

Sentencia SU207/22

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN MEDIO DE CONTROL NULIDAD ELECTORAL-Interpretación constitucional de la causal de inhabilidad relativa al parentesco, para desempeñar cargo de elección popular

Cuando deba determinarse la configuración de la inhabilidad de un funcionario municipal elegido por su parentesco con un funcionario departamental, la autoridad judicial debe realizar una valoración probatoria concreta y ajustada a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ello impone un examen específico de la probabilidad real -más allá de potencial- de ejercer la autoridad administrativa en el nivel municipal y, de esta forma, incidir a los electores. No es posible la valoración genérica o abstracta fundada solo en consideraciones formales sobre la naturaleza de la entidad.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Configuración/DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

SEPARACION DEL PRECEDENTE-Carga argumentativa de transparencia y suficiencia del juez para apartarse del precedente

CARACTERIZACION DEL DEFECTO SUSTANTIVO POR AUSENCIA DE MOTIVACION

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION-Estructuración

DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO-Derecho político derivado de calidad de ciudadano

DERECHO AL VOTO-Elementos del núcleo esencial

(...) el contenido básico del derecho al voto comprendía tres elementos: (i) la libertad política

de escoger un candidato; (ii) el derecho que tienen los ciudadanos a obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a término de manera adecuada y libre; y (iii) el deber ciudadano de contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista de las instituciones estatales.

REGLAS DE PROCEDIMIENTO ELECTORAL-Contenido y relevancia constitucional/REGLAS DE PROCEDIMIENTO ELECTORAL-Importancia

(...), las reglas electorales en cuanto (i) fijan procedimientos para concurrir a las elecciones, (ii) establecen condiciones que deben satisfacer los aspirantes para participar en ellas y (iii) prevén mecanismos institucionales para asegurar su cumplimiento, constituyen un presupuesto de existencia del sistema democrático. Precisamente en esa dirección la Corte ha señalado que “[n]o basta con la mera expresión de la voluntad popular”. Se requiere “que dicha voluntad se haya expresado conforme al ordenamiento jurídico, de suerte que cualquier desconocimiento de las prescripciones en la materia, acarreen la nulidad de las elecciones o del voto individualmente considerado”.

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Fundamental

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Restricciones

INHABILIDADES-Concepto/INHABILIDADES-Propósitos

(...), las inhabilidades, las incompatibilidades y las prohibiciones buscan regular el acceso y ejercicio de la función pública “en condiciones de igualdad, moralidad, transparencia y probidad en la ejecución de los fines del Estado, ya que pretenden la realización de intereses colectivos”. Por tal razón, para la jurisprudencia constitucional, las circunstancias y las condiciones personales y funcionales que configuran las inhabilidades, las incompatibilidades y las prohibiciones son límites y restricciones legítimas al derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

REGIMEN DE INHABILIDADES-Jurisprudencia constitucional

RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD COMO LIMITES A LA CONFIGURACION LEGISLATIVA DE INHABILIDADES-Jurisprudencia constitucional

(...), las restricciones deben responder a criterios de razonabilidad y la proporcionalidad, así como a los principios pro libertatis, pro persona o pro homine. Según estos principios, cuando existan dudas en el alcance interpretativo de una inhabilidad, debe preferirse aquella interpretación que: (i) menos limite el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos (principio pro libertatis); y (ii) implique la menor restricción del derecho de participación política del elegido (principio pro homine).

INHABILIDADES PARA ACCESO A CARGOS O FUNCIONES PUBLICAS-Jurisprudencia constitucional/INHABILIDADES-Interpretación restrictiva

PRINCIPIO PRO FAVOR LIBERTATIS/PRINCIPIO PRO PERSONA-Aplicación

(...), entre dos interpretaciones posibles “siempre se deberá elegir aquella que haga efectivos los principios y valores constitucionales en que se funda el derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos”. La autoridad judicial debe preferir la interpretación “que limite en menor medida (...) el derecho de las personas a acceder a cargos públicos”.

PRINCIPIO PRO HOMINE-Concepto/PRINCIPIO PRO HOMINE-Alcance

(...), los jueces deben acoger aquella interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos, pues se trata de garantizar que, en cada caso, la comprensión de las disposiciones jurídicas que prevén sanciones o limitaciones se lleve a cabo sin acudir a criterios extensivos o analógicos, y tome en cuenta el principio de legalidad. Ello debe ser así, en últimas, de acuerdo con los criterios pro homine, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano.

PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONFORME A LA CONSTITUCION-Contenido y aplicación

Con base en el principio de interpretación conforme, la Corte ha sostenido que los métodos tradicionales de interpretación (sistemático, histórico, teleológico y gramatical) deberán garantizar la eficacia de las facetas jerárquica, directiva e integradora de la Constitución. Con fundamento en el principio de supremacía constitucional, “el intérprete deberá desechar aquellas opciones interpretativas que contradigan la Carta, incluso cuando las mismas sean un ejercicio razonable de las fórmulas de interpretación mencionadas”. Lo anterior, so pena

de estar violando directamente la Constitución.

DERECHO A CONFORMAR EL PODER PUBLICO-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

RÉGIMEN DE INHABILIDADES-Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre inhabilidad por parentesco

DERECHOS A ELEGIR Y SER ELEGIDO, ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, A EJERCER EL PODER POLÍTICO E IGUALDAD-Configuración de los defectos alegados en la interpretación y aplicación de la causal de inhabilidad por parentesco

DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA-Configuración de los defectos alegados en la interpretación y aplicación de la causal de inhabilidad por parentesco

El defecto sustantivo en tanto se evidencia una inadecuada hermenéutica de las disposiciones que se alegan como desconocidas, en lo que tiene que ver con la probabilidad real de ejercicio de la autoridad administrativa en los municipios en los que los funcionarios elegidos habrán de ejercer sus funciones. Y, de manera consecuencial, el defecto fáctico por la indebida valoración del material probatorio respecto de la probabilidad real de ejercicio de la autoridad por parte del pariente del elegido desde el cargo de secretaria general de la contraloría departamental del Valle del Cauca en el municipio para el cual fue electo el accionante.

Referencia: expedientes T-8.361.046 y T-8.425.408 acumulados

T-8.361.046 Acción de tutela instaurada por Hamilton Raúl García Peñaranda contra el Tribunal Administrativo de La Guajira

T-8.425.408 Acción de tutela instaurada por Milton Fabián Castrillón Rodríguez contra la Sección Quinta del Consejo de Estado y otro

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C. nueve (9) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. Expediente T-8.361.046

Hechos relevantes

a. Sobre la acción de nulidad electoral

* La demanda de nulidad electoral

1. El señor Hamilton Raúl García Peñaranda fue candidato a la alcaldía del municipio de Fonseca (La Guajira), para el período 2020-2023. Dentro del año anterior a las elecciones Flor Elvira García Peñaranda, hermana del señor Hamilton Raúl García Peñaranda, fungió como gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios del Distrito Turístico y Cultural de Riohacha.

1. Ante el Consejo Nacional Electoral se solicitó la revocatoria de la inscripción del señor

García Peñaranda por configuración de la inhabilidad dispuesta en el artículo 37 de la Ley 617 del año 2000, numeral 4. El 16 de octubre de 2019 el Consejo Nacional Electoral -en adelante CNE- profirió la Resolución No. 5872 en la que decidió negar la solicitud al no encontrar configurada la causal de inhabilidad alegada. Consideró que si bien la señora García Peñaranda contaba con facultades de autoridad civil y administrativa como gerente del Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha "...el cumplimiento de estas no puede predicarse con respecto al municipio de Fonseca...[en vista de que]... si bien la ESE que ella gerencia tiene carácter territorial departamental, en la práctica esta institución solo tiene una sede en el municipio de Riohacha, y no se puede inferir ni se observó dentro de las pruebas allegadas al expediente, como tampoco dentro de las funciones establecidas en el decreto 139 de 1996, que en cumplimiento de dichas funciones se ejerza autoridad civil o administrativa concretamente en el municipio de Fonseca (...)”¹.

1. El 27 de octubre de 2019, Hamilton Raúl García Peñaranda fue elegido alcalde del municipio de Fonseca, para el período 2020-2023².

1. El 16 de diciembre de 2019, un ciudadano instauró medio de control de nulidad electoral contra el acto de elección de Hamilton Raúl García Peñaranda³. Sostuvo que Flor Elvira García Peñaranda como gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios del Distrito Turístico y Cultural de Riohacha ejerció autoridad administrativa en todo el territorio del departamento de La Guajira, incluido, el municipio de Fonseca⁴.

* La sentencia de única instancia en el proceso de nulidad electoral

1. El 5 de febrero de 2021, el Tribunal Administrativo de La Guajira declaró la nulidad de la elección de Hamilton Raúl García Peñaranda como alcalde del municipio de Fonseca al encontrar configurada la inhabilidad por parentesco. El tribunal encontró probados los cuatro elementos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado: (i) parentesco⁵, (ii)

temporalidad⁶, (iii) espacial o territorial y (iv) objetivo.

1. Sobre el presupuesto espacial o territorial el tribunal afirmó que (i) según la naturaleza jurídica de la ESE se trata de un “...ente corporativo de carácter público departamental...”. Ello implica que la (ii) “...la inhabilidad cubre toda la circunscripción territorial, esto es, tanto el departamento como cada uno de los municipios que lo conforman”.

1. El alcalde electo aseguró que acorde con la distribución de competencias propias del sistema de salud del departamento de La Guajira era materialmente imposible que su hermana ejerciera autoridad administrativa en el municipio de Fonseca. Frente a este alegato el tribunal accionado sostuvo que la particularidad de la distribución de la red de salud no descartaba la probabilidad de ejercer sus funciones en el municipio de Fonseca.

1. Destacó el tribunal que el Hospital a cargo de la hermana del demandado estaba en el deber de atender a toda la población, incluidos los habitantes del municipio de Fonseca independiente de la forma de organización del servicio público. En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la providencia concluyó que “...la sola coincidencia territorial entre la circunscripción en que se eligió al demandado y la jurisdicción de[l] Hospital...configura a todas luces el elemento espacial de la causal imputada...”. Acoger una interpretación distinta implicaría (i) desatender el precedente del Consejo de Estado derivado de la sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 20 de febrero de 2012⁷ e (ii) ignorar el principio democrático y la igualdad electoral.

1. Con relación al criterio objetivo consideró que Flor García Peñaranda sí detentó autoridad civil, administrativa o política, de acuerdo con los criterios orgánico y funcional. Adicionalmente, atendiendo a las funciones de los gerentes de las ESE, insistió en que la autoridad se ejerce por el solo hecho de detentarla, de ahí que se haya configurado la inhabilidad en estudio.

a. Sobre la acción de tutela presentada por Hamilton Raúl García Peñaranda contra la decisión del Tribunal Administrativo de La Guajira

1. El 2 de marzo de 2021, Hamilton Raúl García Peñaranda⁸, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de La Guajira. Consideró vulnerados sus derechos fundamentales a elegir y ser elegido, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, a participar en el ejercicio del poder político y a la igualdad. En su concepto, la sentencia del 5 de febrero de 2021 incurrió en los defectos que se señalan a continuación.

1. Defecto fáctico. Al dar por probado que Flor Elvira García Peñaranda, en su condición de gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios del Distrito Turístico y Cultural de Riohacha, ejerció autoridad administrativa en el municipio de Fonseca. En concepto del demandante “[s]i bien el ejercicio de esta autoridad es un elemento fáctico que configura la inhabilidad, lo sui generis de este caso es que el defecto de estirpe constitucional advertido está basado en una interpretación normativa, y no en la apreciación de pruebas. En otras palabras, la interpretación de una norma se constituye en la prueba de un supuesto fáctico de la inhabilidad”.

1. Defecto sustantivo por inaplicación de la norma. En tanto el tribunal accionado dejó de aplicar el parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017⁹ el cual establece que “departamento” se refiere a “entidades públicas y sus institutos y entidades descentralizadas” y no “al aspecto territorio”.

1. Desconocimiento del precedente. El tribunal desconoció la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 2 de septiembre de 2005¹⁰. En el proceso que dio lugar a dicha sentencia, se cuestionó la elección de un alcalde porque su hermano se desempeñaba como gerente de una ESE del orden departamental. En esa oportunidad el Consejo de Estado consideró que tratándose de Empresas Sociales del Estado existe una limitante espacial dado

que la autoridad administrativa no puede ser ejercida en todos los lugares del departamento sino en aquellos en los que tiene sede administrativa y/o científica.

El Consejo de Estado precisó que la jurisdicción departamental de las ESE está delimitada por su objeto, esto es, por la prestación del servicio de salud. Por ello, del carácter departamental no puede colegirse el ejercicio de la autoridad administrativa en todos los municipios del departamento. Además, aclaró que la competencia funcional que pueda tener el gerente de la ESE está circunscrita al lugar donde tiene asiento la sede administrativa o científica de la entidad. Pese a la claridad del precedente el Tribunal de La Guajira no se ocupó de ese pronunciamiento argumentando que dicha tesis está “revaluada”.

1. Defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 37 de la ley 617 del año 2000, numeral 4, que modificó el artículo 95 de la ley 136 de 1994. El tribunal acogió una tesis impertinente frente al caso concreto. Según dicha postura para demostrar la potencialidad de ejercer autoridad administrativa no es necesario demostrar el supuesto fáctico de dicho ejercicio. No es razonable concluir que se configuró la inhabilidad sin valorar las pruebas que demuestran que dicha autoridad no se ejerce en el municipio de Fonseca. Además, el accionante refuta que la sentencia cuestionada llegue al extremo de ubicar el ejercicio de la autoridad en el lugar de donde son oriundos los pacientes a los que la ESE presta sus servicios. Esta consideración “conduce a resultados desproporcionados”. Si esto fuera así “la señora FLOR GARCÍA PEÑARANDA ostenta autoridad en Helsinki o Budapest, si en un hospital dirigido por ella se le brinda un servicio de urgencias a turistas provenientes de esos países”.

a. Respuesta de los accionados¹¹

1. El Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira¹² solicitó negar la acción de tutela. Relató las actuaciones adelantadas en el proceso de nulidad electoral y remitió el expediente digital¹³. Indicó, al referirse al desconocimiento del precedente, que aplicó la posición

unificada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo expresada en la sentencia del 20 de febrero de 2012.

1. El Consejo Nacional Electoral¹⁴ y la Registraduría Nacional del Estado Civil¹⁵ solicitaron su desvinculación del trámite de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva.

1. Los ciudadanos Luis Gregorio Amaya Lubo, Luis Emiro Peralta Solano y Hernando Gómez Fernández -Promotores del Grupo Significativo de Ciudadanos Podemos Movimiento Ciudadano-¹⁶ y Álvaro Ignacio Alario Montero¹⁷ solicitaron conceder el amparo. Además de reiterar los argumentos de la acción de tutela precisaron que el tribunal dejó de considerar varias pruebas que demostrarían que el Hospital Nuestra Señora de los Remedios opera solamente como subred hospitalaria en los municipios de Riohacha y Dibulla en el departamento de La Guajira, no en el municipio de Fonseca.

1. Los ciudadanos Adalcilda Ramírez, Agustín Uriana y Lismaibeth Pushiana Gómez¹⁸ solicitaron su desvinculación del proceso por falta de interés en la causa.

1. Los ciudadanos José Jorge Amaya¹⁹ y Carlos Yecith Peralta Daza²⁰ solicitaron declarar improcedente el amparo. Aseguraron que la acción de tutela no cumple con los requisitos de relevancia constitucional y agotamiento de todos los medios de defensa (cuenta con el recurso de revisión art. 248 CPACA). Además, aseguraron que el Consejo de Estado entiende que los municipios y el departamento conforman la misma circunscripción territorial.

a. Decisiones de tutela objeto de revisión

1. Primera instancia. El 27 de mayo de 2021, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró improcedente la solicitud de amparo respecto

de los defectos fáctico y sustantivo por interpretación irrazonable de normas jurídicas. Además, negó la protección respecto de los defectos sustantivos por desconocimiento del precedente judicial y por falta de aplicación de normas jurídicas²¹.

1. Segunda instancia. El 23 de julio de 2021, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revocó la decisión del juez de primera instancia²². En su lugar, tuteló los derechos del accionante y ordenó al Tribunal Administrativo de La Guajira proferir una nueva providencia atendiendo el precedente establecido en la sentencia del 2 de septiembre de 2005.

1. A su juicio, la sentencia del 9 de septiembre de 2005²³, que según el juez de primera instancia en tutela modificó el precedente dispuesto en la sentencia del 2 de septiembre de 2005, tiene supuestos fácticos y normativos distintos a los del caso de la referencia²⁴. De igual manera, la sentencia del 20 de febrero de 2012²⁵ proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado tampoco guardan relación fáctica o jurídica con el caso concreto y, en consecuencia, no le eran aplicables o requerían, para su aplicación, una mayor carga argumentativa que la justificara.

1. Frente a la sentencia del 2 de septiembre de 2005²⁶, la Sala consideró que la autoridad accionada no dio la debida argumentación para justificar su apartamiento pese a guardar el mayor grado de similitud fáctica y jurídica con el caso del señor Hamilton Raúl García Peñaranda.

1. En atención a esta decisión el 23 de agosto de 2021 el Tribunal Administrativo de La Guajira emitió un fallo de reemplazo negando las pretensiones del medio de control de nulidad electoral. Para ello, atendió al precedente dispuesto en la sentencia del 02 de septiembre de 2005 y concluyó:

“(…) no concurre el factor territorial, en tanto y cuanto, con base en la interpretación que ordena el Consejo de Estado, la ordenanza departamental que dispone que la ESE tiene jurisdicción departamental debe interpretarse en el sentido que sus potenciales usuarios y su campo de acción se extienden por todo el departamento, sin embargo, su autoridad administrativa , por el contrario, se limita al municipio en el cual concentra su sede administrativa y financiera, que para el caso concreto es el Municipio de Riohacha (Guajira).

De ahí que, si bien la señora Flor García, fungió como gerente de la ESE Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha faltando solo cinco meses para la elección de alcalde en Fonseca (Guajira) para el período 2020-2024, debe entenderse por la sentencia objeto de cumplimiento, que autoridad administrativa que ostentó no se extendió hasta el referido municipio, luego, la inhabilidad consistente en el hecho de tener un pariente dentro del segundo grado de afinidad que ocupe un cargo de autoridad administrativa “en el respectivo municipio” no se encuentra acreditado”.

A. Expediente T-8.425.408

Hechos relevantes

a. Sobre la acción de nulidad electoral

* La demanda de nulidad electoral

1. En las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019, Milton Fabián Castrillón Rodríguez resultó elegido como concejal del distrito de Cali²⁷. Contra el acto que declaró la elección del actor, una ciudadana formuló demanda de nulidad electoral. Como sustento de la pretensión invocó la causal prevista en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000)²⁸. Señaló que la señora Martha

Castrillón Rodríguez -hermana del concejal electo- ejercía autoridad administrativa y civil en el distrito de Cali en tanto ocupaba el cargo de secretaria general de la Contraloría Departamental del Valle.

1. El 10 de diciembre de 2019 fue admitida la demanda. El demandado -accionante en la acción de tutela que ahora se examina- planteó como argumentos de fondo que (i) el cargo de su hermana como secretaria general en la Contraloría del Valle del Cauca no comporta autoridad civil o administrativa. Aseguró que (ii) la Contraloría del Valle del Cauca es una entidad autónoma, ajena a la rama ejecutiva, por lo tanto, no ejerce sus funciones respecto del distrito de Cali o su contraloría municipal²⁹. Adicionalmente indicó que (iii) los gastos ordenados por su hermana fueron de funcionamiento y no de inversión y (iv) no es posible valorar la configuración de la inhabilidad con base en una delegación de funciones -ordenar viáticos y autorizar comisiones- que se materializó desde antes de la posesión de la ciudadana Castrillón Rodríguez. Finalmente, manifestó que (v) el hecho de que su hermana ejerciera el cargo de secretaria general no le reportó ventaja electoral alguna que conduzca a la inhabilidad alegada.

* La sentencia de primera instancia en el proceso de nulidad electoral

1. Sobre el elemento objetivo afirmó que la resolución de nombramiento, el acta de posesión y la certificación laboral demuestran que la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez se desempeñó como secretaria general de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca. Para efectos de validar la autoridad administrativa el tribunal aclaró que, aunque no se encuentra una definición exacta del concepto de autoridad administrativa, este debe seguir lo dispuesto en el artículo 190 de la ley 136 de 1994³³.

1. A juicio del tribunal del manual para el cargo de secretaria general no se extrae que ejerza autoridad administrativa -criterio orgánico-. No obstante, a partir de la autorización que el contralor departamental le otorgó a la señora Martha Rosmery Castrillón para ordenar gasto y conferir comisiones, se acredita el ejercicio de la autoridad administrativa -criterio funcional-. Principalmente, hizo referencia a la Resolución No. 011 del 13 de marzo de 2017 “Por la cual se delega en un directivo la función de autorizar comisiones de servicio y ordenar el gasto de viáticos”.

1. Resalta la providencia cuestionada que la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez “materializó y en varias oportunidades, las dos funciones que detentaba”.

1. Por último, advirtió que si bien las funciones asignadas a la hermana del accionante -ordenar gasto y conferir comisiones- no estaban dirigidas a fondos municipales, “el ejercicio de esta autoridad no se demuestra a partir del origen de los recursos -nacional, departamental o municipal-, sino de la administración de los mismos, es decir, la facultad de disponer de ellos mediante, V. Gr., la celebración de contratos o la autorización de viáticos, pero en últimas que se trate de recursos públicos”.

1. Acerca del elemento territorial el tribunal adoptó la postura de dicha corporación en sentencia del 1° de octubre de 2020³⁴, según la cual “[e]l elemento territorial sí concurre, porque la Contraloría Departamental del Valle del Cauca ejerce las funciones en todo el departamento, y ello incluye, desde luego, el municipio de Santiago de Cali”. Sobre este punto, indica, el Consejo de Estado ha reiterado que “no es aceptable que se puedan escindir los electores del departamento de los electores de sus municipios”³⁵.

