



Sentencia 00376 de 2009 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

REGIMEN DE INHABILIDADES ELECTORALES - Finalidad / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD - Finalidad

Como lo ha reiterado esta Corporación el régimen de inhabilidades consagrado en la Constitución y en la Ley persigue salvaguardar los principios de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia, frente a quienes aspiren a ejercer funciones públicas. El régimen, de aplicación restrictiva, está constituido por una serie de circunstancias subjetivas o personales que limitan el derecho de acceso a cargos públicos, en orden a garantizar la prevalencia del interés general sobre cualquier interés de índole personal, estando proscrita la analogía y la extensión de causales a casos no previstos en la ley. (...) Ahora bien, las causales previstas en los artículos 179-5 de la Constitución Política y 33-5 de la Ley 617 de 2000, que son las que ocupan la atención de la Sala, fueron consagradas con la finalidad de depurar la democracia colombiana, evitando el nepotismo y per se que los servidores investidos de autoridad la utilizaran para favorecer intereses de personas de su núcleo familiar, con quienes tienen lazos de parentesco en los grados allí señalados, conducta que de no ser prevenida rompería el principio de imparcialidad, empañaría el proceso político electoral y comprometería de manera grave el derecho a la igualdad de oportunidades de los candidatos para acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, inclinando la balanza a favor de sus allegados, facilitando así la propagación de dinastías electorales familiares.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la finalidad del régimen de inhabilidades electorales, la Sala se apoya en los conceptos 1347 de 2001 y 1831 de 2007. Sala de Consulta y con relación al objeto de las inhabilidades por parentesco con autoridades, en la sentencia AC-7974 de 1 de febrero de 2000. Sala Plena.

DIPUTADO DE NORTE DE SANTANDER - Nulidad de su elección por parentesco con secretario del Departamento. Nulidad de su elección por parentesco con autoridad departamental / DIPUTADOS - Presupuestos de inhabilidad por parentesco con autoridad / INHABILIDAD DE DIPUTADO POR PARENTESCO CON AUTORIDAD - Presupuestos

El problema jurídico consiste en dilucidar si José Iván Clavijo Contreras por tener vínculo de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad con un funcionario que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección ejerció autoridad política o administrativa en el Departamento de Norte de Santander, se encontraba inhabilitado para ser elegido diputado, para el período constitucional comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011. (...) De conformidad con el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000, en armonía con los artículos 179-5 y 299 de la Carta, los presupuestos normativos comunes para que se configure la causal comentada son los siguientes: 1º.- Que exista un vínculo de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad entre el candidato o elegido diputado y un funcionario. 2º.- Que el vínculo se predique respecto de funcionarios que hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar. 3º.- Que esa autoridad se haya ejercido durante los doce meses anteriores a la elección. 4º.- Que esa autoridad se haya ejercido en el respectivo departamento.

INHABILIDAD DE DIPUTADO POR PARENTESCO CON AUTORIDAD - Se extiende hasta el tercer grado de consanguinidad

Al cotejar las causales de inhabilidad contempladas en las normas aludidas advierte la Sala, sin ningún esfuerzo dialéctico, que si bien en algunos aspectos la norma legal es más estricta - particularmente en lo relacionado con el grado de autoridad y el lapso de tiempo que cubre la inhabilidad - en lo que toca con el grado de consanguinidad el legislador fue menos rígido que el Constituyente, en la medida que mientras el primero precisa que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado quien tenga vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar, el segundo señala que no podrá ser congresista quien tenga vínculo de parentesco en tercer grado de consanguinidad, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. (...) Así las cosas, al realizar un examen comparativo de severidad entre la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 179-5 de la Carta y la consignada en el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000, encuentra la Sala que el primero es más estricto en cuanto al grado de consanguinidad que se requiere para que se configure la causal; en tanto el precepto constitucional alude al tercer grado de consanguinidad la norma legal al segundo, sin que exista justificación para ello, motivo por el cual,

aplicando las directrices jurisprudenciales pretranscritas, (sic) se concluye que debe respetarse la supremacía del orden constitucional (artículo 4º) y observar en primer término lo dispuesto por el constituyente y, en segundo lugar, lo prescrito por el legislador. (...) De otra parte, cabe precisar que en el comunicado de prensa No. 23 del 13 de mayo de 2009, la Corte Constitucional ha señalado que mediante sentencia C-325 de 2009 declaró inexecutable la expresión “segundo grado de consanguinidad”, contenida en el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000, con fundamento en que el legislador, para regular el régimen de inhabilidades, está sometido a los límites que surgen de la misma Constitución; por ello no puede modificar ni alterar el alcance y los límites de las inhabilidades fijadas directamente por la Carta Política, ni tampoco incurrir en regulaciones irrazonables o desproporcionadas que terminen por desconocer valores, principios y derechos garantizados constitucionalmente.

AUTORIDAD - Concepto para efectos de inhabilidades electorales

Esta Sección ha precisado que por autoridad se ha entendido “el ejercicio del poder público en poder de mando, que, por consiguiente, ubica en un extremo a los particulares obligados a obedecer, aún por medio de la fuerza pública; que permite nombrar y remover libremente empleados subordinados, aún por medio de delegación; y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones”.

NOTA DE RELATORIA: Se remite al concepto de autoridad expuesto en sentencias 3182 de 29 de abril de 2005 y 2334 de 3 de diciembre de 1999, Sección Quinta.

SECRETARIO DEPARTAMENTAL - Ejercen autoridad política y administrativa / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Aplicación por analogía de conceptos del nivel local de la Ley 136 de 1994 al nivel departamental / CELEBRACION DE CONTRATOS - Constituye ejercicio de autoridad administrativa / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Se ejerce por la función de celebrar contratos

Dado que el cargo de Secretario de Despacho está catalogado en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994 dentro de los que comportan autoridad política, es viable señalar que el señor David Gilberto Haddad Clavijo la ejerció. De acuerdo al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, orgánicamente el desempeño del cargo de Secretario de Despacho acarrea el ejercicio de autoridad administrativa. (...) Estando considerada en el inciso segundo del artículo 190 de la Ley 136 de 1994 la función de celebrar contratos como configuradora del ejercicio de autoridad administrativa es dable establecer que David Gilberto Haddad Clavijo la ejerció. (...) Ahora bien, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sección Quinta del Consejo de Estado, así como la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, en torno a señalar que como a nivel departamental la Ley no ha definido lo que debe entenderse por autoridad política, civil y administrativa, es viable acudir por analogía a lo establecido en la Ley 136 de 1994 para el orden local. (...) De suerte que, en razón a la naturaleza, jerarquía, grado de autonomía del cargo que ocupa el señor David Gilberto Haddad Clavijo dentro de la estructura de la administración departamental y a las funciones asignadas conforme a la ley y el reglamento, se concluye que como Secretario de Desarrollo Social del Departamento de Norte de Santander, ejerció autoridad política y administrativa - mas no autoridad civil -, en los términos previstos en los artículos 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, normas que si bien es cierto se refieren a servidores públicos del orden municipal, sirven como referente para determinar el alcance y sentido de tales conceptos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación de los conceptos de autoridad de la Ley 136 de 1994 al nivel departamental, se remite a la sentencia 2007-00800 de 20 de febrero de 2009, Sección Quinta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA

Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil nueve (2009)

Actor: JOSE ANTONIO QUINTERO JAIMES Y ALIX MARIA RIOS GARCIA

Demandado: DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER

Superado el trámite de la segunda instancia se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 25 de abril de 2008 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cuanto declaró la nulidad del acto administrativo acusado.

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas

Los señores José Antonio Quintero Jaimes y Alix María Ríos García, actuando en nombre propio, en su condición de ciudadanos, en ejercicio de la acción pública electoral, en demandas separadas solicitan ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que se declare la nulidad parcial del Acta de Escrutinio de Votos para la Asamblea Departamental de Norte de Santander en las elecciones del 28 de octubre de 2007, suscrita por la Comisión Escrutadora Departamental el 4 de noviembre del mismo año, en cuanto declaró electo como Diputado para el periodo 2008-2011 al señor José Iván Clavijo Contreras, inscrito por el Partido Conservador Colombiano, y se ordene la cancelación de la respectiva credencial.

Los demandantes sustentan su pretensión en el hecho de que el señor José Iván Clavijo Contreras tiene vínculo de parentesco en tercer grado de consanguinidad con el señor David Gilberto Hadadd Clavijo, quien para la fecha de la aludida elección se desempeñaba como Secretario de Desarrollo Social del Departamento de Norte de Santander, cargo que venía ejerciendo desde el 17 de enero de 2006, fecha en que se posesionó, y en esa calidad ejerció autoridad civil, política y administrativa en ese Departamento, dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección demandada.

Pretenden la anulación del acto de elección demandado por la causal de inhabilidad prevista para los congresistas en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, aplicable como régimen de inhabilidades mínimo para los Diputados Departamentales por virtud del inciso segundo del artículo 299 de la misma Constitución, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 2 de 2002.

