robayo debió desvincularse del cargo, a más tardar para el día de la elección, es decir, el 12 de marzo de 2006.

Esta idea se refuerza por lo previsto en el artículo 280 de la ley 5 de 1992 – ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso-, según el cual ‘... No podrán **ser elegidos** Congresistas...’ (Negritas fuera de texto) quienes se encuentren incursos en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución.

Este artículo clarifica que la inhabilidad constituye un impedimento para ‘ser elegido’, circunstancia que, en términos de esta causal, se presenta el día en que se realizan las elecciones, al margen de la posterior formalización de los resultados, mediante actos administrativos, que corresponden a la Organización Nacional Electoral.

En síntesis, a más tardar, para la fecha de la elección de Congreso, cosa que se efectuó el 12 de marzo de 2006, la cónyuge del demandado debía estar desvinculada del cargo, circunstancia que se cumplió, pues, incluso, renunció al mismo a partir del primero de febrero de 2006, días antes de la inscripción de su esposo como candidato al Congreso.”¹³⁰

En este orden de ideas, resulta claro que la inhabilidad prevista en el numeral 5° del artículo 179 Constitucional, en lo que al tiempo de su aplicación atañe, únicamente se configura si se acredita que el pariente del congresista, ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones.¹³¹

Considero que la tesis de la mayoría de la Sala, hace necesaria una modificación constitucional que determine concretamente un término, que podría variar entre los doce meses establecidos en la misma norma para las otras causales inhabilitantes, o las consagradas para los miembros de corporaciones públicas de elección popular territorial (Concejales y Diputados) o desde el momento de la inscripción como candidatos, o cualquier otra fecha a juicio del constituyente.

4. La debida inteligencia de la causal consagrada en el numeral 5° del artículo 179 de la C.P.

¹³⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de enero de 2007. Exp. 706-01.

¹³¹ Ver entre muchas, Sentencia de 17 de julio de 2012. Exp. (acumulados) 11001-03-15-000-2011-00438-00(PI) y 11001- 03-15-000-2011-00357-00(PI). M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Acción de Pérdida de Investidura.

El concepto de inhabilidad, cuyo origen puede ser Constitucional o legal, como de manera reiterada lo han admitido jurisprudencia y doctrina, implica: incapacidad, ineptitud o impedimento para el desempeño de un empleo, e imposibilita el ejercicio de las funciones. Las causas que la producen son de diferente orden y especie, obedeciendo generalmente a razones de tipo natural, jurídico o moral (indignidad, condena penal, responsabilidad disciplinaria, fallo judicial de repetición, parentesco, relaciones legales, etc) entre otras, la incursión en ellas constituye, en el caso particular del numeral 5º del artículo 179 C.P. para los Congresistas la imposibilidad de ser elegido, y la consecuencia, que de serlo, se anule su elección, se le quite la investidura, o se le sancione penal o disciplinariamente.

En el ordenamiento jurídico colombiano las inhabilidades son prohibiciones que restringen el acceso a la función pública; son condiciones que establecieron el Constituyente y el legislador para acceder a los cargos públicos con la finalidad de salvaguardar los principios y los intereses de la administración pública, poniendo exigencias que garanticen el acceso a la administración pública de ciudadanos con comportamiento ejemplar, que poseen ciertas cualidades y condiciones que aseguren la gestión de los intereses comunitarios con criterios de moralidad, imparcialidad, eficiencia e igualdad, y que antepongan los intereses personales a los generales.

Así, en la normatividad existen causales inhabilitantes de rango Constitucional y legal, que resultan aplicables a cualquier servidor público, y otras específicas para acceder a ciertos cargos, todas ellas generadoras de dos necesarias consecuencias: **i)** la nulidad del nombramiento o elección¹³² y **ii)** la sanción disciplinaria¹³³, pero, además, en algunos eventos con otras consecuencias como la de pérdida de investidura –para miembros de Corporaciones Públicas-, la incursión en un delito sancionable penalmente¹³⁴, y la imposibilidad de acceder a cualquier cargo público o contrato con entidad estatal¹³⁵.

Entre las inhabilidades de rango Constitucional se encuentran las establecidas para los congresistas (Artículo 179); para los aspirantes a contralores departamentales, distritales y municipales, en cuanto no podrán serlo quienes hayan sido miembros de las corporaciones o entidades territoriales del respectivo departamento, distrito o municipio, o contralores en esos mismos entes territoriales dentro del año inmediatamente anterior a su elección, extendiéndose esta inhabilidad para estos servidores por un año más allá de la dejación del cargo (artículo 270); para los miembros de las corporaciones públicas territoriales quienes no pueden aceptar cargo alguno en la administración pública (artículo 291); y, la prevista para todos los ciudadanos en el inciso final del artículo 122 de la Carta.

¹³² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, artículo 275.5.

¹³³ Artículo 48.17 del Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002

¹³⁴ Artículo 408 el Código Penal, Ley 599 de 2000

¹³⁵ Artículo 122 de la Constitución Política

En cuanto a las inhabilidades de carácter legal existen múltiples disposiciones que las consagran de manera general algunas y específicas otras; entre las primeras, a manera de ejemplo, las contempladas en los artículos 36 a 38 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único; las del artículo 150 de la Ley 270 de 1996 aplicables a quienes aspiren a ejercer cargos en la rama judicial.

La Corte Suprema de Justicia la definió como "aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros"¹³⁶.

Tal prohibición, (inhabilidad), supone circunstancias consagradas por el ordenamiento jurídico que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, cuya finalidad y objetivo primordial es lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. Es decir es una medida de asepsia y purificación de los individuos que acceden al órgano legislativo y en general a los cargos o funciones públicas, de carácter personal y subjetiva.