1. El tribunal analizó el argumento del demandado en virtud del cual la Contraloría Departamental del Valle del Cauca no ejerce autoridad administrativa en el Municipio de Santiago de Cali (circunscripción territorial en la que fue elegido el concejal demandado), por

cuanto dicho ente territorial cuenta con su propia contraloría municipal. Indicó que el demandado omite que “los procesos auditores efectuados en el año 2019 y relacionados por la propia Contraloría Departamental del Valle del Cauca, (...) fueron enlistados y evacuados en el Municipio de Cali”. Conforme a ello “se colige que el control fiscal de las entidades de orden departamental que tienen su domicilio en el Municipio de Cali sí se ejerce en esta circunscripción territorial por parte de la Contraloría Departamental”³⁶.

1. Además, la Sala indicó que los actos administrativos expedidos por la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez, “independiente de su lugar de ejecución (ubicación en la que se pretendía practicar la comisión o el gasto), todos y cada uno de ellos fueron proferidos en el Municipio de Santiago de Cali, es decir, que el ejercicio se detentaba y materializaba en este Municipio y no en otro”.

1. En conclusión, la competencia para ordenar gastos de viáticos y conferir comisiones, le permitía a la hermana del concejal electo tener influencia potencial entre los electores sometidos a su jurisdicción (municipio de Cali), y con ello desequilibrar la igualdad de oportunidades de los aspirantes al Concejo Municipal 2020-2023.

* Apelación y sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad electoral

1. El señor Milton Fabián Castrillón Rodríguez presentó recurso de apelación con base en los siguientes argumentos: (i) cuestionó la aplicación del concepto de “criterio funcional”; (ii) criticó que el juez de instancia haya fundado su fallo en algunas resoluciones derogadas; (iii) debatió que el tribunal hubiera referido providencias que no configuran precedente³⁷; (iv) refutó que no se tuvieron en cuenta antecedentes jurisprudenciales³⁸ que resultaban aplicables al caso, dada su similitud; (v) el tribunal ignoró que la Contraloría Departamental del Valle del Cauca no tiene influencia alguna sobre el municipio de Santiago de Cali, sobre el cual no puede ejercer control fiscal, por contar con su propia contraloría municipal. Por

último, (vi) se desconoció que las causales de inhabilidad son de interpretación restrictiva.

1. El 18 de febrero de 2021 y al resolver el recurso de apelación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, confirmó lo decidido en primera instancia³⁹. Para el efecto presentó varios argumentos.

1. Primero. Señaló que el ejercicio de la autoridad administrativa bajo el factor funcional “es apenas un criterio de valoración que permite examinar si se configura o no debido a la naturaleza del cargo o de las funciones que entraña”. Preciso que la autoridad administrativa la detentan “los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios, ordenar gastos, conferir comisiones, licencias, vacaciones, trasladar funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijar nueva sede de trabajo...”⁴⁰. Así las cosas, se trata de un atributo que, bajo el criterio funcional, es explicable con base en el impacto de las funciones y no en el origen.

En aplicación de tal interpretación⁴¹, el juez tiene el deber de valorar, a partir de cualquier medio probatorio si se configura la inhabilidad alegada, “pues se busca establecer si se reúnen las condiciones que el legislador ha definido como nocivas para la democracia, en este caso la ventaja potencial -no necesariamente concretada- que se asocia a supuestos de nepotismo”.

1. Segundo. El Consejo de Estado aseguró que, independientemente de la vigencia de las resoluciones 0154 y 0165 del 6 de julio de 2016 por medio de las cuales “se delega en un directivo funciones en materia contractual para la adquisición de bienes y servicios con destino a la Contraloría Departamental del Valle”, la mención que hizo la decisión de primera instancia no fue trascendente en el examen del fallador. Ello en tanto las conclusiones se cimentaron en la Resolución No. 011 del 13 de marzo de 2017 “Por la cual se delega en un directivo la función de autorizar comisiones de servicio y ordenar el gasto de viáticos”, que sí estaba vigente.

1. Tercero. El Consejo de Estado se pronunció sobre la indebida aplicación y desconocimiento del precedente, alegada por el demandado. Luego de valorar cada uno de dichos pronunciamientos, el Consejo de Estado determinó que, “en términos generales las providencias referenciadas por aquel no fueron exhibidas a modo de “precedente judicial”, sino de obiter dictums que ayudaron a hilvanar o construir la tesis que se propuso defender tal colegiado”.

1. Cuarto. Respecto de los tres precedentes que según el demandante fueron desconocidos por el tribunal, el Consejo de Estado hizo la siguiente valoración.

Precedente presuntamente desconocido

Hechos relevantes y regla de decisión

Valoración del Consejo de Estado en la sentencia de segunda instancia del proceso de nulidad electoral

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, C.P.: Filemón Jiménez Ochoa. Bogotá D.C., 6 de agosto de 2009, Rad. no.: 76001-23-31-000-2008-00176-03
Actor: Darsin Moran Vallejo

Demandado: Contralor del municipio de Cali

La Sala Electoral del Consejo de Estado examinó si, de conformidad con el artículo 272 de la Constitución Política, la señora Alma Carmenza Erazo estaba inhabilitada para ser designada contralora municipal de Cali por el hecho de haber sido contralora departamental del Valle del Cauca dentro de los 12 meses anteriores.

Artículo 272 de la Constitución: “(...) No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones”.

Regla: “Si bien es cierto el de contralor departamental es un cargo público que implica el ejercicio de función administrativa, y que el mismo fue ejercido durante el último año (antes de la elección), la inhabilidad señalada por el accionante no se configura en el presente caso, pues como se ha explicado con anterioridad, hace falta un supuesto fáctico que surge de la interpretación armónica del artículo 272 de la Constitución Política y es que dicho cargo público haya sido ejercido en el mismo orden territorial en el cual resultó electa la demandada, es decir, en el Municipio de Santiago de Cali.

Es de anotar que la Contraloría Municipal de Santiago de Cali es un ente de control autónomo y que la gestión que realiza no se ve influida por la Contraloría Departamental, la cual sólo realiza control fiscal a los municipios, en aquellos donde no existe una contraloría propia”⁴².

Se trata de supuestos de hecho y de derecho que para nada resultan equiparables al sub judice. Primero, porque el elemento objetivo no refiere al ejercicio de autoridad, sino a la ocupación de determinado empleo público; segundo, porque, no corresponde a una inhabilidad por parentesco, sino a la ocupación del empleo por parte del mismo candidato; tercero, porque no se trata del contexto de una elección por voto popular, sino de una designación por autoridad competente; y cuarto, porque el elemento teleológico es disímil, ya que, el artículo 272 busca evitar la influencia sobre el nominador y el autocontrol de la gestión fiscal, mientras que la del artículo 43.4 de la Ley 136 de 1994 la ventaja electoral y el nepotismo.

Consejo-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, C.P.: Susana Buitrago Valencia

en sentencia del 22 de octubre de (2009, proferida dentro del proceso con radicación número: 73001-23-31-000-2008-00052-03, Actor: Cesar Valencia Parra Demandado: Contralor del Municipio de Ibagué

Se acusó la designación del señor Rafael Enrique Bernal Poveda como Contralor Municipal de Ibagué, por haber prestado sus servicios en la Contraloría Departamental del Tolima dentro de los 12 meses anteriores.

Regla: En el caso objeto de estudio, si bien está demostrado que el señor Rafael Enrique Bernal, dentro del año anterior a la elección como Contralor Municipal de Ibagué se desempeñó como funcionario de la Contraloría Departamental del Tolima, es lo cierto que la inhabilidad endilgada por el demandante no se configura, pues, como se puso de presente, hace falta el supuesto fáctico esencial que surge de la interpretación armónica del artículo 272 de la Constitución Política: que dicho cargo público lo ejerciera en el mismo orden territorial en el que resultó electo el demandado, esto es, en el municipio de Ibagué.

Es pertinente anotar que la Contraloría Municipal de Ibagué, como bien lo dijo la parte demandada, es un ente que goza de autonomía administrativa y financiera y, por tanto, la gestión fiscal que realiza no se ve influida por la Contraloría Departamental, la cual sólo ejerce control fiscal a aquellos municipios donde no existe una contraloría propia, que no es el caso del municipio de Ibagué⁴³.

El ser idénticos los supuestos del escenario que se acaba de desechar como precedente judicial, es dable concluir que la lógica para este último debe ser la misma, situación que no varía por el argumento de la autonomía que existe entre las contralorías municipales y distritales. Como se explicó, tal argumento opera bajo la lógica de proscribir el auto control de la gestión fiscal; circunstancia que no se acompasa con la ventaja que obtiene un candidato al concejo municipal por la autoridad que detenta un familiar dentro de una autoridad que opera en el departamento en el que se ubica la respectiva duma, de acuerdo con las consideraciones presentadas párrafos atrás.

Sentencia de unificación SU-566 de 2019⁴⁴

Se estudió la inhabilidad de un ciudadano elegido contralor municipal (Valledupar), que vio comprometida su aspiración por el hecho de haber ostentado el cargo de Defensor Regional del Cesar.

Regla: el presupuesto de la inhabilidad relativo al orden territorial del cargo configura la inhabilidad cuando el aspirante al cargo de contralor municipal ejerce cargo público en el nivel asesor o directivo de la entidad territorial sujeta al control fiscal de la respectiva contraloría, pues ello implicará la posibilidad de controlar su propia gestión fiscal y la de la administración de la cual formó parte.

El cargo de Defensor Regional del Pueblo, que desempeñó dentro del año anterior a su elección, no es un cargo del orden departamental, como lo entendió la Sección Quinta, mucho menos del orden municipal, y, por lo mismo, no se configuró uno de los presupuestos de la inhabilidad por ocupación de cargos públicos prevista en el inciso octavo del artículo 272 de la Constitución.

Aunque en el vocativo de la referencia se ve inmerso en la ecuación jurídica una servidora vinculada a una contraloría departamental, es indispensable tener presente que no se discute su candidatura por el hecho de haber ocupado un determinado empleo, sino si su posición y funciones entrañaban un ejercicio de autoridad administrativa proscrito por el ordenamiento jurídico frente a las intenciones electorales de un candidato a una corporación pública en razón de su parentesco, que es, en últimas, respecto del cual se reputa la inhabilidad.

1. Quinto. El Consejo de Estado aseguró que (i) según las pruebas aportadas al proceso el “municipio de Santiago de Cali” no es sujeto del control fiscal de la contraloría departamental. No obstante, tal aspecto resulta irrelevante frente al estudio de la casual de inhabilidad que se le endilga. (ii) Al verificarse el ejercicio de la autoridad administrativa concluyó que el ingrediente normativo se refiere al lugar en el que se ejerce, y no a la

persona (natural o jurídica) sobre la cual recae. Además, (iii) aseguró que su tarea no se concentraba en dilucidar la competencia genérica de las contralorías departamentales sobre el ente territorial denominado municipio de Cali o sus organismos descentralizados, sino en establecer la relación entre los parientes y la dirección hacia la cual se aposta la autoridad de la que se encuentra revestido. Preciso que (iv) quien ejerce la autoridad administrativa en el departamento lo hace también en el municipio, por la superposición que existe entre ambos, pues aquel no cuenta con territorio propio, sino el de las municipalidades que lo integran. (v) En materia de las inhabilidades de miembros de corporaciones públicas, afirmó que la Sala ha optado por una comprensión geográfica o territorial del elemento espacial, lo cual se aplica a partir del parentesco, que rige lógicamente para la elección de concejales. Por último, dispuso que (vi) “no hay lugar a perfilar la discusión desde el plano de la autonomía y el carácter excluyente de las contralorías territoriales de distinto nivel, y mucho menos a supeditarla a la ocupación de cargos en la Rama Ejecutiva, comoquiera que ello responde al criterio organicista que la jurisprudencia electoral antedicha estima incompatible con la Constitución y la ley, motivo por el cual ha de correr la misma suerte el conjunto de reparos abordados en el actual capítulo; máxime cuando, se insiste, no se debate la validez de la designación de un contralor departamental o municipal”.

1. Sexto. El Consejo de Estado se ocupó de la interpretación restrictiva de las inhabilidades. Aclaró que “esta regla de interpretación opera necesariamente en los estudios normativos, mas no en la valoración probatoria”. En el primer escenario “se persigue la comprensión de una figura jurídica, de cara a la voluntad del Constituyente o el Legislador, entre las ambigüedades y vaguedades del lenguaje. En el segundo, “se precisa la búsqueda armónica de la verdad jurídica y la material, como faro iluminador de la administración de justicia, para lo cual no sería dable tener en consideración las pruebas que solo favorezcan a determinada parte, habida cuenta que lo que prima en este caso es la autonomía del juez -unipersonal o colegiado-”. Lo anterior, atendiendo a la teleología del proceso de nulidad electoral, esto es, preservar la legalidad de la elección y la vigencia del orden jurídico.

1. En el caso concreto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no desconoció dicha

exigencia, pues lejos de darle alcance extensivo a la norma invocada como sustento de la nulidad que se decreta, esto es, el artículo 43.4 de la Ley 136 de 1994, se observa que el asunto se encuentra “imbuido de una teleología que efectiviza el mandato constitucional que preconiza la preservación de caros valores democráticos que descansan sobre la proscripción del nepotismo y de ventajas electorales derivadas de vínculos con el ejercicio directo o indirecto de funciones públicas”.

a. Sobre la acción de tutela⁴⁵ presentada por Milton Fabián Castrillón Rodríguez contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y la Sección Quinta del Consejo de Estado

1. El 08 de abril de 2021, el señor Milton Fabián Castrillón Rodríguez, mediante apoderado judicial⁴⁶, presentó acción de tutela contra las decisiones adoptadas en el trámite de nulidad electoral. Sus alegatos se resumen así:

1. Violación directa de la Constitución. La autoridad judicial planteó una interpretación extensiva de una causal de inhabilidad electoral (art. 6 C. Pol.) y, con ello, vulneró el derecho político a elegir y ser elegido (núm. 1 del art. 40 C. Pol.)⁴⁷. A su juicio la primacía de los derechos políticos para la realización del principio democrático y su condición de derechos fundamentales implica que sus restricciones -inhabilidades electorales- deben ser interpretadas de forma restrictiva (SU-566 de 2019). Destacó que la Sección Quinta del Consejo de Estado desconoció el art. 40 C. Pol., al omitir la hermenéutica restrictiva que rige el alcance y aplicación de las causales de inhabilidad electoral. Ello, en tanto valoró los elementos de la inhabilidad sobre un cargo de secretaria general de un órgano de control - Contraloría Departamental del Valle del Cauca- sin considerar que (i) el órgano es del orden territorial departamental; (ii) dentro del respectivo municipio dichas funciones son desplegadas por la respectiva contraloría municipal; y (iii) pese a que la causal de forma taxativa, clara y precisa dispone que el cargo del funcionario respecto del cual se alega la autoridad civil, política, administrativa o militar debió haberse ejercido en el mismo municipio o distrito por el cual resultó elegido el concejal. Así las cosas, “la Sección Quinta vulneró el

mandato del legislador al extender los términos precisos en que fue redactada la restricción negativa en materia territorial (orden municipal o distrital) y en perjuicio de los derechos políticos que le asisten a mi poderdante”.

Resalta que, “si el Constituyente y el legislador no dispusieron que la inhabilidad estuviera referida al ejercicio de un empleo del orden departamental o la citada superposición de las ‘circunscripciones funcionales’, se encontraba proscrito para el fallador de instancia modificar posteriormente -en perjuicio del elegido- la causal de inhabilidad justificándose en limitaciones o prohibiciones que no fueron taxativamente descritas y que -como en el caso- no se ajustan al ámbito espacial o territorial expresamente dispuesto por el legislador”.

1. Desconocimiento del precedente fijado en la sentencia SU-566 de 2019. La Sección Quinta ignoró el precedente constitucional “con el argumento de que en aquella oportunidad se trataba de un cargo del orden nacional y en esta oportunidad la hermana de mi defendido ocupaba un cargo del orden departamental”, pese a que lo relevante es que “no puede ignorarse la literalidad del precepto que establece la restricción del derecho político”. Lo dispuesto en la sentencia SU-556 de 2019 “resulta aplicable a todo proceso de anulación electoral en el que se discuta el elemento territorial para la configuración de la causal de inhabilidad correspondiente, bajo el entendido que la interpretación de dicho elemento no puede hacerse de forma extensiva, valga decirlo, con la fijación de hipótesis que expresamente no fueron previstas por la Constitución o la ley”.

1. Defecto fáctico por falta de motivación. El Consejo de Estado no expuso las razones de hecho y de derecho para justificar de qué forma se configuró la causal de inhabilidad con una entidad autónoma y cuyas decisiones resultan aplicables en el ámbito de su jurisdicción. El régimen constitucional de competencias de las contralorías territoriales sí tiene incidencia en el análisis de configuración de la causal de inhabilidad por parentesco.

Primero, la vigilancia de la gestión fiscal en la jurisdicción del municipio de Cali (circunscripción electoral en la que resultó elegido el accionante) está en cabeza de la Contraloría General de Santiago de Cali -entidad técnica dotada de autonomía administrativa,

presupuestal y contractual, cuya estructura organizacional involucra cargos de dirección, subdirección, asesoría así como la dependencia de secretaria general⁴⁸. Segundo, la localización física y administrativa de las respectivas contralorías territoriales no involucra per se la jurisdicción o cobertura geográfica del ámbito de sus competencias. En su concepto, una contraloría puede estar ubicada en cualquier lugar del territorio nacional y las actividades y potestades públicas que ahí se ejerzan, no afectan el municipio o departamento en el que se encuentra. Tercero, la contraloría departamental por su calidad de órgano de control no pertenece al sector central o descentralizado de la administración, como quiera que no integra la rama ejecutiva del poder público⁴⁹. Cuarto, los concejos municipales no son dependencias del respectivo municipio. Ninguno de estos aspectos fue objeto en la motiva de la decisión.

El único argumento que propuso el Consejo de Estado para justificar la configuración de la inhabilidad fue la existencia de la Resolución No. 011 del 13 de marzo de 2017. Configurar una inhabilidad electoral a partir de una delegación de funciones, desconoce la interpretación restrictiva aplicable a los asuntos de inhabilidad electoral, tal como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia SU-566 de 2019, oportunidad en la que se discutió también el ejercicio de funciones, pero bajo la modalidad de la desconcentración administrativa. En síntesis, la posición del Consejo de Estado según la cual “cuando el pariente del candidato ejerce autoridad en el Departamento también lo hace en los municipios que lo integran”, desconoce el marco organizacional fijado por el constituyente y el legislador.

1. Desconocimiento del precedente de la Corte IDH en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*. Para el caso concreto, la declaratoria de la nulidad del acto de elección constituye la restricción de un derecho político, por lo tanto, “sólo podía ser impuesta por el juez competente dentro del respectivo proceso penal”. Sin embargo, el procedimiento adelantado no fue un proceso penal, fue un proceso de nulidad electoral, el cual, con base en una interpretación extensiva de la normativa legal, despojó al accionante de su derecho político a ocupar un cargo de elección popular para el cual había sido elegido. En consecuencia, la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado resulta contraria al precedente sentado por la Corte Interamericana.

1. Por lo anterior, la parte actora solicitó dejar sin efectos las sentencias del 18 de febrero de 2021 y del 22 de octubre de 2020, que anularon la elección del actor como concejal del distrito de Cali.

a. Respuesta de las autoridades judiciales accionadas⁵⁰

1. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca⁵¹ informó que la decisión se basó en las pruebas allegadas al proceso.

1. La Sección Quinta del Consejo de Estado⁵² señaló que la acción es improcedente pues no se observa la configuración de un yerro de tal entidad que admita la intervención del juez constitucional.

1. Precisó que (i) la función de “autorizar comisiones de servicio y ordenar el gasto de viáticos” asignada a la hermana del demandado, no deviene del manual de funciones del cargo, sino de un acto administrativo de delegación vigente. El tribunal (ii) no mencionó providencias bajo el contexto del precedente judicial, sino como criterios de apoyo argumentativo, aplicando la jurisprudencia vigente de la Sección Quinta según la cual autorizar comisiones de servicio y ordenar el gasto de viáticos comporta autoridad administrativa. (iii) Los pronunciamientos citados por el señor Milton Fabián como “precedentes” se refieren a la nulidad electoral de actos de elección de “contralores” por haber desempeñado “cargo público”, no a la de “concejales” por su parentesco con personas que ejercieron “autoridad”. (iv) El problema a resolver fue si la señora Martha Rosmery ejerció autoridad administrativa en Cali (lugar), no si la Contraloría Departamental vigilaba al municipio de Cali (persona jurídica), esto bajo el examen del elemento territorial de la inhabilidad endilgada al entonces concejal. (v) El hecho de que la contraloría departamental

sea autónoma (no pertenezca a la rama ejecutiva) es irrelevante para el caso, pues la comprensión que la Sección Quinta le ha dado al “municipio” en el que se ejerce la autoridad es el “territorial”, que lo entiende como un lugar; y no el “organicista” que lo asume como una persona jurídica de derecho público. (vi) En estos casos se examina la autoridad administrativa ejercida por el pariente del demandado en el territorio y no la naturaleza de su empleador. (vii) Es cierto que las inhabilidades son de interpretación restrictiva; sin embargo, la Sección descartó que se haya vulnerado ese postulado, pues se aplicó el artículo 43.4 de la Ley 136 de 1994 en la comprensión constitucional que se opone al nepotismo y a ventajas electorales injustificadas.

1. Acerca de la interpretación restrictiva de la causal de inhabilidad el Consejo de Estado se ocupó de varios aspectos. Primero, que el ejercicio de autoridad administrativa “se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa que se dirigen al funcionamiento del aparato administrativo”, lo cual se examina en razón de la naturaleza del cargo (criterio orgánico) o de las funciones asignadas (criterio funcional). Se entiende que, bajo este último enfoque, el servidor facultado, por ejemplo, para ordenar gastos y conferir comisiones, está investido de autoridad administrativa. Segundo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado “zanjó la discusión en torno a que para efectos electorales y de las inhabilidades para acceder a determinados cargos de elección el departamento comparte el territorio de los municipios que lo conforman, de ahí que lo que sucede en el departamento se entiende acaecido en todos los municipios que lo conforman, sin que pueda hablarse por ese hecho de la existencia de una interpretación extensiva”.