Lo anterior por cuanto consideran que no debe aplicarse, por inconstitucional, el artículo 33 numeral 5 de la Ley 617 de 2000, que establece la inhabilidad para ser elegido diputado, por parentesco con funcionarios que ejercen autoridad, por considerar que dicha disposición es manifiestamente contraria al numeral 5 del artículo 179 Constitucional, que establece la inhabilidad por esa causa con respecto a los congresistas, pero extendida a los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, en razón de que el artículo 299 constitucional prevé que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados que prescriba la ley no puede ser menos estricto que el señalado para los congresistas.

Los demandantes solicitaron la suspensión provisional del acto electoral demandado, pero dicha solicitud fue negada por el Tribunal mediante autos del 4 y 6 de diciembre de 2007, por no hallarse establecidos los requisitos que señala el artículo 152 del C.C.A. (folios 64 Exp. 0376 y 41 Exp. 0388).

Ninguna de las dos demandas acumuladas fue contestada.

La acumulación de los dos procesos referidos fue decretada por auto del Tribunal proferido el 24 de enero de 2008 (folio 73 Exp. 0376).

2. Alegatos

2.1. Dentro del término de traslado para alegar el demandante José Antonio Quintero Jaimes reitera sus argumentos de la demanda en cuanto al cargo de nulidad del acto electoral, por hallarse el elegido incurso en la inhabilidad prevista en el artículo 179 numeral 5 de la Constitución Política para los congresistas, que en su criterio es la norma que debe ser aplicada al caso concreto, de preferencia a la norma legal de inhabilidades por parentesco prevista para los diputados en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, por aplicación preferente de la Constitución conforme lo dispone el artículo 4º de la Carta Política y en cumplimiento del mandato del artículo 293 Constitucional.

Manifiesta el demandante que de la comparación entre el contenido de los artículos 179-5 de la Constitución Política y el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000, y teniendo en cuenta los artículos 293, 299 y 4º de la Carta, se deduce que la citada norma legal no se ajustó a los parámetros señalados por el ordenamiento constitucional, porque reduce el grado de parentesco constitutivo de la inhabilidad, trasgrediendo el mandato del artículo 299 superior según el cual el régimen de inhabilidades de los diputados que establezca la ley no puede ser menos estricto que el señalado para los congresistas, por lo cual solicita su inaplicación y la aplicación en su lugar de la norma constitucional que establece dicho régimen.

2.2. El demandante Alix María Ríos García manifiesta que con las pruebas allegadas al proceso, está probado plenamente que el señor José Iván Clavijo Contreras estaba inhabilitado para inscribirse como candidato y ser elegido diputado a la Asamblea Departamental de Norte de Santander, por estar incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, aplicable al caso concreto en cumplimiento del mandato del artículo 4º de la Carta, ante la necesidad de inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000.

2.3. El representante judicial del demandado solicita que se desestimen las pretensiones de las demandas acumuladas. Sus argumentos son los siguientes:

2.3.1. Ineptitud probatoria por falta de certeza en cuanto al parentesco entre el demandado y el señor David Haddad Clavijo, porque los registros civiles de nacimiento aportados son incongruentes y no brindan el grado de certidumbre necesario para establecer la exigencia de la inhabilidad.

2.3.2. Inepta individualización del acto acusado, que según las demandas es el Acta de Escrutinio de los Votos para Asamblea, Elecciones octubre de 2007, formulario E-26 AS, suscrito por la Comisión Escrutadora Departamental, lo cual, según el demandado, a todas luces resulta insuficiente para cumplir con lo reglado y ordenado por el Código Contencioso Administrativo en el artículo 229, si se compara con el Acta General de la Audiencia Pública de Escrutinio electoral 2007 en el Departamento de Norte de Santander, que no se encuentra demandada en aparte alguno de los libelos.

2.3.3. Deficiencias de orden interpretativo y de aplicación de normas, desconociendo los principios de legalidad y tipicidad desarrollados en la sentencia T-1285 de 2005 de la Corte Constitucional, que parcialmente transcribe, y la imposibilidad de realizar interpretaciones extensivas o análogas cuando se trata de aplicar normas restrictivas del derecho político fundamental de ser elegido y ocupar cargos públicos.

2.3.4. Buena fe y confianza en las instituciones, que determinó la actuación del demandado dentro de los elementos normativos legales aplicables al caso, específicamente al amparo de la Ley 617 de 2000, para lo cual elevó consulta al Consejo Nacional Electoral, concretamente en relación con la inhabilidad alegada por los demandantes, que fue respondida mediante comunicación CNE-A.J. No. 364 del 27 de marzo de 2007 suscrito por el Asesor Jurídico comisionado para el efecto por dicha Corporación, de la que se deduce sin asomo de duda que de acuerdo con la doctrina del máximo ente electoral del país, el señor José Iván Clavijo Contreras no se encontraba inhabilitado para ser diputado.

3. El concepto fiscal de la primera instancia

El Procurador 24 Judicial para Asuntos Administrativos de Cúcuta solicitó al Tribunal denegar las súplicas de la demanda instaurada por los

señores José Antonio Quintero Jaimes y Alix María Ríos García, porque considera que no se configura la inhabilidad alegada por los demandantes, en razón de la deficiencia probatoria que advierte en relación con el parentesco en tercer grado de consanguinidad entre el demandado y el señor David Gilberto Haddad Clavijo, de quien se dice que ejerció autoridad política, civil y administrativa en el Departamento de Norte de Santander dentro del año anterior a la elección cuestionada.

La deficiencia probatoria advertida por el representante del Ministerio Público se sustenta en incongruencias en cuanto a la nacionalidad del padre y abuelo de los citados, y a la edad de la madre y abuela de los ciudadanos involucrados en la inhabilidad, respectivamente.

4. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 25 de abril de 2008 (folios 118 a 136) decidió inaplicar por inconstitucional el término “segundo” relacionado con el parentesco de consanguinidad, de la causal de inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, con base en lo cual declaró nulo el acto de elección del señor José Iván Clavijo Contreras como Diputado a la Asamblea Departamental de Norte de Santander para el periodo 2008-2011, declarada el 4 de noviembre de 2007 por la Comisión Escrutadora Departamental - Formulario E-26 AS, y dispuso la cancelación de la credencial que le fue expedida.

En primer lugar, y como cuestión previa, encuentra el Tribunal que en las dos demandas acumuladas en forma expresa se impugna la nulidad del acto con que culmina el escrutinio, con lo cual el acto electoral está perfectamente individualizado, por lo que considera que se debe desestimar el cuestionamiento hecho por la defensa al aspecto formal del libelo introductorio, y dar paso a una decisión de fondo del asunto propuesto.

Para decidir de fondo, el Tribunal reseña la posición jurisprudencial de esta Sección, contenida en el fallo del 7 de diciembre de 2006, Exp. 05-00566-02, en el sentido de que la disposición del artículo 33 numeral 5 de la Ley 617 de 2000, que prevé la inhabilidad por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad con funcionario que haya ejercido autoridad dentro del año anterior, es inconstitucional porque contraviene la disposición del numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política que extiende la inhabilidad por parentesco hasta el grado tercero de consanguinidad.

Acogiendo el referido criterio, el Tribunal, con base en la previsión del artículo 4º de la Constitución, resolvió inaplicar la antes citada disposición legal, por considerarla claramente violatoria del inciso segundo del artículo 299 Superior, según el cual el régimen de inhabilidades de los diputados que adopte el legislador no puede ser menos estricto que el de los congresistas.

En su lugar consideró el a quo que en esas circunstancias la norma que debía aplicar al caso concreto era el artículo 179-5 de la Constitución Política, encontrando que conforme al acervo probatorio se hallaban presentes todos los elementos que configuran la inhabilidad previstos en el citado precepto, por lo que estimó forzoso acceder a las pretensiones de las demandas acumuladas.

5. La impugnación

La parte demandada radica su impugnación a la sentencia de primera instancia en los siguientes argumentos, en resumen:

5.1. El régimen de inhabilidades para ser diputado, establecido en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es más estricto que el régimen de inhabilidades para ser congresista, contenido en el artículo 179 de la Constitución, como lo ha precisado el Consejo de Estado. Ello lo deduce de la comparación de los textos de las citadas normas, numeral por numeral.

5.2. Específicamente, la inhabilidad establecida en la primera parte del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es más rigurosa que la prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, no obstante que redujo el parentesco del tercero al segundo grado de consanguinidad, porque: (i) comprende a parientes de funcionarios que ejerzan, además de la autoridad política o civil que contempla la norma

constitucional, la administrativa o militar; (ii) mientras la disposición constitucional prevé que la inhabilidad se configura cuando esa autoridad es ejercida en la fecha de la elección, la ley la hace extensiva al ejercicio de autoridad dentro de los doce meses anteriores, y, (iii) según la norma constitucional la circunscripción en que se ejerce dicha autoridad debe ser en todo el departamento mientras que la disposición legal, con la expresión “en el respectivo departamento”, contempla circunscripciones electorales menores, como los municipios. Al respecto cita las sentencias de esta Sala del 14 de diciembre de 2001 (Exp. 01544) y del 11 de agosto de 2005 (Exp. 3580).