Así, las inhabilidades dependerán de su configuración normativa, dándoles efectos generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; o específicos, para una determinada entidad o rama del poder; limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc. Es decir sus características y operatividad están determinadas por el propio ordenamiento que las consagra, en atención a su carácter limitador y restrictivo en la actuación de los individuos.

Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, pero con mayor razón aquellas por ser limitantes, deben estar consagradas en forma previa, expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, para el ingreso o desempeño a cada servicio público. Como lo ha manifestado la Corte Constitucional en torno a la individualización de las calidades, "es natural y consecuente con los principios enunciados, que se exija a quienes aspiren a ingresar al servicio público (...), el cumplimiento de requisitos tanto genéricos como específicos que garanticen la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de las altas responsabilidades estatales. Se pretende pues, que en los servidores públicos concurren los elementos que están a la altura de la naturaleza de la investidura que ostenta al ejercerla, para que su desempeño se oriente a la consecución de los fines del Estado."¹³⁷

La finalidad de las inhabilidades es, en últimas, garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas; y una

¹³⁶ Sentencia de 9 de junio de 1988, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹³⁷ C-509 de 1995.

salvaguarda de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

Por tanto, al revisar el dispositivo constitucional inhabilitante la Corporación ha observado tradicionalmente que no contiene determinación alguna sobre su aplicación temporal en cuanto al ejercicio de autoridad por parte del familiar que genera la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, por lo que en mi parecer no resulta acertado que la Sala complete la disposición al fijar el factor temporal de la prohibición.

En efecto, con el mayor comedimiento considero que la Sala en este punto, desbordó sus facultades legales y constitucionales por cuanto su papel de juez, si bien le permite moverse en márgenes más o menos amplios de interpretación y hermenéutica cuando la norma es oscura o presente confusión, lo cierto es que el numeral 5º tantas veces mencionado en este caso concreto, no presenta *per se* una inconsistencia que amerite el ejercicio de un poder creador del juez en términos “Hartianos”¹³⁸ y mucho menos que lo obligue a realizar elucubraciones muy finas sobre los diferentes tipos de interpretación para intentar darle un sentido a la norma que a simple vista y bajo un razonamiento sencillo no tiene, y con el agravante de que la inteligencia de la disposición ya había sido fijada con autoridad por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de su labor unificadora, en la sentencia de 20 de febrero de 2012, dentro del proceso de nulidad electoral 2010-00063-00, y si bien, en mi opinión, tal concepto no sería aplicable a la nulidad electoral por cuanto en tratándose de acciones de pérdida de investidura, el razonamiento gira en torno a una determinación subjetiva de la conducta, mientras que en la acción electoral sería puramente objetiva por referirse a la defensa de la legalidad superior, la postura mayoritaria del Consejo de Estado – (que no comparto) supone que el análisis es el mismo en las dos acciones a efectos de estructurar y calificar la actuación irregular y de allí derivar la consecuencia jurídica respecto al cargo ejercido, cual es la anulación de la elección o la pérdida de la investidura.

5. Conclusiones

1. De tiempo atrás la posición mayoritaria del Consejo de Estado, definió que la causal establecida en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política no consagra un término a partir del cual se deba aplicar la inhabilidad, y de su simple lectura, sin necesidad de elucubración alguna, solo a partir de la semántica de la proposición y del tiempo en que está redactada – la conjugación en tiempo presente de los verbos rectores de la misma- , no hay lugar a dudas de que la prohibición recae sobre la coincidencia del momento en que el candidato se convierte en Congresista por un lado y el pariente, quien genera la inhabilidad, ejerce la autoridad civil y política, por el otro.

¹³⁸ Sobre este punto ver “El debate Hart – Dworkin”, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá 2000, pg. 19.

2. En razón a lo anterior, la discusión solamente podría generarse, tal como está redactada la norma, alrededor del momento en el que el candidato se convierte efectivamente en Congresista, esto es (i) el día de las elecciones porque ES ELEGIDO POR EL PUEBLO, (ii) el día de la declaratoria de la elección por la Organización Electoral, porque es el momento en que la autoridad competente declara efectivamente la elección o, (iii) el día de la posesión, cuando el servidor inicia el ejercicio del cargo, en esta última posibilidad, deja de ser inhabilidad para convertirse en incompatibilidad.

En cualquiera de esos tres eventos enunciados se parte de la base que la prohibición se aplica al Congresista, no al candidato o al candidato inscrito.

3. En un Estado Social de Derecho, fundamentado en el positivismo, “sometido a la Constitución Política y a la Ley”, conforme se dispone en los artículos 4º, 6º y 230 de la Constitución Política, las limitaciones deben atender al estricto respeto a la “legalidad” o “constitucionalidad”, y teniendo en cuenta que se trata de prohibiciones y limitaciones al ejercicio del poder político, estas normas deben ser interpretadas restrictivamente, so pena de socavar derechos fundamentales de los ciudadanos como son los derechos políticos.
4. En el fallo del que me aparto se impone un término que en la norma constitucional es inexistente, y más gravoso que la interpretación de la semántica de la norma.

En razón a todo lo anterior me veo obligada, con la reiteración de mi respeto, a salvar mí voto e insistir que en adelante acataré la postura mayoritaria de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo contenida en la sentencia de unificación dictada en el proceso de la referencia, en acatamiento del deber que les asiste a los jueces de la República de cumplir las decisiones constitutivas de precedente.

Fecha *ut supra*

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.
Magistrada