En síntesis, la autoridad administrativa que surge del factor funcional no requería demostrar el impacto administrativo que tenía la contraloría departamental sobre la persona jurídica municipio de Cali. Lo definitivo, fue que la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez disponía de comisiones y viáticos, para los empleados de una entidad con alcance en el departamento del cual hace parte el municipio en el que el señor Milton Fabián Castrillón Rodríguez aspiraba a conseguir votos para convertirse en concejal.

1. Sobre el desconocimiento de la sentencia SU-566 de 2019 y el del sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego Vs. Colombia reiteró que se trata decisiones no comparables con el caso del señor Milton Fabián Castrillón Rodríguez.

a. Decisiones de tutela objeto de revisión

1. Primera instancia⁵⁵. En sentencia del 13 de mayo de 2021, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró improcedente el amparo frente al cargo de decisión sin motivación y negó la tutela en relación con los defectos sustantivo por desconocimiento del precedente judicial y de violación directa de la Constitución.

1. Respecto del defecto por falta de motivación de la decisión consideró que el accionante contaba con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es, el recurso de revisión.

1. Sobre el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, consideró que la Sección Quinta del Consejo de Estado no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, toda vez que los problemas jurídicos y las situaciones fácticas de ambos casos son totalmente diferentes. La Corte Constitucional en la sentencia SU-566 de 2019, no hizo un pronunciamiento expreso frente al contenido y alcance del numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994. Sobre la sentencia de 8 de julio de 2020 proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aseguró que la Sección Quinta del Consejo de Estado no desconoció el precedente judicial sentado en dicha sentencia, toda vez que el Consejo de Estado hace parte de la rama judicial y no es un órgano administrativo.

1. La autoridad judicial accionada no incurrió en la causal de violación directa de la Constitución, toda vez que al resolver el caso concreto interpretó y aplicó de manera razonable las disposiciones normativas que le sirvieron de fundamento para proferir la sentencia.

1. Segunda instancia⁵⁶. En sentencia del 20 de agosto de 2021, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó parcialmente la decisión del a quo y declaró la improcedencia de la acción.

1. A juicio de la Sala, la acción de tutela no supera el requisito de relevancia constitucional, “pues lejos de presentar la posible vulneración de derechos fundamentales a partir de la configuración de un defecto, pretende utilizar este mecanismo para obtener una tercera instancia que sea favorable a sus intereses”.

1. Sobre el desconocimiento de la sentencia del 8 de julio de 2020, proferida en el caso Petro Urrego Vs. Colombia, la Sala concluyó que el cargo no supera el requisito de subsidiariedad dado que (i) el interesado no lo propuso en el proceso ordinario para que el juez natural emitiera un pronunciamiento al respecto y (ii) decidir de fondo el asunto implicaría una intromisión indebida que supliría la falta de diligencia del accionante de presentar dicho argumento en el recurso de apelación.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Plena es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto

Estatutario 2591 de 1991.

Presentación del caso y formulación del problema jurídico

1. En el caso correspondiente al expediente T-8.361.046, el accionante solicitó dejar sin efectos la decisión judicial que anuló su elección como alcalde del municipio de Fonseca, La Guajira. A su vez, en el caso relativo al expediente T-8.425.408, el accionante solicitó dejar sin efectos las decisiones judiciales que anularon su elección como concejal del Distrito de Santiago de Cali, Valle del Cauca.

1. Los accionantes aseguran que las providencias incurrieron en varios defectos, todos ellos relacionados con la interpretación del alcance y la aplicación de las causales de inhabilidad previstas en el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 -para el caso del alcalde- y en el numeral 4 del artículo 43 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 -para el caso del concejal-. Dichas disposiciones tienen, en lo que interesa en esta oportunidad, un contenido equivalente en virtud del cual no podrán ser inscritos como candidatos, ni elegidos como alcaldes o concejales, aquellas personas que tengan “vínculos (...) de parentesco hasta el 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 en el respectivo municipio (...)”.

1. De los antecedentes referidos, es posible constatar que los casos descritos comparten una cuestión común relacionada con la interpretación del Consejo de Estado, respecto de las inhabilidades para ser alcalde o concejal, cuando dicha inhabilidad tiene como presupuesto el ejercicio de la autoridad administrativa por parte de un familiar que detenta un cargo departamental. En particular, la discusión ha tenido como epicentro la valoración de los presupuestos territorial y objetivo. Es entonces posible formular dos problemas jurídicos.

1. ¿La decisión proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, consistente en declarar

la nulidad de la elección de Hamilton Raúl García Peñaranda como alcalde del municipio de Fonseca, fundándose para ello en que la hermana del elegido al ocupar un cargo departamental -gerente del Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha- ejercía autoridad administrativa en el municipio de Fonseca, desconoció los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, al acceso para el desempeño de funciones y cargos públicos, a participar en el ejercicio del poder político y a la igualdad, al incurrir en los defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente?

1. ¿Las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y por la Sección Quinta del Consejo de Estado, consistentes en declarar la nulidad de la elección de Milton Fabián Castrillón Rodríguez como concejal del distrito de Cali, apoyándose para ello en que la hermana del elegido ocupaba un cargo en la Contraloría Departamental del Valle del Cauca -secretaria general- de modo que ejercía autoridad administrativa en el distrito de Cali, desconocieron los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y a la participación política al declarar la nulidad de su elección, al incurrir en los defectos sustantivo y fáctico?

1. Previo al análisis de las cuestiones planteadas la Sala debe determinar si, en este caso, es procedente la acción de tutela y, en caso de ser ello así, deberá abordar los problemas jurídicos planteados. Con ese propósito (i) reiterará el precedente relativo a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra las providencias judiciales. A continuación (ii) se pronunciará sobre el derecho al voto, específicamente sobre los principios constitucionales del derecho a elegir y ser elegido. Luego (iii) se referirá al alcance del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, abordando de manera particular las posibilidades de fijar restricciones a su ejercicio. Posteriormente (iv) abordará el régimen de inhabilidades como limitaciones al derecho de acceso al desempeño de cargos públicos y, en particular, (v) las causales de inhabilidad por parentesco para desempeñar uno de elección popular. Por último, (iv) el tribunal resolverá los casos concretos.

La acción de tutela contra providencias judiciales

1. En la sentencia C-590 de 2005, la Corte estableció los requisitos generales (de carácter procesal) y las causales específicas (de naturaleza sustantiva) de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1. Los requisitos generales de procedencia exigen verificar (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (iii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del peticionario; (iv) que se cumpla el principio de inmediatez; (v) que si se trata de una irregularidad procesal la misma sea decisiva en el proceso; (vi) que se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de los derechos fundamentales; y (vii) que no se cuestione una sentencia de tutela, de control abstracto de constitucionalidad o una sentencia del Consejo de Estado de nulidad por inconstitucionalidad⁵⁷.

1. Igualmente, la Corte ha desarrollado ocho causales específicas de procedibilidad que corresponden a los defectos de las decisiones judiciales: (i) defecto orgánico, (ii) defecto procedimental absoluto, (iii) defecto fáctico, (iv) defecto material o sustantivo, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución.

1. Teniendo en cuenta que los accionantes aludieron de manera específica al defecto fáctico, al defecto sustantivo, al desconocimiento del precedente, a la violación directa de la Constitución y la decisión sin motivación, a continuación, la Corte se refiere brevemente a ellos.

1. El defecto fáctico. La facultad discrecional que tienen los jueces de la República para estudiar las pruebas incorporadas en los procesos a su cargo no es absoluta. Debe estar, por

lo tanto, inspirada en la sana crítica; atender a los criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación; y respetar la Constitución y la ley⁵⁸. En línea con ello, la Corte ha precisado que el defecto fáctico se configura cuando a partir de una indebida valoración probatoria se genera una interpretación errónea de los hechos expuestos en un proceso, esto es así porque el juez decide con pruebas insuficientes para sustentar su afirmación o por la valoración arbitraria de las pruebas obrantes en el expediente⁵⁹. Sumado a lo anterior, este tribunal también ha señalado que el defecto fáctico tiene dos dimensiones paralelas: una positiva y otra negativa. La primera, se refiere a situaciones en las que se valoran pruebas desconociendo reglas legales y principios constitucionales. En contraste, la segunda está relacionada con circunstancias omisivas en la valoración probatoria que son determinantes para la solución del caso concreto⁶⁰.

1. El defecto sustantivo. Se presenta cuando la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica⁶¹. Para la valoración de este defecto, la Corte parte de reconocer “que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta”⁶². Un caso típico de configuración es cuando el juez aplica una norma que requiere de una interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada⁶³.

1. El desconocimiento del precedente. El artículo 230 de la Constitución prevé que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial. Esta prescripción suscitó significativos debates acerca del carácter vinculante del precedente y de las decisiones de los órganos de cierre. Después de considerar diversas aproximaciones sobre el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho en el sistema jurídico, la práctica interpretativa de este tribunal indicó que la calificación que de ella hacía el artículo 230, no implicaba que las reglas de decisión definidas por los jueces carecieran por completo de fuerza vinculante⁶⁴. En esa dirección, la referida disposición debía armonizarse con el mandato de trato igual

adscrito al artículo 13 de la Carta en virtud del cual las situaciones fácticas análogas debían ser tratadas de la misma manera por las autoridades judiciales.

1. La Corte ha precisado el alcance de la expresión “precedente”, indicando que corresponde a “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”⁶⁵. Igualmente, ha considerado que este es “el mecanismo que le da facultades a los funcionarios judiciales para resolver los casos con fundamento en decisiones anteriores, puesto que existen similitudes entre los hechos, los temas constitucionales, las normas y los problemas jurídicos planteados”⁶⁶.

1. La existencia de un precedente impone determinar la pertinencia de la decisión previa para resolver el nuevo caso. Dicha pertinencia se encuentra determinada (i) por el carácter análogo de las situaciones fácticas, (ii) por la similitud de los problemas jurídicos que deben ser abordados y (iii) por la existencia de una regla de solución integrada a la razón de la decisión y que sea relevante para el nuevo caso⁶⁷. Este triple examen, constituye una condición necesaria para afirmar la existencia de un precedente pertinente y, por ello, vinculante.

1. La Corte ha entendido que “en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la ratio decidendi de la(s) sentencia(s) pertinente(s)”⁶⁸. Al respecto, ha indicado que el precedente se identifica con “la regla que de ella se desprende, aquella decisión judicial que se erige, no como una aplicación del acervo normativo existente, sino como la consolidación de una regla desprendida de aquel y extensible a casos futuros, con identidad jurídica y fáctica”⁶⁹. Dicho de modo más preciso, “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica”⁷⁰ o, en otras palabras, “el fundamento normativo directo de la parte resolutive”⁷¹. Este planteamiento excluye, entonces, el carácter vinculante de los obiter

dicta o dichos de paso, esto es, “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”.

1. La fuerza del precedente no es absoluta y, en consecuencia, debe reconocerse la posibilidad de apartarse. Ello es posible si la autoridad judicial cumple dos cargas particulares.

1. La primera carga, denominada “de transparencia”, exige un “reconocimiento expreso del precedente respecto del cual el operador judicial pretende apartarse” dado que no puede ignorar su existencia. Y, una vez identificado, tiene a su cargo el deber de exponer de manera precisa y detallada (a) en qué consiste, (b) las providencias que lo han desarrollado y (c) el modo en que ha tenido lugar su aplicación. Las personas tienen el derecho a exigir una descripción precisa de la regla judicial vigente y relevante en el momento en que su caso será decidido.

1. La segunda carga, conocida como “de argumentación”⁷², impone el deber de justificar de manera clara y precisa las razones por las cuales ha decidido separarse del precedente existente. Se trata de un requerimiento particularmente exigente y proscribire no seguir el precedente a menos que existan razones para ello.

1. Defecto por decisión sin motivación. Esta Corporación ha señalado que se origina en la necesidad de que las decisiones judiciales se encuentren plenamente soportadas en el ordenamiento jurídico y en los supuestos fácticos objeto de estudio⁷³. Adicionalmente, ha explicado que se incurre en él cuando la argumentación presentada fue claramente deficiente o inexistente y, por lo tanto, a los jueces de tutela no les corresponde inmiscuirse en controversias puramente interpretativas⁷⁴. Por consiguiente, su competencia solamente se activa “en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la

providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad”⁷⁵. En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional establece que a los jueces de amparo no les corresponde indicar cuál es la conclusión a la que ha debido llegar la autoridad accionada, sino que su responsabilidad se circunscribe a señalar que la providencia cuestionada presenta un grave déficit de motivación⁷⁶.

1. Defecto por violación directa de la Constitución⁷⁷. La Corte ha reconocido el valor normativo de los preceptos constitucionales y las diferentes normas que incluye la Constitución de 1991. En efecto, se trata de disposiciones que “pueden ser aplicadas directamente por las autoridades y los particulares en algunos casos”⁷⁸. Este defecto, puede configurarse en diferentes hipótesis. En primer lugar, porque no se aplica una norma fundamental al caso. Esto ocurre porque: (a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; y (c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En segundo lugar, este defecto se configura cuando se aplica la ley al margen de los preceptos consagrados en la Constitución. En escenarios como este, los jueces deben tener en cuenta la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4 constitucional. Esto es así pues “la Carta es norma de normas y, cuando existe incompatibilidad con las disposiciones legales, debe aplicarse de preferencia las constitucionales”⁷⁹.

1. Teniendo en cuenta que los asuntos objeto de revisión encuentran su origen en la interpretación y aplicación de la inhabilidad por parentesco contenida en la Ley 617 de 2000, que modificó los artículos 43 y 95 de la Ley 136 de 1994, la Sala Plena presentará algunas consideraciones asociadas al derecho constitucional de acceso a los cargos públicos como expresión del principio de participación democrática.

El derecho al voto: principios constitucionales del derecho a elegir y ser elegido

1. Este tribunal ha señalado que el carácter democrático del Estado, reconocido desde el artículo 1 de la Constitución “implica (i) que el Pueblo es poder supremo o soberano y, en consecuencia, es el origen del poder público y por ello de él se deriva la facultad de constituir, legislar, juzgar, administrar y controlar, (ii) que el Pueblo, a través de sus representantes o directamente, crea el derecho al que se subordinan los órganos del Estado y los habitantes, (iii) que el Pueblo decide la conformación de los órganos mediante los cuales actúa el poder público, mediante actos electivos y (iv) que el Pueblo y las organizaciones a partir de las cuales se articula, intervienen en el ejercicio y control del poder público, a través de sus representantes o directamente”.

1. La tercera de tales dimensiones, la de concurrir a los actos electivos para definir la integración de los órganos mediante los cuales se expresa el poder público, se concreta en el derecho a elegir y ser elegido previsto en el artículo 40 la Constitución Política de 1991. Dicha garantía se integra entonces al concepto de democracia participativa, más amplio y moderno que el de la democracia representativa⁸⁰. Se conforma así el principio democrático, de naturaleza universal y expansiva, el cual la Constitución declara y protege:

“Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción.”⁸¹

1. El derecho a elegir y ser elegido constituye una manifestación expresa de la calidad activa del ciudadano. Forma parte del conjunto de derechos y deberes de las personas en su relación con el poder político, como partícipes de la organización del Estado. Ese derecho,

reflejo de la radicación de la soberanía en el pueblo (art. 3), garantiza a los ciudadanos - mediante el ejercicio del derecho al voto- no solo (i) la posibilidad de seleccionar entre las diferentes alternativas programáticas y políticas que concurren a la competencia electoral, sino también (ii) la atribución al elegido de una responsabilidad de representar el voto, por lo tanto, el voto es el mecanismo por medio del cual, los electores manifiestan su voluntad encaminada a elegir a uno de los candidatos como su representante⁸².

1. Ese reconocimiento temprano del valor y la importancia del derecho al voto implicó además su reconocimiento como uno de los elementos principales de la democracia. En palabras de la Corte, un régimen no sería democrático sin la existencia de elecciones periódicas. En ellas las sociedades eligen a las personas que como gobernantes y amparadas por su apoyo, tendrán el deber de canalizar o concretar los intereses o expectativas mediante el ejercicio de las competencias conferidas por el ordenamiento.

1. No obstante, lo expuesto, la Corte Constitucional también ha reconocido que no es suficiente la existencia de plenas garantías que aseguren el ejercicio libre e informado del derecho al voto. A su juicio y según lo declaró en la sentencia C-142 de 2001 “[e]l núcleo esencial del derecho al voto implica, [...] que la decisión contenida en el voto sea respetada y que, de manera efectiva, incida en la selección de los gobernantes”. La seguridad de que las decisiones que regularmente han sido adoptadas por el pueblo serán inmunes a cualquier interés adverso a la democracia, constituye una condición de eficacia del voto. Bajo esa perspectiva si, a pesar del cumplimiento pleno de las reglas procedimentales, sustantivas e institucionales previstas para la elección, los resultados son desafiados al margen de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, la soberanía que la Carta radica en el pueblo queda desprovista de todo valor. En este sentido, resulta constitucionalmente exigible que, frente a conflictos electorales, las autoridades preferirán la interpretación o solución que reconozcan la validez del voto legalmente emitido.

1. Como todo derecho, el derecho de elegir y ser elegido, no es absoluto. Debe ser entendido en su doble dimensión de derecho-función, como una forma de contribución a la formación de la voluntad política y al buen funcionamiento del sistema democrático⁸⁴. Es por ello por lo que, como se dijo, se sujeta a las condiciones fijadas en la Constitución y la ley. Los electores y los candidatos tienen la obligación de observar las reglas para ejercer el derecho al voto y para postularse como candidato. Así mismo, deben acatar las disposiciones que el mismo ordenamiento establece para el control administrativo y judicial de los actos de elección y nombramiento. A juicio de la Corte las disposiciones electorales, “en su conjunto y no de forma aislada, garantizan la institucionalidad misma y el respeto de los principios de participación democrática previstos en la Constitución”⁸⁵.

1. Dicho de otro modo, las reglas electorales en cuanto (i) fijan procedimientos para concurrir a las elecciones, (ii) establecen condiciones que deben satisfacer los aspirantes para participar en ellas y (iii) prevén mecanismos institucionales para asegurar su cumplimiento, constituyen un presupuesto de existencia del sistema democrático. Precisamente en esa dirección la Corte ha señalado que “[n]o basta con la mera expresión de la voluntad popular”⁸⁶. Se requiere “que dicha voluntad se haya expresado conforme al ordenamiento jurídico, de suerte que cualquier desconocimiento de las prescripciones en la materia, acarreen la nulidad de las elecciones o del voto individualmente considerado”. Precisamente esta idea refleja “una enorme tensión entre la democracia –entendida como voluntad popular e individual- y el Estado de Derecho”. Y por ello “es necesario que la regulación –expresión del Estado de Derecho- tenga por efecto potenciar el principio democrático” (negritas no originales).

El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos: el ejercicio de funciones públicas como expresión del principio de participación democrática⁸⁷

1. Conforme lo dispone el artículo 40.7 de la Constitución, una de las principales expresiones de los derechos de participación en la conformación, el ejercicio y el control del poder político es la posibilidad de acceder al ejercicio de cargos o de funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el ingreso a la función pública configura un derecho

fundamental, por cuanto la seguridad de su ejercicio concreto permite efectivizar el principio de participación política, sobre el cual descansa el sustento filosófico que orienta e inspira la Constitución⁸⁸.

1. En efecto, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos integra un conjunto de derechos dispuestos en el artículo 40 de la Constitución, para garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Se trata de un derecho político fundamental de aplicación inmediata, cuyo ejercicio debe ser protegido y facilitado por el Estado. Esta protección se concreta en facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, en la vida política y administrativa de la Nación. A su vez, constituye un fin esencial del Estado, en los términos de los artículos 2, 3 y 85 de la Constitución.

1. Por su parte, el artículo 23.1.c de la Convención Americana de Derechos Humanos indica que todos los ciudadanos deben gozar, en condiciones de igualdad, del derecho de acceso a las funciones públicas de su país. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado la existencia de un mandato para que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho.

1. Para la Corte Constitucional, la protección, el respeto y el desarrollo por parte del Estado del derecho a acceder a los cargos públicos, implica análisis distintos según el momento en el que se presenta su ejercicio. Por una parte, en el nivel abstracto (propio de los juicios de control de constitucionalidad), el debate gravita sobre las restricciones, las limitaciones o las condiciones de ingreso al ejercicio de la función pública y la verificación del cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad, de razonabilidad y del respeto por su núcleo esencial⁸⁹. Por otra parte, cuando se está en el escenario de la acción de tutela, lo que se pretende establecer es si a una persona le ha sido desconocida la posibilidad de acceder a un cargo público. Por tal razón, en el desarrollo del juicio respectivo: “no resulta suficiente la norma constitucional, sino que, el análisis debe ser sistemático e integral, en el que estén incluidas

las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias, relativas al cumplimiento de las condiciones y requisitos para su ingreso y permanencia”⁹⁰.

1. Sin embargo, dicha garantía no está revestida de carácter absoluto. La Constitución o la ley pueden establecer determinadas condiciones para su ejercicio. En todo caso, se debe procurar siempre la realización del interés general, efectivizar la igualdad y garantizar los principios que gobiernan el cumplimiento de la función pública⁹¹.

Las limitaciones y las restricciones al ejercicio del derecho de acceso a los cargos públicos señaladas en la Constitución⁹²

1. La Constitución de 1991 estableció directamente un régimen de inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades para determinados servidores públicos o para aquellas personas con las que estos tengan lazos de parentesco⁹³. Por una parte, el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución (introducido por el Acto Legislativo 01 de 2009), estableció una inhabilidad intemporal para quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, debido a la comisión de algunos delitos allí enunciados.

1. Por otra parte, el artículo 126 de la Constitución estableció tres prohibiciones diferentes que, indirectamente, implican una restricción para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos con el Estado. Primero, la prohibición a los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, para nombrar, postular, o contratar con personas con las cuales tengan cierto grado de parentesco. Segundo, la prohibición para nombrar o postular como servidores públicos o celebrar contratos estatales con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, o con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en la hipótesis anterior. Por último, la prohibición de reelección (inelegibilidad) para determinados cargos o para ser elegido a un cargo de elección popular, hasta un año después de haber cesado en el ejercicio de las funciones enlistadas en dicho artículo⁹⁴. Este fenómeno ha sido denominado puerta giratoria⁹⁵.