Destaca el apelante que en la última providencia antes referida, que transcribe en lo pertinente, se sostuvo que en la Ley 617 de 2000 el legislador optó por establecer un régimen de inhabilidades para los diputados más riguroso que el de los congresistas previsto en el artículo 179 de la Constitución Política, lo cual se halla conforme con el artículo 299 de la Carta.

Por las anteriores razones considera el representante judicial del demandado que la disposición del artículo 33 numeral 5 del Decreto 617 de 2000 no puede dejar de ser aplicado por razón de inconstitucionalidad, con base en el artículo 4º de la Carta Política, y que por lo tanto deben desestimarse las pretensiones de las demandas acumuladas.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Al recorrer el traslado para alegar de conclusión el actor José Antonio Quintero Jaimes, solicita confirmar la sentencia apelada, argumentando que el fallador de primera instancia hizo una interpretación jurídica, lógica y acertada del artículo 299 constitucional; que los documentos arrimados al proceso son documentos públicos, que como tal se presumen auténticos y veraces, según los artículos 252 y 264 del Código de Procedimiento Civil, pues no fueron tachados de falsos; que el concepto emitido por el Consejo Nacional Electoral sobre el asunto, no compromete la responsabilidad de la entidad ni es de obligatorio cumplimiento; y, que en el proceso se encuentra demostrado el parentesco de David Gilberto Haddad Salcedo y su tío José Iván Clavijo Contreras (folios 189 a 194 del cuaderno principal).

6.2. Por su parte, el apoderado del señor José Iván Clavijo Contreras advierte que un régimen es un conjunto de normas que gobiernan o rigen una actividad o una institución; que los regímenes de inhabilidades para ser diputado y para ser congresista son todas las inhabilidades para ser diputado, en conjunto, y todas las inhabilidades para ser congresista, en conjunto; que para determinar si el régimen legal de inhabilidades para ser diputado es desarrollo cabal del mandato del inciso segundo del artículo 299 de la Constitución, ha de precisarse si ese conjunto de normas es tanto o más estricto que el régimen o conjunto de normas que fijan las inhabilidades para ser congresista; y, que el régimen de inhabilidades para ser diputado que fue establecido en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es más estricto que el régimen de inhabilidades para ser congresista, contenido en el artículo 179 de la Constitución, lo que pretende demostrar con un cuadro comparativo entre las dos normas.

Concluye diciendo que lo que manda el inciso segundo del artículo 299 de la Constitución es que el régimen de inhabilidades para ser diputado no sea menos estricto que el señalado para ser congresista, y no que cada una de las causales que comprende aquel régimen, y cada una de las partes de esas causales, no fuera menos estricta que su similar prevista para los congresistas (folios 195 a 210 del cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y oportunidad

Por la naturaleza del asunto esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, conforme a los artículos 129-1, 132-4 y 231 del C.C.A.

El recurso de apelación fue presentado oportunamente por la parte demandada, el 13 de mayo de 2008, fecha que coincide con la de desfijación (sic) del edicto de notificación de la sentencia.

2. El acto administrativo demandado

Se trata del Acta Parcial del Escrutinio de los votos para Asamblea Departamental de Norte de Santander (Formulario E-26 AS, folios 32 a 42), suscrita el 4 de noviembre de 2007, en cuanto declara la elección del señor José Iván Clavijo Contreras como integrante de esa Corporación para el periodo 2008-2011, en los comicios llevados a cabo el 28 de octubre del mismo año (folio 41).

3. Análisis de la impugnación

El problema jurídico consiste en dilucidar si José Iván Clavijo Contreras por tener vínculo de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad con un funcionario que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección ejerció autoridad política o administrativa en el Departamento de Norte de Santander, se encontraba inhabilitado para ser elegido diputado, para el período constitucional comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011.

La Constitución Política dispone:

“ARTÍCULO 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. (...)

ARTÍCULO 299. Modificado por el art. 3 del Acto Legislativo 01 de 2007.

ARTÍCULO 3º. El artículo 299 de la Constitución Política quedará así:

(...) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda.”

A su vez, la Ley 617 de 2000 señala:

“ARTÍCULO 33. De las inhabilidades de los diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: (...)

5.- 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 (...).”

Como lo ha reiterado esta Corporación¹ el régimen de inhabilidades consagrado en la Constitución y en la Ley persigue salvaguardar los principios de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia, frente a quienes aspiren a ejercer funciones públicas. El régimen, de aplicación restrictiva, está constituido por una serie de circunstancias subjetivas o personales que limitan el derecho de acceso a cargos públicos, en orden a garantizar la prevalencia del interés general sobre cualquier interés de índole personal, estando proscrita la analogía y la extensión de causales a casos no previstos en la ley.

Particularmente, en lo que toca con el régimen de inhabilidades de los ciudadanos elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, el artículo 293 de la Constitución Política definió a la ley su determinación, sin perjuicio de lo establecido en la propia Carta.

Por su parte, el artículo 299 ibídem dispuso que respecto de los diputados el régimen de inhabilidades no podrá ser *“menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda.”* Ello quiere significar que el legislador puede incluir normas tan drásticas como las establecidas en la Carta para la regulación de los congresistas o aún hacer mayores exigencias de las que deben observar estos servidores, pero no hacerlas menos estrictas². Hasta la expedición de la Ley 617 de 2000 y ante la ausencia de un régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, esta Corporación aplicó, por reenvío constitucional, el establecido para los Congresistas en la Constitución³.

En orden a desarrollar los anteriores mandatos constitucionales la Ley 617 de 2000, reformó la Ley 136 de 1994 y el Decreto 1222 de 1986, estableció reglas para garantizar la transparencia de la gestión en los entes territoriales y para cumplir tal cometido contempló el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales.

Ahora bien, las causales previstas en los artículos 179-5 de la Constitución Política y 33-5 de la Ley 617 de 2000, que son las que ocupan la atención de la Sala, fueron consagradas con la finalidad de depurar la democracia colombiana, evitando el nepotismo y *per se* que los servidores investidos de autoridad la utilizaran para favorecer intereses de personas de su núcleo familiar, con quienes tienen lazos de parentesco en los grados allí señalados, conducta que de no ser prevenida rompería el principio de imparcialidad, empañaría el proceso político electoral y comprometería de manera grave el derecho a la igualdad de oportunidades de los candidatos para acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, inclinando la balanza a favor de sus allegados, facilitando así la propagación de dinastías electorales familiares⁴.

Al cotejar las causales de inhabilidad contempladas en las normas aludidas advierte la Sala, sin ningún esfuerzo dialéctico, que si bien en algunos aspectos la norma legal es más estricta - particularmente en lo relacionado con el grado de autoridad y el lapso de tiempo que cubre la inhabilidad - en lo que toca con el grado de consanguinidad el legislador fue menos rígido que el Constituyente, en la medida que mientras el primero precisa que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado quien tenga vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar, el segundo señala que no podrá ser congresista quien tenga vínculo de parentesco en tercer grado de consanguinidad, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

De esta manera la exigencia prevista en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, en cuanto al vínculo de consanguinidad, resulta contraria al mandato contenido en el artículo 299 de la Carta, pues si bien la ley prevé un régimen propio para los diputados, éste está limitado por la prohibición de hacerlo menos estricto que el de los congresistas.

A esta misma conclusión ha llegado la Sala en diferentes oportunidades. Veamos:

En sentencia del 11 de agosto de 2005, expediente 3580, actor Claudia Andrea Hernández, esta Sección sostuvo:

“Para empezar debe recordarse que por disposición de lo normado en el artículo 293 de la Constitución Política ‘sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales’, lo cual lleva a afirmar que en punto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, debe observarse, en primer término, lo dispuesto por el constituyente, y enseguida lo dispuesto por el legislador, por la obvia razón de la supremacía del ordenamiento constitucional sobre el legal, resaltado por el artículo 4º de la Constitución Nacional. (...)”

Alguien podrá afirmar, frente a la causal que se viene estudiando, que el verdadero querer del legislador no fue el de hacer más riguroso el régimen de inhabilidades de los Diputados, comparado con el de los Congresistas, valiéndose para ello de que el parentesco por consanguinidad en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, se redujo al segundo grado, en tanto que en el numeral 5º del artículo 179 de la C.N., se extendía hasta el tercer grado.

Esta razón no sería de recibo porque su aparente razonabilidad cae en el vacío en la medida que la regulación legal que se cita, contenida en el

numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es abiertamente inconstitucional; como se ha pregonado en esta providencia, de cara a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 299 de la C.N., modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2002 artículo 2º, si bien el legislador estaba autorizado por el constituyente para expedir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados, en esa labor debía tener presente que ese régimen no podía ‘ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda’, de tal suerte que si la causal 5ª del artículo 179 habla de parentesco en tercer grado de consanguinidad, el legislador no podía reducirlo al segundo grado, puesto que la facultad constitucional extendida para regular la materia era clara en que no podía ser menos estricta que su similar prevista para los congresistas.

La contrariedad manifiesta que se registra entre la norma legal y la norma constitucional, conduce a colegir que la eventual sustentación de la intención morigeradora del legislador al regular el tema de las inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados, por reducir del tercer al segundo grado de consanguinidad el parentesco requerido para la configuración de la inhabilidad, no es de recibo, precisamente por apoyarse en una norma que a todas luces resulta inconstitucional (C.N. art. 4), y por lo mismo insuficiente para fundar ese razonamiento.”

Y, más adelante, en sentencia del 23 de febrero de 2007, expediente 3982-3951, esta misma Sección precisó:

“Para la Sala es claro que el interrogante sobre la aplicación a los Diputados del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas no puede responderse en la actualidad en términos asertivos absolutos, pues la entrada en vigencia del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades propio de los Diputados - adoptado por el legislador en cumplimiento de la norma constitucional que lo autorizó para ello -, obliga al intérprete a examinar si ese régimen legal satisface la pauta de severidad mínima exigida por el Constituyente, es decir, si no es menos estricto que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas, en lo que corresponda.

En ese orden de ideas, si el comentado examen comparativo de severidad lleva al intérprete a la conclusión de que una determinada causal legal del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados es igual o más estricta que la correspondiente causal constitucional del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas, se entenderá que el precepto legal se ajusta al parámetro de severidad fijado en el inciso segundo del artículo 299 de la Constitución Política y, por tanto, en lo que a esa determinada hipótesis fáctica se refiere, no será válido acudir al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas.

Y, en caso contrario, es decir, si se concluye que una determinada causal legal del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados es menos estricta que la correspondiente causal constitucional del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas, es evidente que el precepto legal se torna inaplicable por inconstitucional, concretamente al contravenir el mínimo de severidad fijado en el inciso segundo del artículo 299 de la Constitución Política. Ante tal situación, la solución no es otra que la aplicación directa del texto constitucional - autorizada por el artículo 4º de la propia Carta - que, en este caso, se traduce en la aplicación del “mínimo de rigor” que para el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados está constituido por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas, en lo que corresponda.

Así las cosas, siguiendo la tesis jurisprudencial adoptada por la Sala Plena de esta Corporación y ajustándola al contexto normativo actual, debe entenderse que la aplicación a los Diputados del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los Congresistas opera por vía de excepción, en términos de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 299 constitucional, esto es, a condición de que no exista norma legal en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades propio de estos servidores territoriales que, en lo que corresponda, sea igual o más severa que el previsto para los congresistas.

En criterio de esta Sala, sólo mediante el descrito análisis comparativo es posible determinar el precepto jurídico que, de conformidad con la pauta sobre severidad fijada por el Constituyente, resulta aplicable como causal de inhabilidad o incompatibilidad de los Diputados.

No hay duda, entonces, que, aunque al legislador le corresponde la determinación de las inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados (inciso segundo del artículo 299 de la Constitución Política), se trata de una competencia limitada, pues, de un lado, tal reglamentación se entiende sin perjuicio de lo establecido en la Constitución Política (artículo 293 ibídem) y, de otro, debe ajustarse al mínimo de severidad fijado por el propio Constituyente (inciso segundo del artículo 299, ibídem). (...)

Por tanto, siendo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas 'el mínimo de rigor del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los Diputados', es claro que su aplicación a los diputados está autorizada siempre que el legislador no hubiera definido uno igual o más severo que el de los Congresistas en lo que corresponda a los Diputados.

Será necesario, entonces, verificar la satisfacción de dos exigencias a fin de determinar la aplicación a los Diputados de una determinada causal propia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas. De un lado, que el legislador no haya previsto para los Diputados una causal igual o más estricta que la prevista por el Constituyente para los Congresistas. Y, de otro, que la causal propia de los Congresistas - frente a la que se mide la severidad de la causal propia de los Diputados - sea de aquellas que corresponda a los Diputados."

Así las cosas, al realizar un examen comparativo de severidad entre la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 179-5 de la Carta y la consignada en el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000, encuentra la Sala que el primero es más estricto en cuanto al grado de consanguinidad que se requiere para que se configure la causal; en tanto el precepto constitucional alude al tercer grado de consanguinidad la norma legal al segundo, sin que exista justificación para ello, motivo por el cual, aplicando las directrices jurisprudenciales pretranscritas, (sic) se concluye que debe respetarse la supremacía del orden constitucional (artículo 4º) y observar en primer término lo dispuesto por el constituyente y, en segundo lugar, lo prescrito por el legislador⁵.

De otra parte, cabe precisar que en el comunicado de prensa No. 23 del 13 de mayo de 2009, la Corte Constitucional ha señalado que mediante sentencia C-325 de 2009 declaró inexecutable la expresión "segundo grado de consanguinidad", contenida en el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000, con fundamento en que el legislador, para regular el régimen de inhabilidades, está sometido a los límites que surgen de la misma Constitución; por ello no puede modificar ni alterar el alcance y los límites de las inhabilidades fijadas directamente por la Carta Política, ni tampoco incurrir en regulaciones irrazonables o desproporcionadas que terminen por desconocer valores, principios y derechos garantizados constitucionalmente. Confrontado el artículo 179-5 de la Carta con el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000 se constata que no obstante tratarse de la misma inhabilidad el precepto constitucional es más estricto que el legal en cuanto al grado de consanguinidad. Por ello "(...) la corporación dispuso la aplicación de la norma constitucional, sustituyendo la expresión normativa que se declara inexecutable, por la expresión 'tercer grado de consanguinidad' (...)".

Finalmente en lo que hace referencia a la censura que formula el apoderado del señor José Iván Clavijo Contreras en el alegato de conclusión presentado en segunda instancia, según la cual *"No se trata de que cada una de las causales que componen el régimen de inhabilidades de diputados sea más rigurosa que cada una de las causales de inhabilidad de congresistas, ni que cada una de las partes de cada causal de aquel régimen sea tanto o más estricta que una de las partes de cada causal de este, sino de que el régimen de inhabilidades para ser diputado, en conjunto, sea tanto o más estricto que el régimen de inhabilidades para ser congresista, en conjunto, que es lo que manda la Constitución"*, considera la Sala que es una interpretación que no se desprende de la preceptiva jurídica que gobierna la materia.

En efecto, una lectura del inciso segundo del artículo 299 de la Carta permite inferir que cuando el constituyente ordena que *"El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda"*, quiere significar que tanto el régimen - de los diputados - en su conjunto, como sus causales, consideradas individualmente, tienen que ser tanto o más rigurosas que las de los miembros del Congreso.

Admitir que la pauta de severidad mínima se debe efectuar frente al régimen en su conjunto y no frente a la causal específica, conduciría a contradicciones y a complicaciones interpretativas, en la medida en que no habría referentes para aplicar el mínimo de rigor. El todo del régimen de los diputados comprende cada una de sus partes - causales -; por ello, lo que determina que un régimen sea más estricto que otro y lo que permite hacer la ponderación, es que cada una de sus causales sea más severa que las de aquél con el que se le compara.

La norma constitucional no hizo distinción y, por ende, aplicando los criterios gramatical, teleológico y sistemático de interpretación, se concluye que si se admitiera la tesis expuesta por el apoderado del demandado se desnaturalizaría la esencia del régimen de inhabilidades de los diputados.

En estas condiciones, de conformidad con los derroteros jurisprudenciales referidos, la Sala para resolver el presente caso tendrá en cuenta el grado de consanguinidad previsto en el artículo 179-5 de la Constitución Política y no el consagrado en el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000.

El caso concreto

De conformidad con el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000, en armonía con los artículos 179-5 y 299 de la Carta, los presupuestos normativos comunes para que se configure la causal comentada son los siguientes:

1º.- Que exista un vínculo de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad entre el candidato o elegido diputado y un funcionario.

2º.- Que el vínculo se predique respecto de funcionarios que hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar.

3º.- Que esa autoridad se haya ejercido durante los doce meses anteriores a la elección.

4º.- Que esa autoridad se haya ejercido en el respectivo departamento.

Vínculo de parentesco

El parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad entre José Iván Clavijo Contreras y David Gilberto Haddad Clavijo se encuentra acreditado con las fotocopias autenticadas de registro civil que obran a folios 21, 58, 60 y 61 del cuaderno principal y 8, 9 y 10 del cuaderno No. 2.

En efecto, según el registro civil de nacimiento que obra a folio 61 del cuaderno principal se determina que José Iván Clavijo Contreras es hijo de Josefa Contreras, identificada con la cédula de ciudadanía No. 27'569.461 de Cúcuta y de Gilberto Clavijo de "Nacionalidad Venezolana"...

Por su parte, David Gilberto Haddad Clavijo es hijo de David Haddad y Ligia Clavijo de Haddad, siendo abuelos maternos Gilberto Clavijo y Josefa Contreras (folios 21, 58 y 60 del cuaderno principal).

De lo anterior se desprende que David Gilberto Haddad es sobrino de José Iván Clavijo Contreras, pues devienen de un mismo tronco, esto es, de Gilberto Clavijo y Josefa Contreras. Así, la madre de David Gilberto Haddad, Ligia Clavijo, es hermana del Diputado José Iván Clavijo Contreras (folios 58 y 61 del cuaderno principal).