1. Además, el artículo 179 de la Constitución dispuso las inhabilidades para ser congresista y el artículo 197 constitucional previó lo relativo a las condiciones para ser elegido presidente de la república⁹⁶. Por último, el artículo 292 de la Constitución dispuso que los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, o sus parientes en determinados grados de parentesco, no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial.

1. La jurisprudencia de este tribunal ha definido las inhabilidades como “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él”⁹⁷. Su objetivo primordial es “lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos”⁹⁸. La Corte también se ha referido a ellas como aquellos “requisitos negativos, cuya ocurrencia implica la inelegibilidad de la persona en quien concurren”⁹⁹. A su vez, como inelegibilidades, es decir, como “hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado”¹⁰⁰.

1. Esta Corte también ha determinado que cualquier limitación, en los términos del artículo 93 de la Constitución, también debe respetar el contenido esencial de tales derechos conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Por tal razón, las prohibiciones al ejercicio de los derechos fundamentales deben ser razonables y proporcionales, siempre que, además, no sean contrarias a lo dispuesto de manera específica en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Se trata, al fin y al cabo, de restricciones al ejercicio de uno de los derechos fundamentales que se encuentran en la base del modelo democrático participativo y pluralista dispuesto en la Constitución.

1. Así las cosas, las inhabilidades, las incompatibilidades y las prohibiciones buscan regular el acceso y ejercicio de la función pública “en condiciones de igualdad, moralidad, transparencia y probidad en la ejecución de los fines del Estado, ya que pretenden la realización de intereses colectivos”¹⁰¹. Por tal razón, para la jurisprudencia constitucional, las circunstancias y las condiciones personales y funcionales que configuran las inhabilidades, las incompatibilidades y las prohibiciones son límites y restricciones legítimas al derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político¹⁰².

El carácter taxativo y restrictivo del régimen de limitaciones al ejercicio del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos¹⁰³. Principios constitucionales del derecho electoral

1. La Corte Constitucional ha determinado que las limitaciones y las restricciones en el ejercicio del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos -inhabilidades- establecidas directamente en la Constitución “no pueden ser modificadas por el legislador, para ampliarlas, ni para reducirlas en sus componentes y sus efectos”¹⁰⁴. De modo que las limitaciones al ejercicio del derecho de participación son de naturaleza excepcional y no pueden ser interpretadas de manera extensiva.

1. Adicionalmente, las restricciones deben responder a criterios de razonabilidad y la proporcionalidad, así como a los principios pro libertatis, pro persona o pro homine. Según estos principios¹⁰⁵, cuando existan dudas en el alcance interpretativo de una inhabilidad, debe preferirse aquella interpretación que: (i) menos limite el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos (principio pro libertatis)¹⁰⁶; y (ii) implique la menor restricción del derecho de participación política del elegido (principio pro homine)¹⁰⁷. A continuación, la Corte se detiene en el análisis de estos principios.

1. La sentencia SU-115 de 2019 recapituló diversos pronunciamientos de la Corte y reiteró que aun cuando “la participación en la conformación del poder político tiene amplia configuración legal (...) dicha facultad está restringida por la Constitución, por lo que las limitaciones establecidas deben responder a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad”¹⁰⁸. En igual sentido, reafirmó que los límites constitucionales en materia de inhabilidades también se extienden al intérprete de las normas que los contienen¹⁰⁹. Al respecto, este tribunal consideró que no es posible desconocer “que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta (CP arts. 13 y 40) sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia”. Conforme a ello “por su naturaleza excepcional” incluso las que tienen rango constitucional, deben ser “interpretadas restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla”¹¹⁰.

1. Bajo esa perspectiva, es claro que en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones posibles de una norma que regula una prohibición, se debe preferir aquella que limita en menor grado el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.

1. Esta Corte ha fijado que el intérprete debe acudir primero a la disposición que establece la prohibición. Solo en la medida en que esta sea incompleta o insuficiente para resolver el caso, puede acudir a su concretización¹¹¹. Para ello, en la solución del problema, el operador jurídico se encuentra obligado a incluir tanto los elementos que le proporciona la disposición normativa restrictiva como las directrices que la Constitución contiene. Por tales razones, la aplicación de las prohibiciones y, en general, de cualquier limitación al ejercicio de un derecho fundamental no admite analogías ni aplicaciones extensivas¹¹². Por el contrario, se deben aplicar de manera taxativa y restringida. Esto, “en aras de impedir, o bien una afectación desproporcionada del derecho, o bien una contradicción que haga inocuo el mandato superior”¹¹³. Para la Corte, “si es la Constitución la que opta por limitar el ejercicio del derecho a acceder a cargos públicos de una forma determinada, no le es permitido al

legislador o su intérprete entrar a flexibilizar o extender tales límites”¹¹⁴. En adición de ello, cabe advertir que la aplicación de estas disposiciones debe realizarse de tal modo que no excedan los objetivos que a ella se adscriben.

1. En la Sentencia SU-566 de 2019, este tribunal explicó que, en función de los principios pro persona y pro libertatis, entre dos interpretaciones posibles “siempre se deberá elegir aquella que haga efectivos los principios y valores constitucionales en que se funda el derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos”¹¹⁵. La autoridad judicial debe preferir la interpretación “que limite en menor medida (...) el derecho de las personas a acceder a cargos públicos”¹¹⁶.

1. El principio pro homine¹¹⁷ o pro persona es un criterio hermenéutico que permea la interpretación de los derechos humanos. Según dicho principio se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

1. En varias oportunidades¹¹⁸ esta Corporación se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de este principio en materia de interpretación de los derechos fundamentales y los derechos humanos. En la sentencia C-1056 de 2004, la Corte señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁹ y de la Corte Constitucional¹²⁰ reconoce el principio pro homine, como una “cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos en relación con la interpretación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a los mandatos constitucionales y ha señalado que frente a aquellos prevalecen las normas contenidas en la Constitución cuando ellas ofrecen mayores garantías de protección de los derechos de las personas”.

Así las cosas, los jueces deben acoger aquella interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos, pues se trata de garantizar que, en cada caso, la comprensión de las

disposiciones jurídicas que prevén sanciones o limitaciones se lleve a cabo sin acudir a criterios extensivos o analógicos, y tome en cuenta el principio de legalidad. Ello debe ser así, en últimas, de acuerdo con los criterios pro homine, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano.

1. Con base en el principio de interpretación conforme, la Corte ha sostenido que los métodos tradicionales de interpretación (sistemático, histórico, teleológico y gramatical) deberán garantizar la eficacia de las facetas jerárquica, directiva e integradora de la Constitución¹²¹. Con fundamento en el principio de supremacía constitucional, “el intérprete deberá desechar aquellas opciones interpretativas que contradigan la Carta, incluso cuando las mismas sean un ejercicio razonable de las fórmulas de interpretación mencionadas”¹²². Lo anterior, so pena de estar violando directamente la Constitución.

1. En conclusión, el intérprete de las normas que incluyen limitaciones o restricciones a los derechos de participación política debe hacer un ejercicio hermenéutico restrictivo. Su lectura no admite analogías o aplicaciones extensivas. Conforme con ello, la aplicación de este tipo de reglas debe ajustarse a su texto e, insiste la Corte, no puede exceder los fines que las justifican.

1. En el plano internacional, el artículo 23 de la CADH¹²³ establece el derecho de todas las personas a acceder, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. La Corte IDH ha determinado que el artículo 23.1.c de la Convención establece que este derecho implica para los Estados el deber de garantizar que los criterios y procedimientos para el acceso a los cargos públicos sean razonables y objetivos. Asimismo, el tribunal interamericano ha fijado la existencia de un mandato para que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho.

1. La jurisprudencia interamericana ha fijado algunos criterios o estándares relevantes para

fijar el alcance del derecho establecido en la referida disposición¹²⁴. Primero, el artículo 23.1.c reconoce que uno de los pilares del derecho a la conformación del poder político se concreta en la garantía de condiciones de igualdad efectiva para todas las personas. Segundo, los criterios y procedimientos que fijen los Estados para el ejercicio de los derechos políticos deben ser razonables y objetivos. Tercero, el ejercicio de los derechos políticos no es absoluto.

1. Ha señalado también, refiriéndose al artículo 23.2 de la Convención establece, que allí se prevén algunas limitaciones al ejercicio de este derecho, la cuales suponen el cumplimiento de tres presupuestos. El primero, que las medidas restrictivas estén contenidas en una ley. El segundo, que la finalidad debe ser legítima, esto es, las restricciones deben perseguir las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención. Por último, estas restricciones deben satisfacer un interés público imperativo y restringir en menor medida el derecho de participación política¹²⁵.

1. Una vez delimitados los elementos que integran el ejercicio y los límites del derecho de acceso a los cargos públicos, le corresponde a la Sala precisar el alcance de la inhabilidad para ser elegido alcalde o concejal distrital por tener parentesco con un familiar que ocupa un cargo en el nivel departamental.

La inhabilidad por parentesco dispuesta en el numeral 4º del artículo 95 y en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000

1. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, prevé entre las inhabilidades para ser alcalde, la siguiente:

“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”.

1. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, dispone la siguiente inhabilidad para ser concejal:

“4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito (...)”.

1. En general, las disposiciones que fijan las inhabilidades prevén aquellos elementos “sin cuya acreditación no podría erigirse el límite impuesto al derecho a ser elegido del inscrito, elegido o designado”¹²⁶, de manera que todos ellos deben concurrir¹²⁷. En particular, para que se configure la inhabilidad por parentesco para alcaldes y para concejales deben concurrir los siguientes elementos:

a. Vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil con funcionarios públicos¹²⁸ (elemento personal).

i. El ejercicio de autoridad¹²⁹ civil, política, administrativa¹³⁰ o militar por parte del funcionario (elemento objetivo).

i. La autoridad debe ser ejercida¹³¹ en la circunscripción territorial¹³² en la cual debe efectuarse la elección (elemento territorial).

i. El funcionario (cónyuge, compañera(o) o pariente) debe estar investido de dicha potestad durante el término previsto en la disposición que regula la inhabilidad. En el caso de quienes aspiran a los cargos de alcalde o concejal implica que el funcionario haya ejercido autoridad civil, política o administrativa en la correspondiente circunscripción territorial dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección (elemento temporal).

1. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado resalta la importancia de considerar el efecto útil de la inhabilidad por parentesco al momento de resolver si ésta se configura o no en cada caso concreto¹³³. Las principales finalidades que se vinculan a las inhabilidades por parentesco son:

1. Asegurar que quienes accedan o estén en la función pública, desempeñen su cargo bajo los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad, garantizando de esta forma la prevalencia del interés general sobre el particular¹³⁴.

1. Promover un sistema democrático transparente evitando aquellas prácticas constitutivas de nepotismo. Bajo esa perspectiva, pretende que los servidores investidos de autoridad no puedan usar su posición para favorecer intereses de su núcleo familiar de modo que el principio de imparcialidad impida (i) empeñar el proceso electoral o (ii) comprometer el derecho a la igualdad de oportunidades de los candidatos para acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos¹³⁵.

1. Optimizar el principio de transparencia evitando que el apoyo indebido a los parientes

genere un desbalance en el contexto político electoral. De esta forma se pretende que el éxito electoral sea “el fruto de un capital electoral propio” y no de uno “endosado” ajeno al propósito de “consolidar un proyecto ideológico o político”.¹³⁶

1. Así las cosas, para la Sala Plena del Consejo de Estado es sumamente relevante determinar que el pariente del candidato, investido de autoridad, pueda “influir de manera indirecta o directa al electorado desde el día de la inscripción y hasta el día anterior a la elección, produciendo resultados y efectos que atentan contra el equilibrio de la contienda electoral y la igualdad entre candidatos (...)”¹³⁷ (negrillas no originales). En la misma providencia, el alto Tribunal reiteró que el ejercicio de la autoridad se debe valorar “no sólo [desde] la interpretación gramatical de la disposición, sino también conforme a su finalidad y a su utilidad”.

1. Con el fin de exponer la forma en la cual el Consejo de Estado ha entendido la configuración de los elementos objetivo y territorial -objeto de debate en las presentes tutelas- a continuación, la Sala Plena presenta una síntesis de algunos de los pronunciamientos proferidos por la alta Corte en el período comprendido entre el año 2003 a 2021.

Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la inhabilidad por parentesco, especial énfasis en los factores objetivo y territorial.

1. Inhabilidad de alcaldesa electa en un municipio porque su cónyuge ejerció autoridad civil desde el cargo de director seccional de una Corporación Autónoma Regional

1. Los hechos. En providencia del 28 de enero de 2003, la Sala Plena del Consejo de Estado¹³⁸ analizó la elección de la alcaldesa de municipio de Inírida, Guainía, cuestionada debido a que su cónyuge ocupaba el cargo de Director Seccional en la Corporación Autónoma

para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico C.D.A., desde el cual, según los demandantes, ejercía autoridad civil en el municipio de Inírida.

1. Las consideraciones relevantes. La decisión fijó el alcance del factor territorial respecto de la inhabilidad de los alcaldes por causal de parentesco.

Según lo dispuesto por la Sala Plena en dicha providencia, “atendiendo la filosofía de la inhabilidad, que propende por preservar la igualdad de los candidatos en una contienda electoral, no tiene razón de ser circunscribir la inhabilidad al desempeño de un cargo con autoridad política, civil o militar solo en el orden meramente municipal, cuando sabido es que la mayor capacidad de influencia en el electorado proviene del ejercicio de cargos con nivel o entidad superior como serían los que tienen rango departamental o nacional, en cuanto suponen un ámbito de competencia mucho más amplio y, por ende, un manejo de autoridad o de poder superior” (negrillas no originales).

Destacó que el efecto útil que debe atribuirse a la expresión “respectivo municipio no puede ser otro que el de entender que el legislador se limitó a no extender la inhabilidad controvertida a aquellos eventos en que los familiares del candidato ejerzan el cargo con autoridad, en las categorías descritas por la norma, en un municipio distinto independientemente que se halle o no dentro del mismo Departamento”.

1. Regla. Para la configuración de la inhabilidad “es irrelevante que el cargo del cónyuge o pariente del aspirante al cargo de elección popular no pertenezca a la planta de personal del Municipio, sino que, dadas las funciones que desempeña, basta que esté en capacidad de influir en el electorado y, con mayor razón, si, como en este caso, tales funciones deben desarrollarse directa y concretamente en el mismo Municipio donde el cónyuge o pariente tiene sus aspiraciones electorales” (negrillas no originales).

1. Decisión. Confirmar la decisión que declaró la nulidad del acto de elección.

1. Ausencia de inhabilidad de alcalde electo cuyo hermano se desempeñaba como gerente de una ESE departamental.

1. Los hechos. El 2 de septiembre de 2005, la Sección Quinta del Consejo de Estado¹³⁹ conoció en segunda instancia de la acción de nulidad electoral interpuesta en contra de la elección de Alonso Abuabara Noriega como alcalde del municipio de Gamarra. En esa oportunidad, se alegó que el hermano del alcalde electo se desempeñó como gerente de la ESE Hospital José David Padilla Villafañe de Aguachica, entidad descentralizada del orden departamental, con jurisdicción en todo el departamento del Cesar, incluido el municipio de Gamarra.

1. Las consideraciones relevantes. La Sección Quinta determinó que el hermano del alcalde electo no ejerció autoridad administrativa en todo el territorio del departamento del Cesar, pues la autoridad que por descentralización ejerce el gerente de la ESE, está circunscrita al lugar donde está la o las sedes administrativas o científicas de la ESE, que es donde se pueden materializar los actos de autoridad de quien dirige sus destinos.

Sobre el concepto de autoridad civil y dirección administrativa definidos en los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, el Consejo de Estado estableció que se concretan en atribuciones como las de nombrar y remover a los empleados que trabajan para la entidad, conceder permisos, licencias, celebrar convenios o contratos, adelantar procesos disciplinarios y todas aquellas potestades propias del funcionario que ejerce autoridad. Dicha autoridad, en todo caso, tiene un doble límite: i) espacial, según el cual se podrá ejercer en el lugar donde tiene fijada su sede administrativa o científica la ESE; y ii) normativo, según el cual el ejercicio de la autoridad administrativa no es fijado por el gerente de la ESE, sino por la respectiva entidad territorial.

Precisó dicha Corporación que, si bien usuarios del servicio de salud de Gamarra podían ser atendidos en Aguachica, la inhabilidad se configura si los servicios de salud se prestaron en el respectivo municipio donde se produjo la elección, es decir en Gamarra. Cuestión imposible, dado que en Gamarra la mencionada ESE no tenía sede. Agregó que el artículo 1.4

del Código Electoral, señala que “las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida”¹⁴⁰.

1. Regla. Un gerente de una ESE departamental, no cuenta con la potencialidad de ejercer autoridad administrativa más allá del municipio en el cual tiene su sede administrativa y científica, puesto que su poder de mando y de dirección sólo es ejercido en el lugar de ubicación de la entidad. Si la ESE no tiene sede en el municipio del alcalde electo, su gerente no podía ejercer autoridad administrativa en ese lugar de manera material o potencial. Una ESE se caracteriza por prestar los distintos servicios de salud en su sede hospitalaria, de modo que no necesita desplazarse a otras regiones de la geografía departamental o nacional para cumplir con su función.

1. Decisión. Confirmar la sentencia que encontró no configurada la inhabilidad por parentesco.

1. Inhabilidad de concejal electo cuyo hermano ejerció autoridad administrativa desde su cargo de Director Operativo de una Secretaría Municipal.

1. Los hechos. El 9 de septiembre de 2005, la Sección Quinta del Consejo de Estado¹⁴¹ conoció en segunda instancia de la acción de nulidad electoral interpuesta en contra de la elección de Ananías Sastoque Gutiérrez como concejal del municipio de Neiva. Según los demandantes, el concejal electo estaba inhabilitado para aspirar a ese cargo pues su hermano, Eduardo Sastoque Meñaca, se desempeñaba como director operativo de la Secretaría de Infraestructura, Tránsito y Transporte del mismo municipio. En ejercicio de tal cargo, por delegación del alcalde municipal, celebró contratos y convenios con ordenación del gasto, todo lo cual implicó el ejercicio de autoridad administrativa en esa circunscripción.

1. Las consideraciones relevantes. Según el Consejo de Estado, para establecer si el ejercicio de determinado cargo público implica el ejercicio de autoridad administrativa (factor objetivo), puede acudirse o bien a un criterio orgánico, o bien a un criterio funcional. En virtud del primero, el ejercicio de determinado cargo conlleva el ejercicio de autoridad administrativa por tratarse de aquellos que, de conformidad con la ley, implican dirección administrativa, por ser ésta una manifestación de dicha autoridad. Y, acudiendo al segundo, será posible concluir que las funciones propias de un determinado cargo implican el ejercicio de dicha autoridad, en atención al análisis que de dichas atribuciones haga el juzgador en el caso concreto.

Pese a que, en el caso concreto, la autoridad administrativa ejercida por el hermano del concejal electo no provenía directamente de la ley ni de las funciones certificadas por el jefe de la unidad de talento humano, la Sala encontró probado que fue facultado para celebrar contratos y convenios en nombre de esa entidad territorial y para ordenar el gasto en lo relacionado con tales contratos, por delegación conferida por el alcalde municipal. Destacó entonces que ello era suficiente para configurar el ejercicio de autoridad administrativa.

Con relación al elemento territorial, el Consejo de Estado encontró que la facultad que fue delegada en el hermano del concejal electo, esto es, la de celebración de contratos y convenios, implicó el ejercicio de autoridad administrativa en el municipio de Neiva y no en otro diferente.

1. Regla. Para efectos de valorar el elemento objetivo de la inhabilidad por parentesco se debe considerar si la delegación de funciones al familiar del concejal electo implica ejercicio de autoridad administrativa en el mismo municipio -elemento territorial-. No es suficiente descartar dicho ejercicio a partir de las funciones legales y reglamentarias.

1. Decisión. Confirmar la decisión que declaró la nulidad del acto de elección.

1. Inhabilidad de alcaldesa electa cuyo compañero permanente se desempeñó en el cargo de subgerente administrativo de una ESE Departamental domiciliada en el municipio para el que fue electa.

1. Los hechos. En la decisión del 7 de diciembre de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado¹⁴² conoció en segunda instancia de la acción de nulidad electoral interpuesta en contra de la elección de la señora María Emilsen Angulo Guevara como alcaldesa del municipio de Tumaco, Nariño. Se alegaba que había incurrido en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 95 numeral 4 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 dado que, dentro del año anterior a la elección, tuvo una “unión permanente” con el señor Jairo Guagua Castillo, subgerente administrativo de la ESE Hospital San Andrés de Tumaco.

1. Las consideraciones relevantes. El Consejo de Estado determinó que el hospital en el cual se desempeñaba como subgerente el compañero de la elegida tiene un alcance departamental, por lo que sus funciones afectan a todos los municipios incluyendo principalmente a Tumaco, donde está su domicilio. Al valorar el elemento objetivo concluyó que el señor Guagua tenía la posibilidad de liderar el inicio y la terminación en primera instancia de los procesos que se adelantaron contra los servidores de la ESE Hospital San Andrés de Tumaco. Así las cosas, el señor Jairo Guagua sí ejerció autoridad administrativa en la medida en que fungió como Subgerente Administrativo de la ESE San Andrés de la ciudad de Tumaco mismo municipio para el cual fue electa su compañera.

1. Regla. La causal de inhabilidad por parentesco de un alcalde electo se configura si se demuestra que la autoridad administrativa ejercida por el familiar desde una ESE de nivel departamental tiene incidencia en el municipio del alcalde electo. En este caso, el ejercicio de las funciones coincide con el municipio en el cual fue electa la alcaldesa.

1. Decisión. Confirmar la decisión que declaró la nulidad de la elección.

1. Inhabilidad de un alcalde cuyo hermano se desempeñó como rector de una universidad pública departamental.

1. Los hechos. En sentencia del 29 de junio de 2021, el Consejo de Estado, Sección Quinta¹⁴³, conoció de la acción de nulidad electoral presentada por la elección del alcalde del municipio de Manaure, La Guajira, para el período 2020 y 2023. Se alegaba que el hermano del alcalde electo había ocupado el cargo de rector de la Universidad de La Guajira para el período 2018 – 2021.