Si bien el registro civil de Ligia Clavijo tiene algunas falencias de datos en cuanto a la nacionalidad de Gilberto Clavijo y la identificación de Josefa Contreras, pues no se señala el número de su cédula (folio 9), sí brinda a la Sala el grado suficiente de certeza para demostrar que sus padres son los mismos del Diputado José Iván Clavijo Contreras. Como lo expresa el Tribunal los registros no fueron tachados de falsos y las inconsistencias que presentan pueden explicarse, porque los datos no fueron suministrados por la señora Josefa Contreras directamente sino por Gilberto Clavijo.

Ejercicio de autoridad civil, política y administrativa

Esta Sección ha precisado que por autoridad se ha entendido *"el ejercicio del poder público en poder de mando, que, por consiguiente, ubica en un extremo a los particulares obligados a obedecer, aún por medio de la fuerza pública; que permite nombrar y remover libremente empleados subordinados, aún por medio de delegación; y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones"*⁶

Por su parte los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 establecen:

“ARTÍCULO 188. Autoridad civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

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 si o por delegación.

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

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.

ARTÍCULO 190. Dirección administrativa. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”

En relación con el ejercicio de autoridad política dentro del expediente aparece demostrado que el señor David Gilberto Haddad Clavijo fue nombrado por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, mediante Decreto No. 000012 del 5 de enero de 2004, como Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario (fls. 22 y 23 del cuaderno principal).

Posteriormente, por Decreto No. 000025 del 16 de enero de 2006, también proferido por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, se le nombró como Secretario de Desarrollo Social del Departamento (fls. 24 y 25 ibídem), cargo del cual tomó posesión el 17 de enero de 2006 (folio 26 ibídem). Para el mes de octubre de 2007 figuraba en nómina (folios 43 y 44 del cuaderno principal).

En estas condiciones, dado que el cargo de Secretario de Despacho está catalogado en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994 dentro de los que comportan autoridad política, es viable señalar que el señor David Gilberto Haddad Clavijo la ejerció.

Con referencia a la autoridad administrativa, descrita en el artículo 190 conforme a dos criterios: a) orgánico - atendiendo la naturaleza del cargo - y b) funcional - en torno a las atribuciones del mismo -, precisa anotar lo siguiente:

De acuerdo al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, orgánicamente el desempeño del cargo de Secretario de Despacho acarrea el ejercicio de autoridad administrativa.

En cuanto al criterio funcional, se tiene que de conformidad con el Decreto No. 00213 de 2007, “*Por el cual se modifica el Manual Específico de*

Funciones y de Competencias Laborales para los empleados de la Planta de Personal del Nivel Central del Departamento de Norte de Santander” al Secretario de Desarrollo Social del Departamento “Le corresponde planear, dirigir y controlar el desarrollo y mejoramiento del nivel de vida de las comunidades, a través de la política social en el Departamento, específicamente para el desarrollo de los sectores sociales más vulnerables, como son la niñez, juventud, familia, las mujeres cabezas de hogar, los discapacitados, los adultos mayores y los grupos étnicos; mediante estrategias de coordinación institucional, conformación de redes de gestores y el fortalecimiento de la participación comunitaria.” (Folio 27 del cuaderno principal).

De las funciones aquí descritas no se puede sostener que David Gilberto Haddad Clavijo ostentara autoridad administrativa. Sin embargo, al analizar otros documentos allegados al plenario se advierte que sí lo hizo.

En efecto, por Decreto 000024 del 16 de enero de 2007, el Gobernador de Norte de Santander delegó en los Secretarios de Despacho la ejecución de las etapas precontractual, contractual y postcontractual de los contratos suscritos por el Departamento (Folios 47 a 52). En tal virtud el doctor David Gilberto Haddad Clavijo, en su condición de Secretario de Desarrollo Social del Departamento, suscribió el contrato de suministro No. 001000 del 23 de octubre de 2007, mes de las elecciones, con la sociedad Nortesantandereana de Lácteos S.A. (Folios 53 a 57 del cuaderno principal).

Estando considerada en el inciso segundo del artículo 190 de la Ley 136 de 1994 la función de celebrar contratos como configuradora del ejercicio de autoridad administrativa es dable establecer que David Gilberto Haddad Clavijo la ejerció.

Ahora bien, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sección Quinta del Consejo de Estado, así como la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, en torno a señalar que como a nivel departamental la Ley no ha definido lo que debe entenderse por autoridad política, civil y administrativa, es viable acudir por analogía a lo establecido en la Ley 136 de 1994 para el orden local. Particularmente, la Sección en fallo del 20 de febrero de 2009, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00800-01, actor Edgar Zúñiga Alzamora, sostuvo:

“(…) la Sala aclara que si bien los criterios de autoridad política y administrativa, previstos en los artículos 189 y 190 de la ley 136 de 1994, están dictados originalmente respecto al orden municipal, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que esa circunstancia no es óbice para que los referidos criterios puedan ser tenidos en cuenta respecto de la noción que contienen, en asuntos del orden departamental, como quiera que el legislador no los define en relación con dicho nivel seccional, situación que permite acudir al Estatuto Municipal a título de referente conceptual. Al respecto, en reciente fallo esta Sección se pronunció en el siguiente sentido:

‘Sostiene el apoderado del demandado que para decidir esta controversia jurídica no podía acudirse, como en efecto se hizo por el A-quo, a los criterios de autoridad civil, autoridad política y dirección administrativa previstos en los artículos 188, 189 y 190 respectivamente de la Ley 136 de 1994, por tratarse de una norma expedida para el nivel municipal. Pues bien, aunque es cierto que la anterior norma jurídica tiene como destinatarias esas entidades territoriales, por haberse titulado “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, el argumento no tiene vocación de prosperidad toda vez que con él se desconoce el carácter inacabado del ordenamiento jurídico así como que la función legislativa no es una actividad que logre ofrecer un precepto para cada situación.

Es por ello que el ordenamiento jurídico Colombiano consagra la figura de la analogía legis en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 que admite la posibilidad de que si “no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes”, de modo que permita a los operadores jurídicos, cuando se enfrentan a la decisión de un problema jurídico, incorporar a unas determinadas disposiciones otras prescripciones legales con afinidad en sus supuestos fácticos, al punto que no pueda pretextarse insuficiencia legislativa.

De acuerdo con la propia Doctrina Constitucional, al determinar la constitucionalidad de ese precepto, “La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma”⁷. Es decir, se trata de una de las herramientas de mayor utilidad al momento de aplicar las normas jurídicas, ya que permite incorporar en las mismas otros preceptos que se ocupen de materias allí citadas pero no definidas, circunstancia ésta que además de lógica resulta útil.

Ahora, como dentro del proceso se debate el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa por parte del gobernador en un determinado municipio, y como quiera que para el nivel seccional el legislador no ha expedido disposiciones que definan cada uno de esos conceptos, resulta

pertinente acudir a lo que sobre el particular tiene prescrito la Ley 136 de 1994 en sus artículos 188, 189 y 190, pues por tratarse de situaciones y materias análogas el operador jurídico bien puede acudir a los mismos, posición que ha sostenido la Sección de tiempo atrás:

“Aunque el legislador no se ha ocupado de identificar en el orden departamental qué funcionarios ejercen autoridad civil, política o administrativa, como tampoco qué ha de entenderse por ella, por conducto de la analogía prevista en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, es factible acudir a las acepciones dadas sobre tales temas por la Ley 136 de 1994 para el nivel local.”⁸

Igualmente ha sostenido:

“En torno a los conceptos de autoridad civil o administrativa los únicos referentes legislativos se hallan en los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, que pese a ser el precepto “Por el cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” (Resalta la Sala), por analogía legis pueden ser empleados para tener una aproximación a lo que por dichos conceptos ha de entenderse en el plano departamental.”⁹

Pero no ha sido solamente la Sección Quinta la que ha mantenido esa posición integradora frente a la posibilidad de que los criterios de autoridad previstos en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 se apliquen para otros niveles de la administración pública, distintos a los del nivel local, ya que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha admitido de vieja data y en diferentes fallos que los criterios de autoridad dispuestos en aquellas normas sirvan igualmente para determinar el contenido y alcance del régimen de inhabilidades de los congresistas (Art. 179 C.N.), cuando se decide sobre la pérdida de investidura de un Congresista de la República (Arts. 183 y 184 C.N.), acudiendo precisamente a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, en otras palabras admitiendo que la analogía legis sí es de recibo en materias relativas a las inhabilidades.

Sin embargo, podría replicarse a lo anterior que el principio de la capacidad electoral consagrado en el numeral 4 del artículo 1 del Decreto Ley 2241 de Julio 15 de 1986 “Por el cual se adopta el Código Electoral”, impide acudir a la analogía al señalar en su parte final que “las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida”. Desde luego que la Sala acoge ese postulado, pues en tratándose de la eventual afectación del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (Art. 40 C.N.), la apreciación del régimen de inhabilidades debe ser restrictiva; empero, ese carácter restrictivo significa, precisamente, que no debe ser extensivo, esto es que no puede acogerse como causal de inhabilidad un supuesto de hecho no previsto directamente por el constituyente o por el legislador, por manera que lo prohibido es el empleo de la analogía para adicionar a las causales de inhabilidad legalmente previstas una causal de inhabilidad inherente a un régimen diferente o establecida para situaciones diversas, por ejemplo si al régimen de inhabilidades para ser congresista se le agregara alguna de las inhabilidades previstas para un cargo o dignidad distinta.