Sobre el factor territorial, la Sala concluyó que sí se configuraba la inhabilidad establecida en el numeral 4 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, para ser elegido alcalde municipal de Manaure. Señaló que la Universidad de La Guajira correspondía a un ente universitario autónomo del nivel departamental con incidencia territorial en el municipio de Manaure. Para valorar dicha incidencia en el municipio de Manaure el Consejo de Estado consideró, principalmente, dos pruebas: (i) un contrato escrito con el registro presupuestal correspondiente que comprendía varios territorios, entre ellos el correspondiente al municipio de Manaure y (ii) la participación de la Universidad de la Guajira en la “Alianza Centro Regional de Educación Superior – CERES – Manaure”.

Es más, en dicha valoración probatoria, el Consejo de Estado consideró que “frente al contrato de prestación de servicios 007 de 2019, también obrante en el proceso, suscrito por el rector Robles Julio con la señora Bexy Yelena Amaya Mendoza, para asesorar jurídicamente al ente universitario y recuperar la cartera morosa (véase índice Samai 8), no se menciona, en forma específica, al municipio de Manaure, pues el acuerdo entre partes se encuentra redactado en términos generales de defensa jurídica para todo el ente universitario, razón por la cual la Sala no encuentra la fuerza probatoria para asegurar que

abarcaba aspectos que cobrarían incidencia en el municipio referido” (negrillas propias).

1. Regla. La causal de inhabilidad por parentesco de un alcalde electo se configura si se demuestra que la autoridad administrativa ejercida por el familiar desde el cargo de nivel departamental tiene incidencia en el municipio del alcalde electo. En este caso, el ejercicio de las funciones están reflejadas en la realización de actividades específicas en el municipio en el cual fue electo el alcalde.

1. Decisión. Confirmar la decisión que declaró la nulidad de la elección.

1. El examen de las decisiones antes referidas evidencia dificultades desde el punto de vista constitucional. En efecto, la interpretación de los factores territorial y objetivo parecen suscitar (i) discrepancias semánticas, relativas a la atribución de significado a las palabras que integran la causal de inhabilidad y (ii) desacuerdos metodológicos acerca de la forma de valorar las pruebas que determina la configuración de la inhabilidad.

1. La Corte encuentra que el precedente que se desprende de la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo relativo a la existencia de los cuatro requerimientos para que se configure la inhabilidad por parentesco considera no solo lo dispuesto en la ley, sino que se apoya en el esfuerzo de delimitar las condiciones que deben cumplirse para restringir el derecho de acceder a cargos públicos. En esa dirección deberá probarse (i) el vínculo por matrimonio o unión permanente o parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil -elemento personal-, (ii) con un funcionario que ejerce autoridad civil, política, administrativa o militar -elemento objetivo-, (iii) durante los 12 meses anteriores a la elección -elemento temporal-; (iv) en el respectivo municipio o distrito por el cual se inscribe el candidato a alcalde o concejal -elemento espacial o territorial-.

1. De lo expuesto es posible identificar casos en los cuales se impugna la elección de un funcionario del nivel municipal alegando las relaciones de parentesco con funcionarios de niveles territoriales superiores. En esos eventos, la jurisprudencia muestra algunas discrepancias acerca del tipo de examen que debe realizar el juez electoral. De una parte, es posible encontrar aquellos pronunciamientos que a partir de un criterio exclusivamente formal indican que la vinculación a una entidad adscrita a un nivel territorial superior es suficiente para dar por cumplido el factor territorial y la probabilidad de ejercer la autoridad también el factor objetivo.

Sin embargo, otros pronunciamientos realizan un escrutinio más detallado de las probabilidades materiales de influencia de la entidad del nivel superior (sentencias del 28 de enero de 2003, 2 de septiembre de 2005, 7 de diciembre de 2016 y 29 de junio de 2021). En esa dirección el análisis se orienta a establecer la probabilidad de incidencia efectiva en el nivel territorial correspondiente examinando, por ejemplo, si de acuerdo con sus actividades, existía una probabilidad real de ejercer la autoridad administrativa. Si se examinan con detalle esas providencias parece requerirse un escrutinio que evidencie una probabilidad material de que las gestiones departamentales tengan réplicas en el nivel municipal.

1. La distinción metodológica referida al analizar los casos permite evidenciar entonces la existencia de dos posibilidades de análisis respecto del ejercicio de la autoridad administrativa cuando ella tiene lugar desde el departamento hacia el municipio. Ello impone a la Corte la necesidad de establecer, desde el punto de vista constitucional, cuál es el estándar constitucionalmente admisible en esta materia. Y, a juicio de la Sala, la segunda orientación metodológica es la correcta al menos por las siguientes cuatro razones.

1. El examen sobre la aptitud de incidencia desde el departamento hacia el municipio no puede ser automático. Ello obedece a que el ejercicio del cargo, desde el nivel superior, no incide necesariamente, en cada uno de los niveles inferiores.

1. Teniendo en cuenta la distinción referida, el juez electoral debe ser especialmente cuidadoso a efectos de evidenciar la probabilidad real de incidencia, de modo tal que no se restrinja injustificadamente el derecho de acceder a cargos públicos ni la eficacia del voto. Para la Sala Plena este principio unido al pro homine exigen interpretar la inhabilidad no solamente a partir del ejercicio del cargo (visión estricta). Es necesario que el ejercicio de funciones tenga la capacidad de afectar la voluntad democrática, producir desigualdad entre los competidores y la utilización de la cosa pública para desequilibrar el debate electoral (visión pro homine). Una interpretación amplia vulnera los derechos fundamentales a elegir (cuyos titulares son los electores) y a ser elegido y el de ejercicio de la función pública (cuyo titular es el elegido).

1. La prevalencia del derecho sustancial sobre el formal exige que el juez electoral, en casos como el ahora examinado, no se limite a tomar en cuenta el factor orgánico o funcional. Debe valorar la probabilidad real de ejercer la autoridad administrativa en el municipio en el cual su familiar fue electo.

1. Conforme con lo anterior, la Corte encuentra necesario establecer una regla en virtud de la cual (i) cuando deba determinarse la configuración de la inhabilidad de un funcionario municipal electo y (ii) se alegue para ello su parentesco con un funcionario que ocupa un cargo en el nivel departamental, (iii) corresponde a la autoridad judicial realizar una valoración probatoria concreta y ajustada al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, (iv) es exigible un examen específico de la probabilidad real y materialmente posible de ejercer la autoridad administrativa en el mismo municipio del candidato, de modo que (v) no es posible la valoración genérica o abstracta, fundada en la regla según la cual la autoridad se ejerce por el solo hecho de detentarla, a partir de consideraciones formales sobre la naturaleza de la entidad o el tipo de funciones asignadas.

1. Para la Sala Plena, la interpretación presentada es la única compatible con la Constitución. El planteamiento presentado garantiza el derecho de acceder a cargos públicos y el principio de eficacia del voto, sin renunciar al deber de realizar los objetivos que se adscriben al régimen de inhabilidades.

Las acciones de tutela presentadas por Hamilton Raúl García Peñaranda y Milton Fabián Castrillón Rodríguez cumplen las condiciones generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

1. A continuación, la Sala Plena verificará si las acciones de tutela superan el examen de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1. Los casos sometidos a su consideración plantean aspectos de indudable relevancia constitucional. Primero, se han propuesto cuestiones relativas al alcance del derecho fundamental de acceder a cargos públicos previsto en el artículo 40.7 de la Carta Política. Segundo, las interpretaciones judiciales propuestas guardan relación con el principio de la eficacia del voto y su incidencia en la valoración del régimen de inhabilidades. Tercero, se han presentado discrepancias hermenéuticas alrededor del alcance de los factores objetivo y territorial cuando se aplican las inhabilidades por parentesco. Cuarto, tales discrepancias tienen incidencia en el carácter restrictivo que se predica de la interpretación del régimen de inhabilidades según ello ha sido definido en la jurisprudencia constitucional.

1. Los accionantes emplearon los medios de defensa ordinarios a su alcance.

1. En el caso T-8.361.046, el accionante solicita se deje sin efectos la decisión judicial proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira que anuló su elección como alcalde del

municipio de Fonseca, La Guajira. El numeral 9º del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011 - antes de la modificación de la Ley 2028 de 2021- establecía que los tribunales administrativos conocerían en única instancia “de la nulidad del acto de elección de alcaldes y de miembros de corporaciones públicas de municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento”. En tal virtud el Tribunal Administrativo de La Guajira en la sentencia del 5 de febrero de 2021 dejó explícito que se pronunciaría en única instancia.

1. En el caso T-8.425.408, el accionante solicitó dejar sin efectos las decisiones judiciales que anularon su elección como concejal del Distrito de Santiago de Cali. En este asunto, el proceso cursó dos instancias, la primera en el Tribunal Administrativo del Valle, la segunda, en la Sección Quinta del Consejo de Estado. Así, el accionante agotó las instancias judiciales a su disposición.

1. A pesar de la existencia de recursos extraordinarios en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estos no proceden para los casos específicos analizados en esta oportunidad. En efecto, las providencias analizadas no se encuentran dentro de las causales de procedencia del recurso de revisión establecidas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011¹⁴⁷.

Tampoco es procedente el recurso de unificación de jurisprudencia dado que, de conformidad con los artículos 257 y 258 de la Ley 1437 de 2011, solo procede cuando las providencias de los tribunales que hayan sido impugnadas contraríen o se opongan a una sentencia de unificación del Consejo de Estado. En ninguno de los casos analizados (i) se alegó el desconocimiento de una sentencia de unificación del Consejo de Estado y, en uno de ellos, (ii) la decisión cuestionada fue emitida por la Sección Quinta de dicho tribunal.

1. La Sala encuentra que se cumple el requisito de inmediatez. En el asunto T-8.361.046, la sentencia acusada fue proferida el 5 de febrero de 2021 y la acción de tutela presentada el 2

de marzo de 2021. En el asunto T-8.425.408, la sentencia de segunda instancia se profirió el 18 de febrero de 2021 y la acción de tutela presentada el 8 de abril de 2021. Por lo tanto, el inició de las acciones se encuentra dentro de lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido como razonable¹⁴⁸.

1. La Corte evidencia que en el presente asunto se acredita la legitimación por pasiva y por activa. Las acciones de tutela fueron presentadas en contra de autoridades judiciales por las decisiones adoptadas en el curso de procesos de nulidad electoral¹⁴⁹. A su vez, ellas fueron formuladas por los ciudadanos afectados por tales decisiones y mediante apoderados debidamente acreditados¹⁵⁰.

1. Los casos objeto de estudio no versan sobre irregularidades procesales que hayan sido decisivas en el proceso de nulidad electoral.

1. No se trata de acción de tutela contra sentencias de esa misma naturaleza, de control abstracto de constitucionalidad o una sentencia del Consejo de Estado de nulidad por inconstitucionalidad¹⁵¹.

1. Sobre el requisito que exige a la parte actora identificar de manera razonable los hechos que generaron la afectación, los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal lesión en el proceso judicial (siempre que esto hubiere sido posible), es necesario hacer las siguientes precisiones.

1. En el caso T-8.361.046, los argumentos de la demanda y las pruebas aportadas en el proceso están dirigidas a demostrar que la vulneración deriva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira en la que se declaró la nulidad de su elección como alcalde del municipio de Fonseca. El accionante precisa cuatro razones -todas ellas debatidas en el proceso de nulidad electoral- para justificar la infracción de sus derechos.

Primero. Defecto fáctico al dar por probado que Flor Elvira García Peñaranda, hermana del accionante, ejerció autoridad administrativa en el municipio de Fonseca, sin considerar las pruebas que permitían concluir lo contrario. Segundo. Defecto sustantivo por inaplicación del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017. Tercero. Desconocimiento del precedente dispuesto en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 02 de septiembre de 2005152. Cuarto. Defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, al afirmar que se ejerce autoridad administrativa así no se cumplan las condiciones materiales para ejercer tal autoridad.

1. En el caso T-8.425.408, los argumentos de la demanda y las pruebas aportadas en el proceso están dirigidas a demostrar que la vulneración denunciada se deriva de las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en las que se declaró la nulidad de su elección como concejal del Distrito de Cali. El accionante presentó cuatro razones para justificar la infracción de sus derechos.

Primero. Violación directa de la Constitución dado que se realizó la interpretación extensiva de una causal de inhabilidad electoral (art. 6 C. Pol.) y, con ello, se desconoció el derecho a elegir y ser elegido (núm. 1 del art. 40 C. Pol.). Segundo. Desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional fijado en la sentencia SU-566 de 2019. Tercero. Defecto fáctico por falta motivación ya que el Consejo de Estado no expuso las razones de hecho y de derecho para justificar de qué forma se configuró la causal de inhabilidad con una entidad autónoma. Cuarto. Desconocimiento del precedente de la Corte IDH en el caso Petro Urrego vs. Colombia.

Sobre lo anterior es importante precisar dos aspectos. De una parte, el defecto por falta de motivación evidencia la intención del accionante de reabrir el debate y no satisface la carga argumentativa requerida dado que, más que dicha deficiencia, lo que controvierte son los fundamentos de la decisión, quedando ello comprendido por los alegatos referidos a la posible configuración de los defectos sustantivo y fáctico. De otra parte, si bien las tres primeras cuestiones fueron objeto de debate en el proceso de nulidad electoral, la última no fue propuesta por el apoderado del accionante en el proceso de nulidad electoral. En efecto,

tal y como lo dijo la sentencia de tutela de segunda instancia -20 de agosto de 2021- el cargo por desconocimiento de la sentencia del 8 de julio de 2020 proferida en el caso Petro Urrego Vs. Colombia, no cumplía con el requisito de subsidiariedad dado que el interesado no lo propuso en el proceso ordinario para que el juez natural emitiera un pronunciamiento al respecto.

1. Por las anteriores razones, la Sala Plena concluye que se cumplen los requisitos generales sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, con las aclaraciones presentadas.

La sentencia del 5 de febrero de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira desconoció los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, al acceso para el desempeño de funciones y cargos públicos, a participar en el ejercicio del poder político y a la igualdad del señor Hamilton Raúl García Peñaranda. Expediente T-8.361.046

1. El juez accionado declaró la nulidad de la elección de Hamilton Raúl García Peñaranda como alcalde del municipio de Fonseca para el período 2020-2023. Acorde con la decisión, se configuró la inhabilidad en tanto (i) la hermana del accionante (elemento personal), (ii) dentro del año anterior a las elecciones municipales (elemento temporal), (iii) ejerció autoridad administrativa como gerente de una Empresa Social del Estado departamental (elemento objetivo) y (iv) las funciones se ejercen en todos los municipios del departamento, incluido, el municipio de Fonseca en el cual fue electo su hermano (elemento territorial). Los argumentos centrales de la decisión y en contra de los cuales se encuentra en desacuerdo el accionante, según se indicó más arriba, son los siguientes.

1. La naturaleza jurídica del Hospital Nuestra Señora de los Remedios es la de una empresa social del Estado de orden departamental. La gerente detentó mientras se desempeñó como tal, la condición de funcionaria del orden departamental, es decir, tenía atribuidas funciones como autoridad administrativa en todo el departamento de La Guajira, siendo Fonseca uno

de los municipios que integran al mismo.

1. Sobre las pruebas que demostrarían que la red de prestación de servicios del Hospital Nuestra Señora de los Remedios no comprende el área de influencia del municipio de Fonseca, sostuvo que “no puede confundirse el ejercicio global de funciones atribuidas legal y reglamentariamente a la gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios como autoridad directiva y ejecutiva de una empresa del nivel departamental de La Guajira, con la limitante derivada de la red de prestación de servicios de salud de la citada ESE”. El hecho de que en la actualidad sólo tenga habilitada red de servicios con municipios distintos de Fonseca, no obsta para que en calidad de autoridad administrativa de un ente departamental tenga la potencialidad y/o facultad para lograr la ampliación de dicha red a otros municipios.

1. El accionante formuló réplica en contra de tales fundamentos, indicando que la decisión incurre en defectos fáctico, sustantivo y por desconocimiento del precedente y vulnera así sus derechos fundamentales a elegir y ser elegido, al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, a participar en el ejercicio del poder político y a la igualdad. Los argumentos centrales de su objeción son los siguientes.

1. Defecto fáctico al dar por probado que Flor Elvira García Peñaranda, en su condición de gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios del Distrito Turístico y Cultural de Riohacha, ejerció autoridad administrativa en el municipio de Fonseca, sin considerar la pruebas que permitían concluir lo contrario.

1. Defecto sustantivo por inaplicación del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 en tanto dicha disposición establece que “departamento” se refiere a “entidades públicas y sus institutos y entidades descentralizadas” y no “al aspecto territorio”.

1. Desconocimiento del precedente dispuesto en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 2 de septiembre de 2005¹⁵³. En dicha providencia el Consejo de Estado dispuso que tratándose de Empresas Sociales del Estado se presenta una limitante espacial dado que la autoridad administrativa, como endógena que es, no puede ser ejercida en todos los lugares del departamento sino en aquellos en los que tiene sede administrativa y/o científica. Pese a la claridad del precedente, el Tribunal de La Guajira no se ocupó de ese pronunciamiento argumentando que dicha tesis estaba “revaluada” a partir de la sentencia del 20 de febrero de 2012.

1. Defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, al afirmar que se ejerce autoridad administrativa así no se cumplan las condiciones materiales para ejercer tal autoridad. En su concepto, no es razonable interpretar que el cargo de gerente de la ESE Nuestra Señora de Los Remedios con sede en Riohacha conlleva autoridad administrativa, sin valorar las pruebas que demuestran que ella no se ejerce en el municipio de Fonseca.

1. La Sala Plena considera que en la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de La Guajira se configuró un defecto sustantivo por interpretación errónea de la causal de inhabilidad por parentesco y, a partir de allí, tuvo lugar un defecto fáctico. Igualmente se desconoció el precedente que se sigue de la decisión adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia del 2 de septiembre de 2005. A continuación, se fundamenta esta conclusión.

1. El Consejo de Estado, prima facie, ha sostenido que al emprender la valoración del ejercicio de autoridad -elemento objetivo- en cuanto al régimen de inhabilidades, lo que interesa es que el pariente tenga la potencialidad de su ejercicio y, ello ocurre, cuando se detenta el cargo. Además, tratándose de un cargo del nivel territorial resulta obvio que las funciones se ejercen en todos los municipios que conforman el departamento -elemento

territorial-. Sin embargo, en algunas oportunidades ese tribunal ha exigido que dicha potencialidad sea real y materialmente posible en el mismo municipio de la autoridad electa.

1. Es claro que la inhabilidad por parentesco se orienta a la búsqueda de importantes propósitos relacionados con el equilibrio en los procesos electorales y la evitación del nepotismo. En tal sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que “la interdicción a las dinastías electorales familiares -propósito de la inhabilidad por parentesco-, es una forma de asegurar la igualdad real y efectiva entre los diferentes aspirantes a ocupar cargos de elección popular”¹⁵⁴. Igualmente, ha señalado que este tipo de inhabilidades “pretenden establecer una situación de paridad respecto de las condiciones de ejercicio de la actividad política, sin desconocer, desde luego, las diferencias que existen entre los distintos cargos de elección popular” destacando, además, que “[e]l peligro del nepotismo y del uso de las influencias y poder familiar, se predicen tanto de las elecciones de congresistas como de concejales y alcaldes municipales” ¹⁵⁵.

1. Ahora bien, esos importantes propósitos deben articularse a partir de una interpretación que no exceda los objetivos de la cláusula que inhabilita, de manera tal que no se afecte el principio de eficacia del voto y, al mismo tiempo, los derechos de los funcionarios electos.

1. Para la Corte ello solo es posible cuando la valoración de la probabilidad real y materialmente posible de ejercer la autoridad administrativa en el mismo municipio del candidato, se encuentra acompañada de un estricto y detallado análisis probatorio, orientado por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. A juicio de la Sala, no es suficiente establecer, de forma mecánica y abstracta -tal y como ocurrió en este caso-, que la entidad de la que hace parte el pariente tiene carácter departamental y, en consecuencia, en una especie de efecto irradiador incontenible, concluir que ella tiene efectos en cada uno de los municipios. Un fundamento en tal sentido configura un defecto sustantivo en tanto se trata de una inadecuada hermenéutica de las disposiciones que prevén la causal de inhabilidad.

1. Invocar los objetivos que en abstracto persigue la norma que prevé el supuesto de inhabilidad dejando de considerar si la aplicación concreta los alcanza, resulta contrario a la Constitución. Solo a partir de una valoración probatoria integral y detallada, encaminada a demostrar la probabilidad real del ejercicio de las funciones en el municipio del ciudadano electo, permite justificar la restricción de los derechos del elegido y los de sus electores.

1. Para el caso concreto, la Sala evidencia que el análisis propuesto por el tribunal le confirió un alcance equivocado a la probabilidad de impacto de las funciones administrativas en el municipio en el cual fue electo el familiar. El tribunal afirmó que la naturaleza jurídica de la ESE -departamental- permitía inferir que el ejercicio de las funciones cobijaba a toda la circunscripción territorial, esto es, tanto al departamento como a cada uno de los municipios que lo conforman. En su concepto, “la sola coincidencia territorial entre la circunscripción en que se eligió al demandado – municipio de Fonseca – y la jurisdicción de dicho Hospital a través de la cual la hermana era la gerente del Hospital Nuestra Señora de los Remedios de naturaleza departamental, configura a todas luces el elemento espacial de la causal imputada”.

1. A partir de esta tesis, omitió un análisis detallado acerca de la imposibilidad fáctica de ejercicio de las funciones administrativas en el municipio de Fonseca, tal y como ella fue alegada por el accionante.

1. La Sala concuerda con la posición del Consejo de Estado según la cual para que se configure la inhabilidad por parentesco a nivel municipal o distrital es irrelevante que el cargo del cónyuge o pariente del aspirante al cargo de elección popular pertenezca a la planta de personal del municipio. Sin embargo, esta corporación considera que es imperativo determinar la probabilidad de ejercer la autoridad administrativa en el mismo municipio del candidato, no solo como posibilidad sino como probabilidad real. Era entonces exigible un

examen específico tendiente a demostrar dicha probabilidad de ejercicio en el municipio. La Sala Plena aclara que no se trata de demostrar que la autoridad efectivamente se ejerció. Lo que se exige es demostrar que existió una probabilidad real de ejercerla.

1. Acorde con la regla expuesta, cuyo desconocimiento se desenvuelve en el plano sustantivo, el tribunal debió analizar de forma detallada e integral el material probatorio cuya omisión constituye, a su vez, un defecto fáctico. Para el caso concreto, el tribunal debió darles el alcance debido a las siguientes pruebas:

1. El oficio de la Administradora Temporal de Salud del Departamento de La Guajira, el cual indica que la Empresa Social del Estado Nuestra Señora de los Remedios del Municipio de Riohacha se encuentra ubicada dentro de la Subred-centro, por lo tanto, no tiene relación con la ESE Hospital San Agustín de Fonseca¹⁵⁶.

1. La certificación expedida por la Gerente de la ESE del Hospital San Agustín de Fonseca¹⁵⁷, en la que informa -revisados los archivos de esta entidad- que, entre la ESE Hospital San Agustín de Fonseca, La Guajira y la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha, La Guajira, no existía convenio o contrato alguno. También señalaba que no remiten o refieren pacientes a la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha.

1. La certificación expedida por la Secretaria de Gobierno y Asuntos Administrativos del municipio de Fonseca¹⁵⁸, en la que explica que una vez revisados los archivos contractuales de la alcaldía municipal de Fonseca no se evidenció registro alguno de contrato o convenio para la prestación de servicios, entre el municipio de Fonseca, La Guajira y la ESE Hospital Nuestra Señora de Los Remedios.

1. La Resolución No. 5872 de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral¹⁵⁹. En dicha

resolución se dispuso negar una solicitud de revocatoria de la inscripción del señor García Peñaranda, alegando la configuración de la inhabilidad dispuesta en el artículo 37 de la ley 617 del año 2000, numeral 4. Consideró que si bien la señora Flora Elvira contaba con facultades de autoridad civil y administrativa como gerente del Hospital Nuestra Señora de los Remedios "...el cumplimiento de estas no puede predicarse con respecto al municipio de Fonseca...[en vista de que]... si bien la ESE que ella gerencia tiene carácter territorial departamental, en la práctica esta institución solo tiene una sede en el municipio de Riohacha, y no se puede inferir ni se observó dentro de las pruebas allegadas al expediente, como tampoco dentro de las funciones establecidas en el decreto 139 de 1996, que en cumplimiento de dichas funciones se ejerza autoridad civil o administrativa concretamente en el municipio de Fonseca (...)"¹⁶⁰.

1. Adicionalmente, el tribunal omitió considerar de forma precisa la decisión del mismo Consejo de Estado sobre el ejercicio de la autoridad administrativa desde las Empresas Sociales del Estado -sentencia del 02 de septiembre de 2005-. En dicha decisión, tal y como quedó expuesto en párrafos anteriores se precisó que se presenta una limitante espacial para el ejercicio de la función dado que la autoridad administrativa no puede ser ejercida en todos los lugares del departamento sino en aquellos en los que tiene sede administrativa y/o científica¹⁶¹. Dicha decisión, destacó el carácter sui generis de las ESE y precisó que la jurisdicción departamental en estos casos está delimitada por su objeto, esto es, por la prestación del servicio de salud. Además, advirtió que por el hecho de tratarse de una ESE departamental, no puede colegirse de forma automática que su gerente ejerza autoridad administrativa en todo el territorio.

1. El tribunal accionado aseguró que dicha jurisprudencia estaba "revaluada" por la tesis adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de febrero de 2012¹⁶². Por su parte, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como juez de primera instancia dentro del proceso de tutela afirmó que la sentencia del 09 de septiembre de 2005 modificó el precedente alegado como desconocido. Estas afirmaciones, como se sigue de las consideraciones de esta providencia, son equivocadas.

Para el efecto cabe realizar un contraste entre los diferentes supuestos y reglas de decisión de tales pronunciamientos.

Sentencia del 02 de septiembre de 2005

Sentencia del 09 de septiembre de 2005

Sentencia del 20 de febrero de 2012

Elección de alcalde

Elección concejal municipal de Neiva

Elección de representante a la Cámara

Familiar ocupaba cargo a nivel departamental

Director Operativo de la Secretaría de Infraestructura, Tránsito y Transporte del mismo municipio

Familiar ocupaba cargo a nivel municipal

Se reconoce que desde el nivel departamental se puede influir en las elecciones municipales

Se reconoce que desde el nivel municipal se puede influir en las elecciones municipales

Se reconoce que desde el nivel municipal se puede influir en las elecciones departamentales

Se valora el material probatorio para efectos de determinar el real impacto de la potencialidad del ejercicio de la autoridad administrativa en el municipio

La demostración de la potencialidad del ejercicio de la autoridad administrativa en el municipio automáticamente se ve reflejada en las elecciones departamentales

1. Conforme a lo anterior, (i) la situación fáctica ahora analizada es análoga, en sus hechos esenciales, solo a la del caso resuelto en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 2 de septiembre de 2005. Ahora bien, suponiendo que los hechos fueran análogos a las otras dos providencias referidas no se puede desconocer que de tales providencias se desprende una regla metodológica en virtud de la cual (ii) es exigible una valoración concreta del material probatorio, a partir del principio de razonabilidad y proporcionalidad, para determinar la potencialidad real de ejercicio de la autoridad por parte del funcionario departamental en el respectivo municipio¹⁶³.

1. En cualquier caso, dada la similitud entre los hechos esenciales del caso que ahora estudia la Corte y el resuelto en la sentencia del 2 de septiembre de 2005, puede concluirse que aquel sí constituía un precedente relevante que ha debido ser considerado por el Tribunal Administrativo de La Guajira. Sin embargo, a pesar de su existencia, no cumplió con la doble carga para justificar su no aplicación.

1. La carga de transparencia exige un “reconocimiento expreso del precedente respecto del cual el operador judicial pretende apartarse” dado que no puede ignorar su existencia. Y, una vez identificado, tiene a su cargo el deber de exponer de manera precisa y detallada (a) en qué consiste, (b) las providencias que lo han desarrollado y (c) el modo en que ha tenido lugar su aplicación. En el caso concreto, pese a que el demandado advirtió al Tribunal Administrativo de La Guajira la existencia de un precedente aplicable a su caso -sentencia del 2 de septiembre de 2005- el tribunal se limitó a afirmar que dicho precedente había sido “revaluado” por la decisión adoptada el 20 de febrero de 2012. No se detuvo en valorar la similitud fáctica, no explicó en qué consistía la decisión, nada dijo sobre las consideraciones que el Consejo de Estado presentó para resolver dicho asunto. Dicho de otra manera, el planteamiento del tribunal implicó, antes de cualquier análisis específico, un desafío prematuro de la regla de decisión allí contenida.

1. La segunda carga, “de argumentación”¹⁶⁴, impone el deber de justificar de manera clara

y precisa las razones por las cuales ha decidido separarse del precedente existente. Se trata de un requerimiento particularmente exigente y proscribire no seguir el precedente a menos que existan razones para ello. El tribunal, se insiste, simplemente afirmó que el precedente estaba revaluado por un precedente del año 2012. No obstante, como se explicó en párrafos anteriores, el caso decidido en 2012 dista fácticamente de la nulidad propuesta contra el acto de elección del señor Hamilton Raúl García Peñaranda. Era deber del juez argumentar en qué consistió la supuesta revaluación, a partir, por supuesto, de la valoración fáctica de los casos.

1. Por último, vale la pena resaltar que el tribunal, al analizar el criterio territorial, valoró la existencia de un contrato de prestación de servicios suscrito entre Luis Eduardo Medina Romero, en su condición de representante legal de la Caja de Compensación de La Guajira en su Programa EPS y la señora Flor Elvira García Peñaranda, en su condición de gerente de la ESE Hospital Nuestra Señora de los Remedios. La cláusula primera, al describir el objeto contractual, prevé que los afiliados nivel I y II SISBEN cobijados residen en el departamento de La Guajira. De allí, el tribunal concluyó que “no se excluye municipio alguno, y en especial, al municipio de Fonseca”.

Al respecto, el Consejo de Estado, recientemente tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la configuración del elemento territorial a partir de un contrato de similares características al descrito. Según dicha Corporación, cuando en el contrato no se menciona en forma específica el municipio para el cual fue electo el pariente, pues el acuerdo entre partes se encuentra redactado en términos generales, no puede considerarse como un medio de prueba suficiente “para asegurar que abarcaba aspectos que cobrarían incidencia en el municipio referido”¹⁶⁵.

1. La conclusión a la que llega la Corte Constitucional en este asunto no tiene por objeto desconocer las reglas dispuestas por el Consejo de Estado para efectos de determinar la configuración de la inhabilidad por parentesco. De lo que se trata es de advertir que dichas reglas deben responder a una interpretación y aplicación constitucional de la causal dispuesta en la ley. Dicha valoración exige, de una parte, (i) atribuir un significado que sea

plenamente compatible con los objetivos que con ella se persiguen y (ii) emprender valoraciones probatorias detalladas que permitan evidenciar la real y efectiva probabilidad de ejercicio de la autoridad administrativa en el municipio.

1. Por las razones expuestas, la Sala Plena confirmará la decisión adoptada el 23 de julio de 2021 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que tuteló los derechos del accionante.

1. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Tribunal Administrativo de La Guajira mediante sentencia del 23 de agosto de 2021 dio cumplimiento al fallo de segunda instancia que concedió los derechos fundamentales del señor Hamilton Raúl García Peñaranda, bajo consideraciones similares a las aquí expuestas¹⁶⁶, la Sala Plena no emitirá una orden adicional.

Las sentencias proferidas el 22 de octubre de 2020 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el 18 de febrero de 2021 por la Sección Quinta del Consejo de Estado desconocieron los derechos fundamentales al debido proceso y a la participación política del señor Milton Fabián Castrillón Rodríguez. Expediente T-8.425.408

1. En el caso del señor Milton Fabián Castrillón Rodríguez los jueces accionados encontraron configurada la inhabilidad dispuesta en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Ello en tanto (i) la hermana del accionante (elemento personal); (ii) para la época de las elecciones (elemento temporal); (iii) ejerció autoridad administrativa con ocasión de la delegación que el contralor departamental le otorgó para ordenar gasto y conferir comisiones (elemento objetivo); y (iv) las funciones se desarrollaron en el municipio para el cual su hermano fue electo concejal (elemento territorial). En consecuencia, declararon la nulidad de la elección del accionante como concejal del Distrito de Cali. Los argumentos centrales de la decisión y en contra de los cuales se encuentra en desacuerdo el accionante, según se indicó más arriba, son los

siguientes.

1. Sobre el elemento objetivo el tribunal aseguró que la hermana del accionante se desempeñó como secretaria general de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca. A juicio del tribunal si bien del manual para el cargo de secretaria general no se extrae que ejerza autoridad administrativa -criterio orgánico-. A partir de la autorización que el contralor departamental le otorgó a la señora Martha Rosmery Castrillón para ordenar gasto y conferir comisiones, se acreditaba el ejercicio de la autoridad administrativa -criterio funcional-¹⁶⁷.

1. Sobre el elemento territorial el tribunal adoptó la postura adoptó la postura de dicha corporación en sentencia en sentencia del 1° de octubre de 2020¹⁶⁸, según la cual “[e]l elemento territorial sí concurre, porque la Contraloría Departamental del Valle del Cauca ejerce las funciones en todo el departamento, y ello incluye, desde luego, el municipio de Santiago de Cali”. Sobre este punto el Consejo de Estado ha reiterado que “no es aceptable que se puedan escindir los electores del departamento de los electores de sus municipios”¹⁶⁹.

1. El accionante cuestionó tales fundamentos indicando que las decisiones violan directamente la Constitución, desconocen el precedente e incurren en un defecto fáctico. Ello vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a la participación política. Los argumentos centrales de su objeción son los siguientes.

a. Violación directa de la Constitución dado que se formuló una interpretación extensiva de una causal de inhabilidad electoral (art. 6 C. Pol.) y, con ello, vulneraron el derecho a elegir y ser elegido (núm. 1 del art. 40 C. Pol.). Ello en tanto valoró los elementos de la inhabilidad sobre un cargo de secretaria general de un órgano de control -Contraloría Departamental del Valle del Cauca- sin considerar que (i) el órgano es del orden territorial departamental; (ii)

dentro del respectivo municipio dichas funciones son desplegadas por la respectiva contraloría municipal; y (iii) la causal debe interpretarse de forma taxativa, clara y precisa.

A juicio del accionante, “si el Constituyente y el legislador no dispusieron que la inhabilidad estuviera referida al ejercicio de un empleo del orden departamental o la citada superposición de las ‘circunscripciones funcionales’, se encontraba proscrito para el fallador de instancia modificar posteriormente -en perjuicio del elegido- la causal de inhabilidad justificándose en limitaciones o prohibiciones que no fueron taxativamente descritas y que - como en el caso- no se ajustan al ámbito espacial o territorial expresamente dispuesto por el legislador”.

a. Desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional fijado en la sentencia SU-566 de 2019. Lo dispuesto en dicha providencia “resulta aplicable a todo proceso de anulación electoral en el que se discuta el elemento territorial para la configuración de la causal de inhabilidad correspondiente, bajo el entendido que la interpretación de dicho elemento no puede hacerse de forma extensiva, valga decirlo, con la fijación de hipótesis que expresamente no fueron previstas por la Constitución o la ley”.

a. Defecto fáctico por falta motivación. El Consejo de Estado no expuso las razones de hecho y de derecho para justificar de qué forma se configuró la causal de inhabilidad con una entidad autónoma y cuyas decisiones resultan aplicables en el ámbito de su jurisdicción.

1. La Sala estima necesario precisar que si bien en este caso no se desconoció el precedente dispuesto en la sentencia SU-566 de 2019, se configuraron los defectos sustantivo y fáctico. El defecto sustantivo en tanto se evidencia una inadecuada hermenéutica de las disposiciones que se alegan como desconocidas, en lo que tiene que ver con la probabilidad real de ejercicio de la autoridad administrativa en los municipios en los que los funcionarios elegidos habrán de ejercer sus funciones. Y, de manera consecuencial, el defecto fáctico por la indebida valoración del material probatorio respecto de la probabilidad real de ejercicio de

la autoridad por parte del pariente del elegido desde el cargo de secretaria general de la contraloría departamental del Valle del Cauca en el municipio para el cual fue electo el accionante. A continuación, se sustenta esta afirmación.

Las providencias judiciales proferidas por el Tribunal Administrativo del Valle y por el Consejo de Estado no desconocieron la sentencia SU-566 de 2019

1. En la sentencia SU-566 de 2019 la Sala Plena de la Corte Constitucional, consideró que la Sección Quinta del Consejo de Estado vulneró los derechos del ciudadano Omar Javier Contreras Socarrás al debido proceso y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, al declarar la nulidad de su elección como Contralor Municipal de Valledupar, pues al momento de su elección no se encontraba inhabilitado para ser elegido en dicho cargo.

De acuerdo con la modificación introducida al artículo 272 de la Constitución Política, por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015¹⁷⁰, no podrá ser elegido contralor departamental, distrital o municipal, “quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”.

El Consejo de Estado, en la sentencia cuestionada, al analizar el cargo de inhabilidad propuesto como fundamento de la solicitud de nulidad de la elección del contralor municipal de Valledupar, concluyó que los elementos para declararla se encontraron plenamente demostrados. Sobre el factor territorial precisó que el señor Omar Javier Contreras Socarrás ocupó el cargo de Defensor Regional del Pueblo del Cesar de modo que “dicho cargo se ocupó en una entidad del orden departamental” pues “el ámbito de ejercicio de sus funciones correspondió a todo este departamento, dentro del cual se encuentra incluido, por supuesto, el municipio de Valledupar”.

No obstante, la Corte Constitucional precisó que del artículo 272 de la Constitución se desprendía que “el presupuesto de la inhabilidad relativo al orden territorial del cargo configura la inhabilidad cuando el aspirante al cargo de contralor municipal ejerce cargo público en el nivel asesor o directivo de la entidad territorial sujeta al control fiscal de la respectiva contraloría, pues ello implicará la posibilidad de controlar su propia gestión fiscal y

la de la administración de la cual formó parte”.

Por último, la Corte advirtió que “el operador jurídico, (...) debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inhabilidad por tratarse de excepciones al derecho fundamental de los ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, materia cuya regulación se encuentra reservada al legislador. Así, en su aplicación no se admiten analogías ni aplicaciones extensivas”.

1. Encuentra la Sala que las autoridades accionadas en esta oportunidad cumplieron con la carga exigida para demostrar que, en efecto, la sentencia SU-566 de 2019 no debía considerarse como precedente. Al respecto el Consejo de Estado afirmó que no se discutía una “candidatura por el hecho de haber ocupado un determinado empleo, sino si su posición y funciones entrañaban un ejercicio de autoridad administrativa proscrito por el ordenamiento jurídico frente a las intenciones electorales de un candidato a una corporación pública en razón de su parentesco, que es, en últimas, respecto del cual se reputa la inhabilidad”. Bajo esa perspectiva, indicó que “la providencia no “constituía un precedente judicial vinculante para el caso de autos, pues sus respectivas ratios decidendi prefijaban subreglas incontrastables con los supuestos evacuados en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el fallo objeto de la apelación. Ergo, ninguno de los reproches abordados en el presente acápite está llamado a prosperar”.

1. A juicio de la Sala Plena si bien pueden existir criterios interpretativos o valorativos comunes debe considerarse no solo que el cargo es diferente sino también la fuente de inhabilidad.

1. De lo expuesto se extrae que el análisis que la Sala Plena hizo en la sentencia SU-566 de 2019 (i) no recayó sobre un cargo de elección popular; (ii) no tuvo en consideración la causal de inhabilidad por parentesco; (iii) se ocupó de una inhabilidad constitucionalmente dispuesta para el orden departamental y extendida, en la decisión objeto de estudio, al orden

nacional. Estos elementos llevan a la Sala a concluir que la sentencia SU-556 de 2019 no configura precedente para el presente asunto. Ahora bien, según se indicó, ello no implica que la regla allí dispuesta no sea una herramienta valiosa e importante que deben considerar los jueces al momento de valorar el factor territorial en la configuración de una causal de inhabilidad.

Las decisiones de las autoridades judiciales accionadas configuraron los defectos sustantivo y fáctico por la inadecuada hermenéutica utilizada para efectos de valorar la configuración de la causal de inhabilidad por parentesco

1. Como se ha dicho (i) cuando deba determinarse la configuración de la inhabilidad de un funcionario municipal electo y (ii) se alegue para ello su parentesco con un funcionario que ocupa un cargo en el nivel departamental, (iii) corresponde a la autoridad judicial realizar una valoración probatoria concreta y ajustada al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Bajo esa perspectiva es exigible un examen específico de la probabilidad real del ejercicio de la autoridad, de modo que (iv) no es posible la valoración genérica o abstracta fundada solo en consideraciones formales sobre la naturaleza de la entidad o el tipo de funciones asignadas, sino que se debe analizar si tienen la probabilidad real de ejercerlas.

1. La Sala Plena considera que se configuró un defecto sustantivo en tanto las disposiciones que regulan la inhabilidad por parentesco exigen que los parientes del candidato a un cargo de elección popular “hayan ejercido autoridad [...] administrativa”. Por tanto, acorde con el carácter restrictivo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, es insuficiente concluir que este presupuesto se cumpla simplemente corroborando que el familiar ocupa un cargo de orden territorial o nacional. A juicio de la Sala, es imperioso acreditar en cada caso concreto la posibilidad real de ejercer la autoridad en el municipio.

1. Adicionalmente, se configuró un defecto fáctico por una insuficiente consideración del material probatorio. No era suficiente establecer, de forma mecánica, que la entidad tiene

carácter departamental y, en consecuencia, irradia sus funciones en los municipios. Solamente, analizando la probabilidad del impacto en el electorado a partir de la función desempeñada en el municipio es posible justificar la aplicación de la inhabilidad.

1. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca encontró configurado el elemento objetivo así:

“Con la resolución de nombramiento, acta de posesión y certificación laboral (documentos arrimados por la demandante al momento de pronunciarse sobre las excepciones), aparece demostrado que la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez se desempeñó como Secretaria General de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, cargo a partir del cual la demandante sostiene que ejerció autoridad administrativa, en el Valle del Cauca por obvias razones dentro de la jurisdicción del municipio de Cali.

Si bien de un análisis detallado a las funciones contenidas en el Manual para el cargo de Secretaria General, no se entrevé que las mismas ostenten la entidad suficiente para ser consideradas como ejercicio de autoridad administrativa, la Sala encuentra acreditado dicho ejercicio a partir de la autorización que el entonces Contralor Departamental le otorgó a la señora Martha Rosmery Castrillón para ORDENAR GASTO y CONFERIR COMISIONES, en consideración a que:

- i. Se generó mediante un acto administrativo de Delegación, específicamente por la Resolución No. 011 del 13 de marzo de 2017 “Por la cual se delega en un directivo la función de autorizar comisiones de servicio y ordenar el gasto de viáticos”
- ii. La delegación ha sido entendida por el Consejo de Estado como: “un fenómeno de transferencia de competencias a personas o funcionarios que actúen de manera independiente y definitiva, pudiendo el delegante reasumir la competencia y revocar la decisión”
- iii. Sin desconocer que el ejercicio de autoridad administrativa no exige al funcionario desplegar funciones, en el caso sub-examine y sólo con el propósito de ahondar en razones,

está evidenciado que la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez materializó y en varias oportunidades, las dos funciones que detentaba. Resaltándose especialmente, la autorización de gasto para viáticos y comisión de servicio que efectuó en favor del entonces Contralor Departamental del Valle, pues ello demuestra en detalle que el ejercicio era propio de ella y no del Contralor delegante.

iv. Desde el punto de vista del criterio funcional, se advierte que entre las funciones asignadas a la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez se encontraban tanto la de ORDENAR GASTO como la de CONFERIR COMISIONES, pues así la norma frente a la primera refiere “con cargos a fondos municipales” y el apoderado judicial del demandado se oponga indicando “Los actos no contienen gastos con cargo al presupuesto de Cali o fondos municipales sino del Departamento”, el ejercicio de esta autoridad no se demuestra a partir del origen de los recursos – nacional, departamental o municipal-, sino de la administración de los mismos, es decir, la facultad de disponer de ellos mediante, V. Gr., la celebración de contratos o la autorización de viáticos, pero en últimas que se trate de recursos públicos, tal y como lo manifestó el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, en reciente providencia (...).”.