Bien distinto es el caso aquí estudiado. En ningún momento se acude a otro régimen de inhabilidades para determinar si el demandado resultó elegido estando incurso en la causal de inhabilidad endilgada; es más, tampoco se desborda el marco normativo del numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, pues solamente y ante la existencia en el precepto de los criterios de “autoridad civil, política, administrativa”, que no están allí mismo definidos, se hace uso de la analogía para fijar su contenido a través de lo prescrito en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, lo que además resulta legalmente viable en atención a que así lo autoriza el artículo 28 del Código Civil al prescribir que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal” (Negritas no son del original).

Esto implica, además, que para definir el contenido de esos criterios de autoridad no se debe acudir en primer término a las acepciones generales del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ya que el legislador sólo habilita acudir allí de manera supletoria, ante la inexistencia de concepto legal, pues de existir éste su aplicación resulta obligatoria y excluyente de las lecturas generales que al efecto existan’. Sentencia del 12 de junio de 2008. M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Exp. 2007-0153”¹⁰.

De suerte que, en razón a la naturaleza, jerarquía, grado de autonomía del cargo que ocupa el señor David Gilberto Haddad Clavijo dentro de la estructura de la administración departamental y a las funciones asignadas conforme a la ley y el reglamento, se concluye que como Secretario de Desarrollo Social del Departamento de Norte de Santander, ejerció autoridad política y administrativa - mas no autoridad civil -, en los términos previstos en los artículos 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, normas que si bien es cierto se refieren a servidores públicos del orden municipal, sirven como referente para determinar el alcance y sentido de tales conceptos.

Conforme a dicha preceptiva el cargo de Secretario de Despacho está catalogado expresamente por el legislador dentro de los que comportan

ejercicio de autoridad política. Además, al suscribir contratos el señor Haddad Clavijo desplegó autoridad administrativa y, por ello, se considera que se configura otro de los supuestos sobre los que se edifica la causal de inhabilidad prevista en el artículo 33 - 5 de la Ley 617 de 2000.

Término de ejercicio de la autoridad

Según Acta de Escrutinio de Votos formulario E- 26 AS del 4 de noviembre de 2007, está demostrado que el señor José Iván Clavijo Contreras fue elegido en los comicios celebrados el 28 de octubre de 2007 como Diputado de la Asamblea del Departamento de Santander, para el período comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011 (folios 37 a 42).

Durante los doce meses anteriores a la elección, conforme quedó analizado en el acápite anterior, su sobrino David Gilberto Haddad Clavijo, en su condición de Secretario de Desarrollo Social del Departamento de Norte de Santander, para el cual fue nombrado mediante Decreto No. 000025 del 16 de enero de 2006, ejerció autoridad política y administrativa.¹¹

Circunscripción en la cual se ejerció la autoridad

El señor José Iván Clavijo Contreras fue elegido Diputado del Departamento de Norte de Santander, misma circunscripción en la cual su sobrino ejercía autoridad política y administrativa.

Conclusión

No se requiere abundar en razonamientos adicionales para llegar a establecer que el señor José Iván Clavijo Contreras está inmerso en la causal de inhabilidad prevista en los artículos 33-5 de la Ley 617 de 2000 y 179-5 de la Constitución Política, dado que dentro del año anterior a su elección su sobrino, el señor David Gilberto Haddad Clavijo, ejerció autoridad política y administrativa como Secretario de Desarrollo Social del Departamento de Norte de Santander.

En razón de lo analizado se impone confirmar la sentencia apelada.

III. LA DECISION

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

FALLA:

Primero.- Confirmase la sentencia del 25 de abril de 2008 por la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró la nulidad parcial del acto administrativo del 4 de noviembre de 2007, contenido en el Acta de Escrutinio de los Votos para la Asamblea Departamental suscrita por la Comisión Escrutadora Departamental- Formulario E-26 AS -, en cuanto declaró la elección del señor José Iván Clavijo Contreras como Diputado a la Asamblea de Norte de Santander por el Partido Conservador Colombiano para el periodo 2008-2011.

Segundo.- Se reconoce al doctor Mario Alario Méndez, portador de la Tarjeta Profesional No. 19.284, como representante judicial del señor José Iván Clavijo Contreras, en los términos del poder conferido obrante a folio 186.

Ejecutoriado el presente fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE.

FILEMON JIMENEZ OCHOA

Presidente

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Aclara voto

Conjuez

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MAURICIO TORRES CUERVO

Salva voto

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO

Secretario

ACLARACION DE VOTO

Consejera: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Bogotá D. C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009)

No obstante haber estado de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala en sentencia del 4 de junio de 2009, proferida dentro del proceso electoral de la referencia, con el debido respeto por la posición de mis compañeros de Sección expreso que no ha debido hacerse alusión al Comunicado de Prensa No. 23 del 13 de mayo de 2009, emitido por la Corte Constitucional para hacer saber que mediante sentencia C-325 de 2008 se declaró inexecutable la expresión “segundo grado de consanguinidad”, contenida en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, por lo siguiente:

El principio de legalidad, componente esencial del Estado de Derecho, se constituye en un deber para todos los servidores públicos, en el sentido de que su desempeño debe cumplirse con sujeción al ordenamiento jurídico y al marco funcional provisto a nivel constitucional, legal y reglamentario. Así se infiere, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 6 Constitucional al señalar que “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”, o de lo previsto en el artículo 121 ibídem al consignar que “*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*”, de lo prescrito en el artículo 123 ejusdem que dispone: “*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*”. En fin, todos los servidores públicos, sin importar el orden o nivel al que pertenezcan, están sujetos al principio de legalidad, y por lo mismo sus actuaciones no pueden ignorar o desbordar el marco funcional que los rige.

De otra parte, el principio de legalidad es al tiempo una garantía para los asociados, pues sabido se tiene que su advenimiento con el Estado de Derecho obedeció a la interdicción de la arbitrariedad, postulado que buscaba arrebatar de las manos del monarca la plenitud de poderes que lo llevaron al absolutismo y de paso a hacer cuanto se le ocurriera, para que el mismo fuera dividido entre las distintas ramas del poder público, a fin de que en una especie de pesos y contrapesos el poder se controlara a sí mismo y ningún funcionario o autoridad pública hiciera cuanto quisiera, sino sólo aquello que la ley le autorizaba.

Aunque en el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución se asignó a la Corte Constitucional la competencia para darse su propio reglamento,

en el artículo transitorio 23 de la misma obra el constituyente revistió al Presidente de la República “de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los dos meses siguientes a la promulgación de la Constitución dicte mediante decreto, el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”. Basado en esa potestad el Presidente de la República expidió el Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991 “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”, donde se reguló, entre otras cosas, lo atinente a la sentencia y su forma de notificación, así:

“ARTÍCULO 16.- La parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte.

La sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión.

El Secretario enviará inmediatamente copia de la sentencia a la Presidencia de la República y al Congreso de la República. La Presidencia de la República promoverá un sistema de información que asegure el fácil acceso y consulta de las sentencias de la Corte Constitucional.” (Subrayas fuera del original)

Según la disposición anterior, la Corte Constitucional está sujeta a ciertas formalidades y deberes en lo que respecta a la forma como deben darse a conocer sus fallos. Allí bien claro se dice que la parte resolutive de las sentencias sólo pueden difundirse junto con su parte motiva y las aclaraciones y salvamentos que se susciten “debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte”. También se estableció allí como medio oficial de comunicación de las sentencias el edicto, aunque se impulsó la idea de establecer un sistema de información que facilite a los interesados su consulta.

No obstante ese marco normativo, la Corte Constitucional viene acudiendo a los Comunicados de Prensa para divulgar las decisiones adoptadas en su seno, sin que ninguna norma jurídica se lo permita. Ha hecho carrera en esa corporación, la práctica de que las decisiones se asumen en determinada fecha y el texto definitivo del fallo, debidamente suscrito por los Magistrados, solamente se viene a conocer meses después, creándose en el entretanto un limbo jurídico que la misma corporación quiera subsanar apelando a los Comunicados de Prensa, como si pretendiera otorgarles fuerza vinculante, cuando está demostrado que ninguna norma jurídica autoriza ese proceder y mucho menos les otorga fuerza jurídica.

Así las cosas, dado que aún no se ha expedido materialmente la sentencia C-325 de 2009, no era procedente que la Sala, en el fallo aclarado, aludiera a esa decisión con sólo el Comunicado de Prensa, pues está visto que se trata de una actuación sin ningún respaldo legal y por lo mismo carente de toda fuerza vinculante.

En estos términos aclaro mi voto y reitero mi respeto por la opinión ajena.

Atentamente,

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Consejera de Estado

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., diez (10) de agosto de dos mil nueve (2009).

Comoquiera que la providencia sobre la cual ahora salvo mi voto está sustentada en la decisión que la Sala acogió en el fallo dictado el 31 de julio de 2009, dentro del proceso nulidad de carácter electoral radicado bajo el N° 200012331000200700240-01, iniciado por la señora Yliana Karina González Corpas, considero que las razones que en esa oportunidad expuse ostentan validez también en esta ocasión.

Por lo anterior, con todo respeto, me remito a lo que consigné en dicha ocasión como disenso¹².

"(...) Corresponde a la Sala determinar si en el evento sometido a consideración en la presente demanda, procede o no revocar el fallo de primera instancia dictado por el Tribunal Administrativo del Cesar que negó la anulación del acto de elección del señor Alberto Castro Baute como Diputado de la Asamblea Departamental del Cesar para el periodo 2008 - 2011, porque como se alega, para la época de la elección se encontraba inhabilitado en virtud de estar incurso en la causal contenida en el artículo 37 numeral 4° de la Ley 617 de 2000, en concordancia con el artículo 179 Superior, puesto que su sobrino, el señor Ciro Arturo Pupo Castro, ejerció como Alcalde del municipio de Valledupar hasta el 31 de diciembre de 2007, situación que establece la condición de parentesco y el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa en el Departamento.

1. DEL CASO CONCRETO.-

En el sub examine se alega que el demandado se encuentra inhabilitado por incurrir en la causal prevista en el numeral 4° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que dispone:

ARTICULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

[...]

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el 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 con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

[...]"

Si bien este artículo que es el citado por la demandante no contempla el régimen de inhabilidades para los Diputados, también se alega en la demanda para sustentar la existencia de inhabilidad en que predica se hallaba incurso el demandado, el artículo 179, numeral 5° de la Constitución Política, que prevé:

"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.

[...]” (Resaltas y subrayas fuera del texto)

El a quo abordó el estudio de la demanda por interpretar que en esencia lo que censura es que por remisión, le es aplicable a los Diputados y a los Alcaldes, el régimen de inhabilidades de los Congresistas previsto en la norma constitucional.

Al respecto considero que no obstante caracterizarse la jurisdicción contencioso administrativa, en un amplio margen, por ser de naturaleza rogada, especialmente en procesos de estirpe sancionatoria como lo es la acción de nulidad electoral, lo cual impone al demandante la carga procesal de señalar los preceptos vulnerados y el alcance de la transgresión que de éstos plantea, ámbito que delimita el marco del análisis y de la decisión a tomar por el juez quien se supedita a las censuras propuestas, ello sin embargo no constituye óbice de absoluta rigidez que le impida de manera total dentro de márgenes de razonabilidad y de proporcionalidad, interpretar integralmente el libelo auscultando su sentido útil y eficaz de manera que garantice al actor el acceso a la justicia con la obtención de una decisión de fondo sobre la controversia, tomando para ello en consideración que, en todo caso, se trata de una acción pública.

Esta perspectiva tiene fundamento constitucional en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

Bajo este enfoque sí procedía proferir sentencia de fondo porque es posible advertir del escrito de demanda, que el problema jurídico que se plantea radica en establecer si prevalece, para la estructuración de la inhabilidad que se predica del demandado, ubicar la situación en la hipótesis que consagra el artículo 179 numeral 5° de la Constitución Política, con prevalencia sobre el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 según el cual se incurre en inhabilidad para ser elegido Diputado a la Asamblea Departamental si se es pariente hasta el segundo grado de consaguinidad con funcionario que haya ejercido dentro de los doce meses anteriores a la elección autoridad civil, política, administrativa o militar. Por su parte la Carta Política señala¹³ que la inhabilidad se presenta extendida hasta el tercer grado de consaguinidad. A las voces del inciso 2° del artículo 299 de la Carta que reglamenta la conformación y el funcionamiento de las Asambleas Departamentales, “El régimen de inhabilidades e incompatibilidades no podrán ser menos estricto que el señalado para los Congresistas en lo que corresponda”, y es esta disposición la que constituye el fundamento del reproche que la demandante plantea a la elección acusada.

El señor *Ciro Arturo Pupo Castro*, sobrino del elegido, ejerció el cargo de Alcalde del municipio de Valledupar durante el período 2004-2007, con lo cual la demandante estima que se configura en su caso la causal consagrada en el numeral 5° del artículo 179 Superior.

El régimen de inhabilidades para lo Diputados está previsto en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000.

Por su parte, el artículo 299 constitucional prevé:

“ARTICULO 299. En cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. NO PODRÁ SER MENOS ERICTO que el SEÑALADO PARA LOS CONGRESISTAS en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrá la calidad de servidores públicos.

Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección.

Los miembros de la Asamblea Departamental tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fijen la ley.”¹⁴

Según lo dispuesto en los artículos 293¹⁵ y 299¹⁶ de la Constitución Política, la determinación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados departamentales es materia de regulación deferida al Legislador. En desarrollo de esta potestad, el Congreso de la República expidió la Ley 617 de 2000 y se ocupó, en el artículo 33, de definir las causales de inhabilidad de estos servidores.

Es necesario entonces determinar, en atención a los argumentos que sustentan la apelación y al concepto emitido por el Ministerio Público, si procede, bajo la excepción de inconstitucionalidad, inaplicar el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, por ser manifiestamente opuesto al artículo 179 Superior, caso en el cual prosperaría la causal de nulidad propuesta y procedería entonces revocar la decisión apelada.

El artículo 299 de la C.P. señala que el régimen de inhabilidades no podrá ser menos estricto del fijado para los Congresistas. Es preciso comenzar por analizar el alcance de este señalamiento acudiendo para ello a la definición que sobre la acepción “régimen”, registra el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

“Régimen. (Del lat. régimen).

1. m. CONJUNTO DE NORMAS que gobiernan o rigen una cosa o una actividad.
2. m. Sistema político por el que se rige una nación.
3. m. Modo regular o habitual de producirse algo. El régimen de lluvias no ha cambiado en los últimos años.
4. m. CONJUNTO DE NORMAS referentes al tipo, cantidad, etc., de los alimentos, que debe observar una persona, generalmente por motivos de salud.
5. m. [...]” (resaltas y subrayas fuera de texto)

Siendo el régimen “un conjunto” de normas regulatorias, valorarla exigencia de si “el régimen” de inhabilidades de los Diputados es o no menos estricto que el de los Congresistas requiere de un análisis integral de su contenido, atendiendo a la naturaleza de unidad que implica “el conjunto”. Es preciso para ello partir de un paralelo entre las previsiones de la norma superior frente a las que consagra la Ley 617 de 2000.

ARTICULO 179 DE LA CONSTITUCION POLITICA

ARTICULO 33 DE LA LEY 617 DE 2000

ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.

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.

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

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.

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.

ARTICULO 33. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

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

Este paralelo permite concluir que el régimen de inhabilidades que prevé el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, para ser Diputado, es más estricto, estimado en conjunto, que el señalado para ser Congresista por el artículo 179 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

El ejercicio de autoridad que se establece como causal de inhabilidad para quien aspira a ser Diputado por la Ley 617 de 2000 cubre a quienes tengan vínculos de parentesco dentro del respectivo Departamento y ejerzan además de la autoridad política o civil¹⁷, también la administrativa o militar.

El ordenamiento Superior prevé que esta inhabilidad se configura cuando tales formas de autoridad se ejerzan para el momento de de la elección. Por su parte, en cambio, la ley extiende tal ejercicio a los doce (12) meses anteriores a la elección.

El ejercicio de la autoridad según la disposición constitucional se limita a la circunscripción en la que se realiza la elección, mientras que en la Ley abarca las circunscripciones municipales, como integrantes del Departamento.

La inhabilidad surgida de haber perdido la investidura en el régimen de Diputados abarca no sólo el decreto de pérdida de investidura como congresista, sino que se extiende a la pérdida de investidura de diputado y concejal.

En el régimen de la Ley 617 es causal de inhabilidad haber sido excluidos del ejercicio de una profesión o encontrarse en interdicción para el ejercicio de funciones públicas. Estas situaciones no las contempla la norma constitucional.

La intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos con entidades públicas, bien en interés propio o de terceros, en la Ley 617 de 2000 se extiende, para quienes aspiren a ser elegidos Diputados, a un año anterior a la elección. Por su parte los Congresistas comprende únicamente los seis (6) meses anteriores a la elección.

Comprobado que no es posible aseverar que “el régimen” de inhabilidades de los Diputados integralmente considerado, asumido como un conjunto, es menos estricto que el establecido para los congresistas, no existe inobservancia por parte del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 al mandato contenido en el artículo 299 Superior.

La Corte Constitucional¹⁸ ha sostenido que para que proceda inaplicar una ley por la excepción de inconstitucionalidad es necesario que la incompatibilidad de ésta con la Constitución Política sea evidente, esto es, que aparezca de bulto, de manera tal que el juzgador, sin ningún asomo de duda y sin tener que acudir a disquisición de fondo, aprecie que la disposición contraría preceptos de orden superior.