1. Adicionalmente, la Sección Quinta del Consejo de Estado encontró “viable derivar el ejercicio de autoridad administrativa de la Resolución No. 011 del 13 de marzo de 2017 “Por la cual se delega en un directivo la función de autorizar comisiones de servicio y ordenar el gasto de viáticos”, respecto de la cual si bien no hacía falta que fuera materializada por la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez, obran el expediente centenares de actos administrativos suscritos por ella, que atienden a la denotada atribución”.

1. Entiende la Sala que el análisis propuesto por las autoridades accionadas parte de la comprensión de la Sala Quinta acerca de aquello que debe entenderse por el ejercicio de la autoridad administrativa. Sin embargo, lo constitucionalmente relevante en este asunto es determinar si la función asignada a la hermana del accionante -ordenar viáticos y comisiones para los funcionarios de la Contraloría Departamental- podía ser ejercida respecto o con incidencia en el distrito de Cali y no simplemente el lugar de su ejercicio.

1. Esta cuestión no fue parte de la motivación de las providencias emitidas por los jueces accionados. En su lugar se limitaron a identificar las funciones que según el Consejo de Estado ha considerado como expresión de autoridad administrativa, entre ellos, ordenar viáticos y conceder comisiones. Ello a pesar de que uno de los principales asuntos planteados por el demandando en el proceso de nulidad electoral fue la imposibilidad de ejercer cualquier tipo de función directamente en el distrito de Cali ya que la jurisdicción de su pariente se limitaba al nivel departamental¹⁷¹. Así, surge otra cuestión que las autoridades judiciales han debido resolver: ¿puede la secretaria general de una entidad de control con jurisdicción departamental ejercer autoridad administrativa en un municipio o distrito?

1. A juicio de la Sala Plena, la garantía del derecho fundamental a elegir y ser elegido exige una valoración integral sobre la configuración de la causal de inhabilidad por parentesco. Tal como se propuso en las consideraciones de esta providencia solamente analizando de forma estricta la posibilidad real de ejercicio de la función en el municipio es posible restringir en menor grado el derecho protegido.

1. Advierte la Sala Plena que la demandante en el proceso de nulidad electoral adjuntó varias resoluciones firmadas por la hermana del accionante. Luego, cotejó el lugar de votación de las personas beneficiadas con las comisiones y los viáticos -Cali-. Todo para demostrar la incidencia de las funciones de la funcionaria en los votantes de Cali¹⁷².

1. Por su parte, el demandado en la contestación del escrito de excepciones se ocupó de explicar la inconducencia de cada una de dichas pruebas y las razones por las cuales de ellas no se desprende la incursión en la inhabilidad. A partir del concepto de autoridad administrativa -criterio funcional- del artículo 190 de la Ley 136 de 1994 analizó cada acto y concluyó que (i) no contienen gastos con cargo al presupuesto del municipio de Cali sino del departamento del Valle del Cauca; (ii) no son actos administrativos que lleven implícita

competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o de potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones; (iii) las funciones expresadas en los referidos actos, no fueron ejercidas en el municipio de Santiago de Cali en el cual se celebró la elección; (iv) las comisiones a las que hacen alusión los actos administrativos referidos, son comisiones de servicio y no para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de periodo, es de decir no constituyen forma de provisión de empleos; (v) los comicios electorales fueron realizados el 27 de octubre de 2019, por lo que los doce (12) meses anteriores a dicha calenda, se consolidan el 27 de octubre de 2018, es decir que gran parte de los actos administrativos aportados, fueron proferidos antes del 27 de octubre de 2018. Como consecuencia de lo expuesto, según el demandado, era viable concluir que no se configuraron los elementos objetivo y territorial¹⁷³.

1. Considera la Sala que la omisión de valoración detallada del material probatorio descrito, para efectos de determinar la configuración de los elementos objetivo y territorial, desconoce los derechos fundamentales del accionante en tanto pasa por alto la regla dispuesta en esta providencia según la cual la autoridad judicial debe realizar una valoración probatoria concreta y ajustada al principio de razonabilidad y proporcionalidad para efectos de determinar la configuración de la inhabilidad. Ello implica un examen específico de la probabilidad real de ejercicio de la autoridad en el municipio desde el nivel departamental. Así las cosas, no es admisible una valoración genérica o abstracta fundada solo en consideraciones formales sobre la naturaleza de la entidad o el tipo de funciones asignadas. Tal como ocurrió en este caso donde los jueces se limitaron a afirmar que en tanto el cargo era del nivel departamental, por obvias razones el ejercicio de la autoridad administrativa incluía el municipio de Cali.

1. Visto lo anterior, en este caso parece existir dos formas de acercarse a la interpretación del concepto ejercicio de autoridad administrativa (estricto, según el cual basta con que se demuestre que ocupó un cargo) y, otro pro homine que entiende indispensable evaluar la posibilidad real de ejercicio de la autoridad en el respectivo municipio. Para el asunto, era

constitucionalmente relevante acoger los principios pro homine y eficacia del voto. Con ellos, es posible interpretar que la inhabilidad no se aplica solamente con el cargo (visión estricta de la causal), sino con el ejercicio de funciones con capacidad de afectar la voluntad democrática, producir desigualdad entre los competidores y la utilización de la cosa pública para desequilibrar el debate electoral (visión pro homine). Una interpretación estricta vulnera los derechos fundamentales a elegir (cuyos titulares son los electores) y a ser elegido y el de ejercicio de la función pública (cuyo titular es el elegido).

1. Así las cosas, se revocará la decisión adoptada por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 20 de agosto de 2021, que confirmó parcialmente la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado y declaró la improcedencia de la acción.

Regla de decisión

1. Cuando deba determinarse la configuración de la inhabilidad de un funcionario municipal elegido por su parentesco con un funcionario departamental, la autoridad judicial debe realizar una valoración probatoria concreta y ajustada a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ello impone un examen específico de la probabilidad real -más allá de potencial- de ejercer la autoridad administrativa en el nivel municipal y, de esta forma, incidir a los electores. No es posible la valoración genérica o abstracta fundada solo en consideraciones formales sobre la naturaleza de la entidad.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero: Confirmar la decisión adoptada el 23 de julio de 2021 por la Sección Tercera de la

Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que tuteló los derechos fundamentales del señor Hamilton Raúl García Peñaranda.

Segundo: Revocar la decisión adoptada por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 20 de agosto de 2021, que confirmó parcialmente la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado. En su lugar, conceder el derecho fundamental al debido proceso y a la participación política del señor Milton Fabián Castrillón Rodríguez. En consecuencia, ordenar a la Sección Quinta del Consejo de Estado que en el término de 15 días siguientes a la notificación de esta providencia emita una nueva decisión atendiendo lo dispuesto en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Ausente con permiso

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Afirmación de la acción de tutela, página 5, archivo 566472F45F22D29A6FA9CC5774AD85C0452A089FCDDAEC081DD90E17E2BB7142.

2 Formulario E-26 ALC de fecha 2 de noviembre de 2019, suscrito por los miembros de la correspondiente Comisión Escrutadora Municipal.

3 La inhabilidad demandada está consagrada en el artículo 37 de la ley 617 del año 2000, numeral 4, que modificó el artículo 95 de la ley 136 de 1994. “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”.

4 El demandante, además, manifestó que Liria Rocío García Peñaranda, hermana del señor García Peñaranda, se desempeñó como gerente de la ESE Hospital San Agustín, ubicada en el Municipio de Fonseca. El Tribunal Administrativo de La Guajira descartó este cargo porque la gerencia no fue ejercida dentro del año anterior a la fecha de la elección.

5 Lo dio por acreditado con los registros civiles allegados.

6 Encontró probado que la señora Flor Elvira García se desempeñaba como gerente y representante legal de la ESE para el momento de las elecciones en las cuales fue ungido como alcalde de Fonseca Hamilton García Peñaranda.

7 No. 110010328000201000099-00.

8 La acción de tutela la presentó el apoderado judicial del accionante. El poder reposa en el expediente digital archivo 566472F45F22D29A6FA9CC5774AD85C0452A089FCDDAEC081DD90E17E2BB7142 sin foliar.

9 Norma declarada inconstitucional por la Corte Constitucional mediante sentencia C-396 del 19 de noviembre de 2021.

10 Radicado 20001-23-31-000-2003-03762-01(3650).

11 El 19 de abril de 2021 el Consejero de Estado Hernando Sánchez Sánchez -Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo- admitió la acción de tutela. Ordenó notificar la demanda a los magistrados del Tribunal Administrativo de La Guajira. Adicionalmente, vinculó al Consejo Nacional Electoral - CNE, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a los señores Jaime José Monterosa Mercado, Álvaro Manuel Padilla Dita, Agustín Rosendo Uriana Uriana, Adalcinda Segunda Martínez Epiayú, Lismaibeth Pushiana Gómez, José Manuel Abuchaibe Escolar, Yaner de Jesús Montero Gómez, Álvaro Alario Montero, Luis Gregorio Amaya Lubo, Hernando Gómez Fernández y Luis Emiro Peralta Solano y al Comité Promotor del Grupo Significativo de Ciudadanos Podemos Movimiento Ciudadano, en calidad de terceros con interés legítimo.

13 Expediente digital archivo
00F7271DACC3E46A95F3A83AEF4917409CBC289398745CA25607C05EA3F6 141A

14 Expediente digital archivo
E4E3D361750E8EF196D1A3632DB99D214E0A04630C6376BE36976CE5798C 5D4F

15 Expediente digital archivo

A8372A2DF3C0745FE01DAA1025AEF9EC1397F7D959DBD977A54CE7897C 40FB66

16	Expediente	digital	archivo
----	------------	---------	---------

CCDDE930057E008164EFB60E5A1F9A5C2A7B53F5B3CC225E214EA4E7468 EBBF8

17	Expediente	digital	archivo
----	------------	---------	---------

90229AC77FA555860DE2845EA122A12BF8CA9C193AB04751A4881E47268 12D86

18	Expediente	digital	archivos
----	------------	---------	----------

771D12ECE5474214C26435B6B97D3EB1FEF6E639F094086D9AEFC8BC9A A97D91
229DD20DD44385F485BB8DD1A0EDC0595B59515DA247C4E4FBB9D22F42B29086
6DA6715C58A44AB0D3B3CC55D89DCAB3ABC54825FBB9A903E49DC924126CABBA

19	Expediente	digital	archivo
----	------------	---------	---------

59F5431C26ECDC2072221491BB61FA5BB83D8615291B7F5AD1D70A550492 0298

20	Expediente	digital	archivo
----	------------	---------	---------

D4120BB222E123A5F93CCB99B91B38D8ED101367FC29E6F4186364E6A9A9 D5BE

21	Expediente	digital	archivo
----	------------	---------	---------

E1C720E07E0983E8CFA67B29FD8F47FD9A14362EC1F4138AA518B03F973A 7B44

22	Expediente	digital	archivo
----	------------	---------	---------

13C02A3BB6606DF4724876E84DD75A566B9AF22A47455A04CB916CEFA3D 0195D

23 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 9 de septiembre de 2005. Radicado: 41001-23-31-000-2003-01299-02(3657). M. P. Darío Quiñones Pinilla.

24 Se lee en la sentencia: “Al respecto, debe indicarse que la Sala no comparte las conclusiones a las que llegó el juez de tutela de primer grado sobre la desacreditación de la Sentencia de 2 de septiembre de 2005 (Rad. 2003-03762-01) como precedente aplicable al caso concreto del proceso ordinario, pues revisada la providencia que se referenció como de cambio de postura jurisprudencial, esto es, la Sentencia de 9 de septiembre de 2005 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Rad. 41001-23-31-000-2003-01299-02, logró

advertirse que sus supuestos fácticos y normativos fueron distintos a los del caso de la referencia”.

25 Rad. 11001-03-28-000-2003-00063-00

26 Rad. 20001-23-31-000-2003-03762-01 Sección Quinta del Consejo de Estado.

27 Según lo declaró la respectiva comisión escrutadora en formulario E-26 CON del 14 de noviembre de 2019.

28 Según el cual no podrá ser designado como concejal municipal: “4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito (...)”.

29 Sobre este último argumento, presentó las siguientes referencias: (i) “el fallo proferido por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, consejero Filemón Jiménez Ochoa, dentro del radicado 76001-23-31-000-2008-00176-03” y (ii) “lo manifestado por el Consejo-Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, consejera ponente: Susana Buitrago Valencia en sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009) proferida dentro del proceso con radicación número: 73001-23-31-000-2008-00052-03”.

30 La decisión judicial puede ser consultada en el siguiente link [https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=EF37D760E2D1F4CECCC205F01BCD0E87275991B40E1A674EE8DF40E13EC0B459&var=11001031500020210147500-\(2021-9-23%2022-27-40\)-222740-3.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500](https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=EF37D760E2D1F4CECCC205F01BCD0E87275991B40E1A674EE8DF40E13EC0B459&var=11001031500020210147500-(2021-9-23%2022-27-40)-222740-3.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500)

31 Encontró acreditado el parentesco – segundo grado de consanguinidad- entre el señor Milton Fabián Castrillón Rodríguez y la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez acorde con los registros civiles de nacimiento de ambos aportados por la parte demandante y ratificados por el apoderado judicial de la parte demandada.

32 Está acreditado que la señora Martha Rosmery Castrillón Rodríguez sí ocupó el cargo de secretaria general al interior de la Contraloría Departamental del Valle durante los doce meses anteriores a la elección, esto es, del 27 de octubre de 2018 al 27 de octubre de 2019.

33 “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 faltas disciplinarias.”

34 Magistrada Ponente: Patricia Feuillet Palomares, proferida dentro de los expedientes 76001-23-33-000-2020-00013-00 y 76001-23-33-000-2019-01213-00

35 Providencia del 6 de agosto de 2020 (expediente 44001-23-40-000-2019-00175-01), Sección Quinta del Consejo de Estado.

36 Como se evidencia en el desarrollo del link <https://www.contraloriavalledelcauca.gov.co/publicaciones/1425/procesos-auditores-realizados-en-la-vigencia-2019/>

37 Las sentencia que referenció el apelante fueron: (i) auto del 17 de marzo del 2020 proferido dentro del expediente 44001-23-40-000-2019-00195-01, Sección Quinta Del Consejo de Estado”; (ii) sentencia del 27 de febrero del 2020 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 54001-23-33-000-2020-00006-01; (iii) sentencia del 12 de marzo del 2020 proferida la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 15001-23-33-000-2019-00579-02; (iv) sentencia proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente No. 76001-23-31-000-2001- 04321-02 (1558-09) Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero; (v) sentencia del 12 de marzo del 2020, proferida por

el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, dentro del radicado 15001-23-33-000-2019-00579-02 Consejera Ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; (vi) sentencia del 1 de octubre del 2020 proferida por la Magistrada Patricia Feuillet Palomares, expedientes 76001-23-33-000-2020-00013-00 y 76001-23-33-000-2019-01213-00; (vii) sentencia del 6 de agosto del 2020 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 44001-23-40-000-2019-00175-01).

38 Así los referenció el apelante: (i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009) Rad. No.: 76001-23-31-000-2008-00176-03 Actor: Darsin Moran Vallejo Demandado: Contralor del municipio de Cali (Alma Carmenza Erazo); (ii) Consejo Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, consejera ponente: Susana Buitrago Valencia en sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009) proferida dentro del proceso con radicación número: 73001-23-31-000-2008-00052-03, actor: Cesar Valencia Parra, demandado: Contralor del Municipio de Ibagué; (iii) sentencia de unificación-SU 566 de 2019.

39 La decisión judicial puede ser consultada en el siguiente link [https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=63A209418FA67442ED214B20D4F0EF694670B901F972604D215DFC8A783E7939&var=11001031500020210147500-\(2021-9-23%2022-27-40\)-222740-2.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500](https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=63A209418FA67442ED214B20D4F0EF694670B901F972604D215DFC8A783E7939&var=11001031500020210147500-(2021-9-23%2022-27-40)-222740-2.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500)

40 Sentencia de 23 de septiembre de 2013, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. No. 41001-23-31-000-2012-00048-01, demandado: Personero de Neiva.

41 Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. Mauricio Torres Cuervo, 11 de junio de 2009, rad. 20001-23-31-000-2007-00225-02, Demandado: Alcalde del Municipio de Valledupar.

42 La providencia cita la sentencia de septiembre 11 de 1998, expediente 1964, en la cual el Consejo de Estado consideró: “A la luz de la Hermenéutica no resulta razonable que el ejercicio de un cargo departamental como en este caso, impida desempeñar función pública como contralor en un municipio del mismo departamento, no se ve que influencia pueda

existir en los que lo eligieron, cuando la elección no es de carácter popular y además, esa función pública que es de vigilancia de la gestión fiscal en el municipio no trasciende al ambiente departamental, como sí ocurre por ejemplo en el caso de que si alguien que ha ocupado un cargo público a nivel municipal resulta elegido contralor departamental, terminaría controlando su propia gestión respecto de los bienes y recursos públicos, cuando no existe contralor municipal, en virtud del mandato constitucional que ordena realizar ese control en forma posterior y selectiva como lo anota la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-509 de 1997”.

43 La providencia cita la sentencia del nueve (9) de noviembre de dos mil uno (2.001), radicación número: 76001-23-31-000-2001-0316-01(2703) en la cual el Consejo de Estado dispuso que “[s]egún el artículo 272 de la Constitución no puede ser elegido contralor departamental, distrital o municipal quien en el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. Ello quiere decir que no puede ser contralor departamental quien en el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, ni contralor distrital quien haya ocupado cargo público del orden distrital, ni contralor municipal quien haya ocupado cargo público del orden municipal, en el respectivo departamento, distrito o municipio, como se dijo en sentencia de 4 de diciembre de 1.9952 y se reitera en esta oportunidad, salvo en lo concerniente a los contralores departamentales, porque mediante el artículo 6.º de la ley 330 de 1.996, “por la cual se [...] se dictan otras disposiciones relativas a las contralorías departamentales”, se estableció que no podía ser elegido contralor departamental quien durante el último año hubiera ocupado cargo público, y no solo del orden departamental, sino también “distrital o municipal”, salvo la docencia, disposición que, en lo concerniente, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-509 de 9 de octubre de 1.997”

44 Magistrado ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo.

45 La acción de tutela se puede consultar en el siguiente link [https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=7D8C88E5C924860E1E1CD67756A298B8AAD270ABD515AABD9E4D0434F26FEDDC&var=11001031500020210147500-\(2021-9-23%2022-27-40\)-222740-6.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500](https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=7D8C88E5C924860E1E1CD67756A298B8AAD270ABD515AABD9E4D0434F26FEDDC&var=11001031500020210147500-(2021-9-23%2022-27-40)-222740-6.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500)

46 Poder visible en el archivo

[https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=0DD2F03E864C014A740CA7CDC886CCFD92F36C15B9E13CDF171AC9AF00CD591D&var=11001031500020210147500-\(2021-9-23%2022-27-40\)-222740-4.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500](https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=0DD2F03E864C014A740CA7CDC886CCFD92F36C15B9E13CDF171AC9AF00CD591D&var=11001031500020210147500-(2021-9-23%2022-27-40)-222740-4.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500)

47 Citó la sentencia SU-566 de 2019 en la cual la Corte Constitucional sostuvo que “el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos forma parte de un conjunto de derechos consagrados en el artículo 40 de la Constitución para garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrada al ordenamiento superior, indica, por su parte, que todos los ciudadanos deben gozar, en condiciones de igualdad, del derecho de acceso a las funciones públicas de su país. Se trata de un derecho político fundamental de aplicación inmediata, cuyo ejercicio debe ser protegido y facilitado por las autoridades públicas, en cuanto facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida política y administrativa de la Nación, constituye un fin esencial del Estado, en los términos de los artículos 2, 3 y 85 de la Constitución”.

48 Acorde con el artículo 272 de la Constitución las determinaciones fiscales adoptadas por los contralores departamentales, distritales o municipales, en aras del correcto manejo y gestión de los bienes públicos, son independientes y comportan la vigilancia de la gestión fiscal en el ámbito de la correspondiente entidad territorial –departamento, distrito o municipio-.

49 Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 18 de julio de 2019.

50 El 13 de abril de 2021 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado admitió la acción de tutela, notificó a la Sección Quinta del Consejo de Estado, negó la medida cautelar y vinculó al trámite constitucional al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al Consejo Nacional Electoral – CNE, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a Luz Lanery Montoya Restrepo, en calidad de terceros con interés legítimo. En el siguiente link se encuentra el auto admisorio

[https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=12DB0E97BC1E6D9C115719C6A79700743C350EAA3A5CF1EBE6FE8F8F16CA9AD5&var=11001031500020210147500-\(2021-9-23%2022-27-40\)-222740-11.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500](https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=12DB0E97BC1E6D9C115719C6A79700743C350EAA3A5CF1EBE6FE8F8F16CA9AD5&var=11001031500020210147500-(2021-9-23%2022-27-40)-222740-11.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500)

51 La respuesta se encuentra en el siguiente link
[https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=58066697539A174D3A9BF22208A4E4A6E34ADAFB5EBFF15F088514D04D9C53CD&var=11001031500020210147500-\(2021-9-23%2022-27-41\)-222741-23.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500](https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=58066697539A174D3A9BF22208A4E4A6E34ADAFB5EBFF15F088514D04D9C53CD&var=11001031500020210147500-(2021-9-23%2022-27-41)-222741-23.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500)

53 La respuesta se encuentra en el siguiente link
[https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=FC0D918E45160A64CB71EC623CA3C9E2330B2ADCA153218AF3D15902567D6C64&var=11001031500020210147500-\(2021-9-23%2022-27-40\)-222740-19.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500](https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=FC0D918E45160A64CB71EC623CA3C9E2330B2ADCA153218AF3D15902567D6C64&var=11001031500020210147500-(2021-9-23%2022-27-40)-222740-19.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500)

54 La respuesta se encuentra en el siguiente link
[https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=F7998180F26817474998024111050E7B845CCC40A758800E9F3AA2B2E6651181&var=11001031500020210147500-\(2021-9-23%2022-27-41\)-222741-21.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500](https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=F7998180F26817474998024111050E7B845CCC40A758800E9F3AA2B2E6651181&var=11001031500020210147500-(2021-9-23%2022-27-41)-222741-21.pdf&anio=2021&R=1&expediente=11001031500020210147500)

55 El archivo que contiene la sentencia de primer instancia se denomina A9D56FF40A89A989ED4CDF0E74054F0E7A358A3CF4E6B3928C9F7491B2DC4E62 y se puede consultar en el expediente digital del siicor.