Cuando tal definición exija, como en el presente evento, análisis con algún nivel de complejidad, establecer la reposición con la carta corresponde a un asunto de competencia de la Corte Constitucional, llamada a definir, vía acción de inconstitucionalidad, si la disposición del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 infringe los artículos 179 numeral 5° y 299 de la Carta Política, en tanto la causal de inhabilidad por parentesco la establece para congresistas en el segundo grado de parentesco de consanguinidad. Mientras no exista pronunciamiento oficialmente expedido por el órgano judicial competente que declare inexecutable este numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, no le es permitido al Juez Contencioso inaplicarlo admitiendo el planteamiento que para ello se sugiere en la demanda. Además, los fallos de inconstitucionalidad por regla general operan hacia adelante razón por la cual no cubren situaciones consolidadas al amparo de la ley que en dicha época gozaba de presunción de estar ajustada a la Carta.

De otra parte, por ser la acción de nulidad electoral de stirpe sancionatoria en la cual adquiere preeminencia superlativa el principio de legalidad, exige el mayor cuidado la consideración y la definición sobre la viabilidad de la inaplicación del precepto legal por inconstitucional cuando, como en este caso, se trata de una inhabilidad para ser elegido. La postura que al respecto se asuma tiene además implicaciones en el alcance de las limitaciones legales al derecho fundamental de ser elegido, necesario de valorar bajo los principios pro homine y pro libertati.

Por tanto, jurídicamente no procedía inaplicar el artículo 33 numeral 5° de la Ley 617 de 2000, debido a los razonamientos explicados y además, porque de acuerdo con el artículo 230 Superior, los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

Cabe agregar como factible que la consagración por el Legislador en el artículo 33 numeral 5 de la Ley 617 de 2000 de fijar la inhabilidad por parentesco para los Diputados hasta el segundo grado de consanguinidad, obedezca al propósito de guardar armonía y coherencia con el inciso segundo del artículo 292¹⁹ Superior que establece la prohibición de designar como funcionarios públicos para ejercer cargos en la respectiva entidad territorial, a parientes de los diputados, también hasta este mismo grado de consanguinidad.

Igualmente, tiene significación, como apoyo a la tesis que sustento, la circunstancia de que cuando el artículo 179 en su 2° inciso dispone que “la ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contempladas en estas disposiciones”, aludiendo a los miembros de las otras corporaciones públicas de elección popular, esto es, a las territoriales, no sujeta tal reglamentación a grado de rigidez alguno.

Otro argumento más de consideración no menos importante que me impide a la Sala admitir la inaplicación por inconstitucional el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 es el relativo al aspecto certeza y seguridad de los aspirantes en la plena legitimidad que ostenta la ley especial sobre inhabilidades, que constituyó la base sobre la cual definieron y edificaron la integridad de su candidatura. Tal situación les creó lo que podría denominarse una especie de confianza legítima sui-generis, atinente a las precisas limitaciones legalmente consagradas para ejercer el derecho político de carácter fundamental a ser elegidos. Dicha norma, en este caso, para quienes aspiran a ser Diputados a las Asambleas Departamentales es, precisamente, el artículo 33 numeral 5° de la Ley 617 de 2000. De manera que, sancionar, luego de una elección conseguida con apoyo legal en la seguridad de no estar incurrido en la inhabilidad, con la nulidad de tal elección, porque las causales de inhabilidad en las que se basó y en las que confió el elegido respecto a no hallarse incurrido desde cuando inscribió su candidatura, se decide a - posteriori que no son congruentes con la Constitución Política y que la desconocen, significa sorprenderlo tardíamente con una postura desproporcionada frente al fin pretendido por el régimen de inhabilidades, con implicaciones de repercusión en el debido proceso.

Conforme lo dispone el artículo 33, numeral 5° de la Ley 617 de 2000 no puede ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

“[...]

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

Al examinar los presupuestos para dar por probada esta inhabilidad, en el sub lite, se aprecia lo siguiente:

La elección del demandado.-

Según Acta de escrutinio de votos para la Asamblea, formulario E-26AS del 11 de noviembre de 2007 (fls. 18-33), el señor Alberto Castro Baute fue elegido como miembro a la Asamblea del Departamento del Cesar por el período 1° de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2011.

El vínculo de parentesco.-

En la demanda se alega que los señores Alberto Castro Baute y Ciro Arturo Pupo Castro los une el vínculo de parentesco en tercer grado de consanguinidad. Para acreditar esta familiaridad se allegaron al expediente copia auténtica de los siguientes registros civiles:

Del señor Alberto Castro Baute, registro de la Notaria Primera de Valledupar, en el que se certifica que son sus padres los señores Emma Baute

Borrego y Pascual Antonio Castro Céspedes. (fl. 128)

Del señor Ciro Antonio Pupo Castro, registro de la Notaria Primera del Círculo de Barranquilla donde se acredita que es hijo de los señores Edgardo Pupo y Nelly Castro y, son sus abuelos maternos, los señores Pascual Castro y Emma Baute. (fl. 135)

De tales certificados se acredita el vínculo familiar de parentesco²⁰ que los une: tercer grado de consaguinidad²¹.

Pero el numeral 5° del artículo 33 de la citada Ley 617 de 2000, establece para que se configure la inhabilidad el grado de parentesco únicamente se extiende hasta el segundo de consaguinidad. De manera entonces que este presupuesto no se da. Procede por tanto confirmar el fallo apelado, que le negó prosperidad a las pretensiones de la demanda”.

En esos términos, dejo consignadas las razones de mi salvamento.

Atentamente,

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Consejera de Estado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil números 1347 de 2001 y 1831 de 2007.

2 Concepto 1320 de 2001 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y sentencia del 8 de agosto de 2000, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente S – 140.

3 Sentencia del 8 de agosto de 2000, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente S – 140.

4 Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1347 de 2001 y Sala Plena de esta Corporación, sentencia del 1º de febrero de 2000, expediente AC 7974

5 Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 14 de julio de 2005, expediente No. 3543.

6 Sentencias del 29 de abril de 2005, expediente 3182 y del 3 de diciembre de 1999, expediente 2334.

7 Corte Constitucional. Fallo C-083 de marzo 1 de 1995.

8 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de Febrero 17 de 2005. Expediente: 270012331000200300764-02 (3441). Actor: Luis Ernesto Asprilla MENA. Demandado: Diputado del Chocó.

9 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de Marzo 17 de 2005. Expediente: 150012331000200302963-02 (3523). Actor: César Augusto López Morales. Demandado: Concejal de Tunja.

10 En el mismo sentido pueden consultarse el Concepto 1831 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y las sentencias del 19 de marzo de 2002, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, actor Luis Gerardo Ochoa Sánchez, radicación No. 11001-03-15-000-2001-0155-01(PI); del 5 de junio de 2003, Sección Quinta del Consejo de Estado, actor Samuel Duarte, radicación número 73001-23-31-000-2000-03653-02(3090); del 17 de marzo de 2005, Sección Quinta del Consejo de Estado, actor César Augusto López Morales, expediente No. 15001-23-31-000-2003-02963-02(3523); y, del 17 de febrero de 2005, Sección Quinta, actor Luis Ernesto Asprilla Mena, radiación No. 27001-23-31-000-2003-00764-02(3441).

11 Recuérdese que según documentales obrantes a folios 43 y 44 del cuaderno principal para el mes de octubre de 2007, mes de las elecciones, figuraba en nómina.

12 *Salvamento de Voto de la Dra. Susana Buitrago Valencia a la providencia del 31 de julio de 2009. Expediente N° 200012331000200700240-01. Demandante: Yliana Karina González Corpas. Acción Electoral.*

13 *En el régimen aplicable a los Congresistas.*

14 *Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 46.672 de 27 de junio de 2007. Empieza a regir a partir del 1o. de enero de 2008.*

- Inciso 1o. modificado por el artículo 16 del Acto Legislativo 1 de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 45.237, de 3 de julio de 2003. INEXEQUIBLE- Inciso 2o. modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 2 de 2002 publicado en el Diario Oficial No. 44.893, de 07 de agosto de 2002. Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo No. 1 de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 42.688 del 17 de enero de 1996.

15 *ARTICULO 293. Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.*

16 *“ARTICULO 299. En cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, [...]*

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados SERA FIJADO POR LA LEY. NO PODRA SER MENOS ESTRICTO que el SEÑALADO PARA LOS CONGRESISTAS EN LO QUE CORRESPONDA. El período de los diputados será de cuatro años y tendrá la calidad de servidores públicos.

17 *Esta es la autoridad que contempla la norma constitucional.*

18 *Ver sentencia Sentencia T-249/06*

19 *Incompatibilidades de Diputados y Concejales [...] No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en EL SEGUNDO GRADO DE CONSANGUINIDAD, primero de afinidad o único civil”. (Subrayas fuera del texto).*

20 *Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están*

unidas por los vínculos de la sangre. (Artículo 35 del Código Civil)

21 GRADOS DE CONSANGUINIDAD. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí. (Artículo 35 del Código Civil)

LINEA TRANSVERSAL En la línea transversal se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc. (Artículo 46 del Código Civil)

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 03:11:33