56 El archivo que contiene la sentencia de segunda instancia se denomina 6457350BAFD08DF4B9C58DD569F7BFFCD8091429BDDA359F1FA68D46F47DBCA7 y se puede consultar en el expediente digital del siicor.

57 Este último requisito que fue incluido por la Corte en la sentencia SU-391 de 2016, encuentra una excepción cuando “el fallo dictado por esa Corporación (i) desconoce la cosa juzgada constitucional; o (ii) su interpretación genera un bloqueo institucional inconstitucional” según ello fue establecido por la sentencia SU-355 de 2020.

58 Sentencia T-147 de 2020.

59 Cfr. Sentencia SU-072 de 2018.

60 Cfr. SU-489 de 2016. En esa decisión se explicó que esta omisión debe ser “arbitraria, irracional y/o caprichosa”.

61 Sentencias T-792 de 2010 y SU-453 de 2019.

62 Ver sentencia SU-210 de 2017.

63 Cfr. Sentencias T-790 de 2010, T-510 de 2011.

64 Sentencia C-836 de 2001.

65 Sentencia T-292 de 2006, reiterando lo establecido en las sentencias C-104 de 1993 y SU-047 de 1999.

66 Sentencia SU-069 de 2018. Posteriormente, se indica que este también se ha definido como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

67 Sentencia SU-169 de 2021, reiterando las sentencias T-292 de 2006 y T-093 de 2019.

68 Sentencia T-292 de 2006.

69 Sentencia SU-149 de 2021, reiterando la sentencia T-737 de 2015.

70 SU-047 de 1999

71 SU-047 de 1999

72 Sentencia SU-149 de 2021, reiterando la sentencia SU-267 de 2019.

73 Cfr. Sentencia T-041 de 2018.

74 Ibídem.

75 Sentencia T-709 de 2010.

76 Cfr. Sentencias T-041 de 2018 y T-247 de 2006.

77 A continuación, se retoman las consideraciones de la sentencia SU-069 de 2018.

78 SU-069 de 2018.

79 Ibidem. Reiterando lo establecido en las sentencias T-522 de 2001 y T-927 de 2010.

80 Sentencia T-637 de 2001.

81 Sentencia C-089 de 1994.

82 Sentencia C-955 de 2001.

83 Sentencia T-324 de 1994.

84 Sentencia C-224 de 2004.

85 Sentencia T-510 de 2006.

86 Sentencia C-142 de 2001.

87 La base argumentativa expuesta en esta sección hace parte de la sentencia SU-261 de 2021 (Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas) que reiteró, en lo esencial, lo dispuesto en la sentencia SU-115 de 2019.

88 Sentencias SU-115 de 2019, C-393 de 2019, C-037 de 2017, C-408 de 2001 y C-537 de 1993.

89 Sentencias SU-115 de 2019 y SU-544 de 2001.

90 Sentencia SU-115 de 2019.

92 La base argumentativa expuesta en esta sección hace parte de la sentencia SU-261 de 2021 (Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas) que reiteró, en lo esencial, lo dispuesto en la sentencia SU-115 de 2019.

93 Sentencia C-106 de 2018.

94 Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, miembro de la Comisión de Aforados, miembro del Consejo Nacional Electoral, fiscal general de la nación, procurador general de la nación, defensor del pueblo, contralor general de la república y registrador nacional del estado civil.

95 Sentencia C-053 de 2016.

96 Sentencia C-015 de 1994 y C-106 de 2018.

97 Sentencias C-015 de 1994, C-558 de 1994, SU-625 de 2015, C-106 de 2018 y SU-566 de 2019.

98 Sentencia C-106 de 2018.

99 Sentencia C-483 de 1998, SU-515 de 2013, SU-625 de 2015 y C-106 de 2018.

100 Sentencia C-106 de 2018.

101 Sentencia SU-115 de 2019.

102 Ibíd.

103 La base argumentativa expuesta en esta sección hace parte de la sentencia SU-261 de 2021 (Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas) que reitero lo dispuesto en la sentencia SU-115 de 2019.

104 Sentencia C-1105 de 2001, C-311 de 2004, C-468 de 2008 y C-106 de 2018.

105 Sentencia SU-074 de 2022. En esta decisión la Corte conoció de una acción de tutela

presentada por un ciudadano a quién le fue anulada su elección como diputado del departamento de Boyacá el configurarse la causal prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000. El problema jurídico planteado en esta providencia fue el siguiente: ¿Vulneró la Sección Quinta del Consejo de Estado los derechos fundamentales del accionante al resolver – luego de la designación de un conjuer para dirimir el empate entre los magistrados–, que era necesario inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 y, en consecuencia, que se configuraba la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, confirmándose la nulidad de su elección como diputado, y además considerando que no era procedente acudir al mecanismo de jurisprudencia anunciada?

106 Corte Constitucional, sentencia C-147 de 1998: “Finalmente, no se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta (CP arts 13 y 40) sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos”.

107 Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2006.

108 Sentencia C-147 de 1998.

109 Sentencia SU-115 de 2019.

110 Sentencia C-147 de 1998.

111 Sentencia SU-566 de 2019.

112 Ibíd.

113 Sentencias C-540 de 2001, C-311 de 2004, C-468 de 2008 y SU-566 de 2019.

114 Ibíd.

115 Sentencia SU-566 de 2019.

116 Sentencia C-147 de 1998.

117 Sentencia T-284 de 2006.

118 Ver por ejemplo las Sentencias C-551 de 2003, C-817 y C-1056 de 2004, C-148 de 2005 y C-187 de 2006.

119 Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46.

120 Ver, entre otras, las sentencias C-408 de 1996 y C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

121 Sentencia SU-566 de 2019.

123 Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

124 Esta conclusión es extraída de la sentencia SU-261 de 2021.

125 Al respecto se pueden consultar los casos Claude Reyes (Corte IDH 2006, 47, párr. 91), Palamara Iribarne (Corte IDH 2005c, 60-1, párr. 85), Ricardo Canese (Corte IDH 2004b, 63, párr. 96), Herrera Ulloa (Corte IDH 2004a, 69, párrs. 121 y 123) y OC 5/85 (Corte IDH 1985, 14, párr. 46).

126 https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/ElecTer/Libro_eleccion_territoriales.pdf

127 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de enero del 2021, radicado 15001-23-33-000-2019-00588-01.

128 El término funcionario se refiere a todos los servidores que prestan servicios a una entidad pública y ejercen las funciones que a estas corresponden, es decir a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 26 de marzo de 2015, radicado. 11001-03-28-000-2014-00058-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 5 de mayo de 2016, radicado. 54001-23-33-000-2015-00530-01. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 12 de marzo de 2019, radicado 11001-03-15-000-2018-04505-00(PI).

129 El Consejo de Estado ha entendido por autoridad “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, aun por medio de delegación: y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de enero de 2008, radicado 11001-03-15-000-2007-00163-00(PI). Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de diciembre de 1999, exp. 2334.

130 Se refiere a los poderes decisorios de mando o imposición de sanciones que ostentan quienes se encuentran en cargos de administración nacional, departamental, municipal o de los órganos electorales y de control con capacidad para “hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Consultar https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/ElecTer/Libro_elecciones_territoriales.pdf

131 La Sección Quinta del Consejo de Estado ha señalado que el elemento referente a la autoridad debe interpretarse de manera objetiva, es decir, que no requiere la verificación efectiva de que el servidor público haya hecho uso de algunas de las atribuciones que le otorga la ley, sino que basta con que aquel tenga la virtualidad o potencialidad de desarrollarlas, para afirmar que ejerció autoridad. En otras palabras: la autoridad se ejerce

por el mero hecho de detentarla. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 19 de febrero de 2015, exp. 11001-03-28-000-2014-00045-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 mayo de 2019, exp. 11001-03-28-000-2018-00091-00, 11001-03-28-000-2018-00601-00.

132 Se refiere a que el pariente que inhabilite al candidato electo despliegue o haya desplegado sus competencias en el ente territorial respecto del cual este pretende hacerse elegir.

Consultar

https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2019pr/ElecTer/Libro_elecciones_territoriales.pdf

133 Consejo de Estado, Sala Plena, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, radicado 11001-03-15-000-2001-0283-01(S-084). En este caso -recurso de súplica- el cargo giró en torno a la violación de una norma sustancial por interpretación errónea del artículo 95, numeral 8 de la Ley 136 de 1994, cuyo texto literal es como sigue: “Artículo 95. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien: [...] 8. Tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil con funcionarios del respectivo municipio que dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección estuviere ejerciendo autoridad civil, política, administrativa o militar”.

134 Sentencia C-564 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver también sentencias C-558 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-483 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

135 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de junio de 2009, número interno 2007-00376.

136 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 22 de octubre de 2009, número interno 2008- 00014.

137 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso, sentencia de 29 de enero de 2019. Radicado número: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU).

138 Consejo de Estado, Sala Plena, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,

radicado 11001-03-15-000-2001-0283-01(S-084). En este caso -recurso de súplica- el cargo giró en torno a la violación de una norma sustancial por interpretación errónea del artículo 95, numeral 8 de la Ley 136 de 1994, cuyo texto literal es como sigue: “Artículo 95. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien: [...] 8. Tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil con funcionarios del respectivo municipio que dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección estuviere ejerciendo autoridad civil, política, administrativa o militar”.

139 Radicado 20001-23-31-000-2003-03762-01(3650)

140 Afirmó el Consejo de Estado en su decisión “[a]hora, no puede prestarse a confusión el hecho de que por tratarse de pacientes remitidos desde el municipio de Gamarra por su afiliación al régimen subsidiado de salud, su atención por parte de entes hospitalarios ubicados fuera de esa comprensión territorial, como es la Empresa Social del Estado Hospital Regional José David Padilla Villafañe de Aguachica, dé lugar a la configuración de la causal de inhabilidad en estudio; recuérdese que ella se estructura solamente si el servicio se presta “en el respectivo municipio”, es decir en el mismo municipio donde se produjo la elección (Gamarra), sin que pueda entenderse que por tratarse de pacientes venidos de éste municipio, su atención médica y hospitalaria en el municipio de Aguachica, debe ser interpretada como que el servicio se prestó allí, ya que ello constituiría una interpretación que desatendería el tenor literal de la norma que es suficientemente claro y que por lo tanto, no requiere de ninguna otra Interpretación para su aplicación, pues una lectura diferente implicaría la modificación de la norma, a la vez que una limitación indebida del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C.N. Art. 40), proscrita por el ordenamiento jurídico, en especial por el artículo 1º del Código Electoral, que en su numeral 4º señala que “...las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida”.

141 Radicado 20001-23-31-000-2003-03762-01(3650)

142 Radicado 52001-23-33-000-2016-00016-01 acumulado.

143 Radicado 44001-23-40-000-2019-00175-02

144 El legislador entiende y presupone que determinados funcionarios de la administración, pertenecientes a niveles superiores de la misma, están revestidos de esa autoridad administrativa. A nivel local, dicha autoridad le está dada a los alcaldes, los secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales (artículo 190 de la Ley 136 de 1994). En ese sentido, los funcionarios ejercen la autoridad solo por el hecho de detentar la investidura de los cargos mencionados por el legislador.

145 Conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

146 Al respecto, es importante recodar que las inhabilidades para el acceso a cargos públicos buscan garantizar que los candidatos cuenten con condiciones óptimas para el ejercicio de la función pública, de modo que logren materializarse los principios de transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución). Especialmente, son circunstancias contempladas en la ley que, al concurrir en quienes aspiran a ingresar al servicio público les impide cumplir con dicho propósito, particularmente, por el conflicto que se generaría entre sus intereses personales y los intereses públicos. «Es decir, se trata de una limitación justificada en términos constitucionales al derecho de acceder a cargos públicos, ya que persigue la defensa y la garantía del interés general, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; y, además, asegura que la persona que resulte elegida tenga corresponde gestionar a quienes se encuentren al servicio del Estado» (Sentencia C-101 de 2018).

147 Artículo 250. 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. // 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. // 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. // 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. // 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. //6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con

mejor derecho para reclamar. //7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. // 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

148 Sentencias SU-961 de 1999, SU-298 de 2015, SU-391 de 2016 y SU-108 de 2018.

149 El contradictorio se encuentra integrado, en lo que aquí interesa con el Tribunal Administrativo de La Guajira (T-8.361.046), así como por el Tribunal Administrativo del Valle y la Sección Quinta del Consejo de Estado (T-8.425.408).

150 En el siguiente link, folio 51, se encuentra el poder para actuar otorgado al ciudadano Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=566472F45F22D29A6FA9CC5774AD85C0452A089FCDDAEC081DD90E17E2BB7142&var=11001031500020210083600->

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=566472F45F22D29A6FA9CC5774AD85C0452A089FCDDAEC081DD90E17E2BB7142&var=11001031500020210083600->

00 En el siguiente link se encuentra el poder para actuar otorgado al ciudadano Humberto Sierra Porto

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=0DD2F03E864C014A740CA7CDC886CCFD92F36C15B9E13CDF171AC9AF00CD591D&var=11001031500020210147500->

<https://siicor.corteconstitucional.gov.co/controldeprocesos/file.php?archivo=0DD2F03E864C014A740CA7CDC886CCFD92F36C15B9E13CDF171AC9AF00CD591D&var=11001031500020210147500->

151 Este último requisito que fue incluido por la Corte en la sentencia SU-391 de 2016, encuentra una excepción cuando “el fallo dictado por esa Corporación (i) desconoce la cosa juzgada constitucional; o (ii) su interpretación genera un bloqueo institucional inconstitucional” según ello fue establecido por la sentencia SU-355 de 2020.

152 Radicado 20001-23-31-000-2003-03762-01(3650).

153 Radicado 20001-23-31-000-2003-03762-01(3650).

154 Sentencia C-373 de 1995.

155 Sentencia C-373 de 1995.

156 Expediente digital archivo
27AF8425B9C0C37F5C9FE6DAE9BDFBEED914D24F9F7F4C6BDC811B3BA 0CD62DE

157 Expediente digital archivo
455567DC5E0C26C82C3F24F590AD5334B58F3C0F7240871704D3AE5CE CBBAA66

158 Expediente digital archivo
EA7D1859701F37343D212A552806F2964635CF59A426943E71A4BD857F0 4AEE6

159 Expediente digital archivo
C5DD6ED8AB2C07DD34CF66E11984ED1F5C775E8846AFEEE864C4B3B66 4F5573C

160 Afirmación de la acción de tutela, página 5, archivo
566472F45F22D29A6FA9CC5774AD85C0452A08 9FCDDAEC081DD90E17E2BB7142.

161 “Sin embargo, esas competencias que caracterizan el ejercicio de la autoridad, en el sub lite tienen una limitante espacial bien importante, derivada del hecho innegable que ellas no pueden ser ejercidas en todo el territorio del departamento del Cesar sino apenas en aquella parte donde tiene fijada su sede administrativa o científica el ente descentralizado, puesto que donde no se cuenta con una estructura orgánica resulta claro que no se puede ejercer esa autoridad administrativa para nombrar o remover empleados o para celebrar convenios o contratos, etc. Cuando la situación se presenta de esta manera, el que la entidad tenga jurisdicción en todo el departamento para prestar el servicio respectivo, no puede interpretarse como que su representante legal cuenta, per se, con autoridad administrativa en la totalidad del mismo ente territorial, ya que esa suposición no es válida hacerla porque como se dijo, el ámbito espacial dentro del cual se ejerce esa autoridad se reduce al municipio donde tiene fijada su sede administrativa o científica el aludido ente”.

162 Inhabilidad de representante a la Cámara cuyo hermano ejerció autoridad civil y política como alcalde de un municipio correspondiente a la circunscripción electoral del congresista. En sentencia de unificación del 20 de febrero de 2012 el Consejo de Estado¹⁶² se ocupó de analizar una demanda de nulidad electoral que cuestionaba la elección de un ciudadano

como Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena. En esa ocasión se alegaba la configuración de la causal 5ª del artículo 179 de la Constitución conforme a la cual serán inhábiles 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 política¹⁶².

La Sala Plena del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre varios factores, entre ellos los relativos (i) al ejercicio de la autoridad civil y (ii) a la circunscripción en la que opera la causal de inhabilidad.

Sobre el ejercicio efectivo de la autoridad civil o política -factor objetivo-. La autoridad se manifiesta en la potestad de dirección o mando que un funcionario ostenta frente a los ciudadanos, “lo que se refleja en la posibilidad -no necesariamente en el ejercicio efectivo- de impartir órdenes, instrucciones o de adoptar medidas coercitivas, bien de carácter general o particular, de obligatorio acatamiento para éstos”¹⁶².

El sentido natural y obvio del verbo “ejercer” implica que las posiciones activas o el desarrollo de conductas sean efectivamente ejecutadas. Sin embargo, “como el término debe interpretarse en un contexto democrático, en procura de la plena realización de los derechos y garantías constitucionalmente establecidas para el ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C.P. Art. 40), es lo cierto que su interpretación debe ser finalística, acorde con los altos intereses que se quieren proteger”.

Sobre la circunscripción en la cual opera la causal de inhabilidad del artículo 179.5 constitucional, respecto de Representantes a la Cámara -factor territorial-. La inhabilidad por matrimonio o parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad se cumple cuando la misma se materializa o desarrolla “...en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección”. En tal sentido, “si se trata de un Representante a la Cámara la prohibición de postularse y ser elegido como tal opera tanto si el cónyuge o pariente ejerce autoridad en una entidad del nivel departamental por el cual se surte la elección, como si la autoridad se lleva a cabo en una entidad del nivel municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual se aspira a ser congresista”.

Una interpretación contraria quebrantaría el principio de igualdad electoral pues “los

aspirantes a la Cámara de Representantes, con parientes en ejercicio de autoridad en entidades del nivel local, le llevarán a sus contendores una inaceptable ventaja, fruto de los factores de poder con origen en el propio Estado, que es precisamente contra lo que el constituyente y el legislador han luchado en las últimas reformas al régimen de inhabilidades”. Además, se corre el riesgo de que el pariente del candidato sirva “de plataforma política para ese aspirante, por lo atractivo que resultaría para los electores acompañar la candidatura de alguien que ya tiene un cargo destacado en la administración de uno de los municipios del respectivo departamento, práctica que desde luego promovería el nepotismo, hoy en día inaceptable”. Tal interpretación no vulnera la garantía de interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad que impone el artículo 1º numeral 4 del Código Electoral, según el cual “...las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida”.

Regla. El factor territorial exigido por la inhabilidad dispuesta en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución, se configura cuando la autoridad civil y política ejercida por el familiar del representante electo se ejerce desde el cargo de alcalde de un municipio del departamento para el cual fue electo el candidato a la Cámara de Representantes. Ello, en tanto se entiende que el ejercicio de la autoridad “ocurrió en la misma circunscripción por la que fue elegido el demandado”, en atención a que este municipio forma parte del departamento.

Decisión. Anular la elección del representante a la Cámara por el departamento del Magdalena.

163 Esta regla fue la utilizada por el Consejo de Estado en la sentencia del 29 de junio de 2021 donde valoró una a una las pruebas que demostraría la probabilidad de influencia en el electorado del municipio a partir del ejercicio de la autoridad administrativa desde el departamento.

164 Sentencia SU-149 de 2021, reiterando la sentencia SU-267 de 2019.

165 Sentencia del 29 de junio de 2021, Consejo de Estado, Sección Quinta, en decisión con Radicado 44001-23-40-000-2019-00175-02

166 “(...) no concurre el factor territorial, en tanto y cuanto, con base en la interpretación

que ordena el Consejo de Estado, la ordenanza departamental que dispone que la ESE tiene jurisdicción departamental debe interpretarse en el sentido que sus potenciales usuarios y su campo de acción se extienden por todo el departamento, sin embargo, su autoridad administrativa, por el contrario, se limita al municipio en el cual concentra su sede administrativa y financiera, que para el caso concreto es el Municipio de Riohacha (Guajira). De ahí que, si bien la señora Flor García, fungió como gerente de la ESE Nuestra Señora de los Remedios de Riohacha faltando solo cinco meses para la elección de alcalde en Fonseca (Guajira) para el período 2020-2024, debe entenderse por la sentencia objeto de cumplimiento, que autoridad administrativa que ostentó no se extendió hasta el referido municipio, luego, la inhabilidad consistente en el hecho de tener un pariente dentro del segundo grado de afinidad que ocupe un cargo de autoridad administrativa “en el respectivo municipio” no se encuentra acreditado”.

167 Resolución No. 011 del 13 de marzo de 2017 “Por la cual se delega en un directivo la función de autorizar comisiones de servicio y ordenar el gasto de viáticos”.

168 Magistrada Ponente: Patricia Feuillet Palomares, proferida dentro de los expedientes 76001-23-33-000-2020-00013-00 y 76001-23-33-000-2019-01213-00

169 Providencia del 6 de agosto de 2020 (expediente 44001-23-40-000-2019-00175-01), Sección Quinta del Consejo de Estado.

170 En la versión anterior a la reforma introducida por el Acto Legislativo 4 de 2019, y por lo mismo, vigente para la fecha de la elección cuya nulidad se decretó mediante la providencia contra la cual se dirige la acción de tutela.

171 En el escrito de apelación el demandante le pregunto al juez contencioso ¿Si el ente de control donde la hermana de mi poderdante ocupa el cargo, NO tiene funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización, (es decir no inciden en el ente territorial municipio), cómo es posible que la señora Rosmery como persona natural, si pueda ejercer autoridad administrativa en el municipio de Cali, aun cuando la misma naturaleza de la entidad donde labora lo hace materialmente imposible?

172 Expediente digital acción de nulidad electoral archivo 010ContestacionExcepciones.pdf

173 Expediente digital acción de nulidad electoral archivo
022AlegatosdeConclusionParteDemandada.pdf

174 “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 faltas disciplinarias.”