



NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de diputado de Norte de Santander / NULIDAD ELECTORAL – Coexistencia de inscripciones / COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES DE CANDIDATURA ELECTORAL – La segunda inscripción es la que se vicia de nulidad / COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES DE CANDIDATURA ELECTORAL – Su configuración no requiere que el primer inscrito sea elegido / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[E]sta Sala no coincide con el a quo puesto que, desde el año 2013, la Sección Quinta del Consejo de Estado tiene una posición que no ha variado, en relación con la interpretación que debe hacerse de la inhabilidad de coexistencia de inscripciones, en cuanto a que solo afecta al segundo candidato inscrito. (...). [N]o le asiste razón al Tribunal cuando afirma que no hay una posición establecida y unificada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en cuanto a la interpretación que deba hacerse de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, puesto que del anterior recuento, se advierte sin duda alguna, que de manera motivada en las sentencias del 6 de mayo de 2013, la Sección Quinta modificó la línea jurisprudencial y estableció los lineamientos y parámetros, esto es la regla que debía seguirse en la interpretación de esa causal de inhabilidad, posición que sigue vigente y no ha sido modificada. Ahora, si bien es cierto que en la sentencias del 6 de mayo de 2013 no se incluyó la denominación “sentencia de unificación”, lo cierto es que sí hubo un cambio jurisprudencial debidamente motivado, en el que se indicó la forma en la que se debía hacer a partir de ese momento, la interpretación de la inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000. (...). De acuerdo con lo anterior, es claro que ninguna de las sentencias que tuvo en cuenta el Tribunal, de la Sala Plena o de la Sección Primera del Consejo de Estado, han dado un interpretación diferente a la causal de inhabilidad bajo estudio de la que ha sostenido la Sección Quinta desde el año 2013, en relación con que solo afecta al segundo de los inscritos, de manera que se reitera, no es cierto que no haya una posición unificada por parte de esta Corporación. Así las cosas, la debida interpretación que debe hacerse de la causal del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es que solo afecta al segundo inscrito, puesto que cuando se inscribe el primero, no hay vicio alguno que lo inhabilite. De otra parte, en cuanto a la consideración del Ministerio Público, referente a que para que la inhabilidad opere, se requiere que ambos candidatos hayan sido elegidos, esta Sala precisa que como la causal solo afecta al segundo de los inscritos, puesto que al momento en que se realiza la inscripción ya había un pariente suyo inscrito previamente, lo cual vicia esa inscripción, lo que se requiere es que solo el segundo quede elegido, es decir, es indistinto si el primero queda o no elegido, para que se pueda demandar la elección del segundo inscrito. En este contexto, se reitera que es la segunda inscripción la que estaría viciada de nulidad, y en consecuencia dicha inscripción puede ser revocada por el Consejo Nacional Electoral, o de llegar a quedar elegida la persona, esa elección puede ser demandada y declarada nula por esta jurisdicción. De manera que, no se requiere la elección del primer inscrito, puesto que lo que fundamenta la inhabilidad es la coexistencia de inscripciones y no la coexistencia de elecciones, razón por la que basta con que el segundo sea elegido. Precisado lo anterior, se tiene que en este caso el demandado fue el primero en inscribirse, ya que lo hizo el 27 de julio de 2019 a las 10:44 de la mañana, mientras que el señor Carlos Alberto Otero Berbesi se inscribió ese mismo día a las 14:17. Por lo anterior, es claro que al ser el demandado el primero de los inscritos, esta causal de inhabilidad no es aplicable a su elección. (...). En consecuencia, al no ser aplicable la causal de inhabilidad alegada al caso concreto, esta Sala revocará la



sentencia de primera instancia y en su lugar negará las pretensiones de la demanda.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la evolución jurisprudencial de la inhabilidad por coexistencia de inscripciones, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 5001-2331-000-2011-00691; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 68001-2331-000-2011-01057-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de septiembre de 2013, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez, radicación 68001-2331-000-2011-01049-01; y, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de marzo de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 11001-0328-000-2018-00090-00.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 33 NUMERAL 5 / LEY 1871 DE 2017 - ARTÍCULO 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 54001-23-33-000-2019-0345-01

Actor: JAVIER LEONARDO LEAL MORA

Demandado: LUIS ALBERTO OTERO LANDÍNEZ – DIPUTADO NORTE DE SANTANDER, PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por el señor Luis Alberto Otero Landínez, en su condición de demandado y por el Consejo Nacional Electoral contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 2020 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda encaminadas a declarar la nulidad del acto de elección.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El señor Javier Leonardo Leal Mora, solicitó:

“PRIMERA: Que es NULA la declaración de elección como





diputado del señor LUIS ALBERTO OTERO LANDINEZ , contenida en el formulario E-26 ASA, expedido por los delegados del Consejo Nacional Electoral en el departamento de Norte de Santander el día 18 de noviembre de 2019, que contiene el resultado de las votaciones para Asamblea Departamental y declara la elección de todos los diputados de este departamento, para el periodo constitucional 2020-2023.

SEGUNDA: Como consecuencia de la nulidad declarada, se cancele, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 288 del CPACA la credencial de Diputado a la Asamblea Departamental de Norte de Santander del señor LUIS ALBERTO OTERO LANDINEZ.”

2. Hechos

Relató que el 27 de octubre de 2019 se realizaron elecciones en todo el territorio nacional para elegir autoridades territoriales, entre ellas la de los diputados de Norte de Santander y los concejales del municipio de Bochalema, ubicado dentro de ese mismo departamento.

Sostuvo que el señor Luis Alberto Otero Landínez fue avalado e inscrito como candidato a la Asamblea Departamental de Norte de Santander el 27 de julio de 2019, por el partido Centro Democrático, tal como consta en el formulario de inscripción E-6 AS, la cual quedó debidamente consolidada en el registro definitivo de candidatos visible en el formulario E-8 AS.

De otra parte, adujo que el señor Carlos Alberto Otero Berbesi, fue avalado e inscrito como candidato al Concejo Municipal de Bochalema – Norte de Santander por el partido Centro Democrático, para las elecciones realizadas el 27 de octubre de 2019, tal como consta en el correspondiente formulario de inscripción E-6 CO, la cual quedó debidamente consolidada en el registro definitivo de candidatos visible en el E-8 CO, y finalmente fue elegido como diputado de Norte de Santander.

Advirtió que el señor Luis Alberto Otero Landínez es el padre del señor Carlos Alberto Otero Berbesi, tal como se acredita con el correspondiente registro civil de nacimiento, y por tanto tienen entre sí un grado de parentesco de consanguinidad en primer grado.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante afirmó que al haberse declarado la elección del demandado se vulneró el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, así como lo señalado en el numeral 4 del artículo 40 de la misma ley.

Destacó que la elección demandada se realizó con violación del régimen de inhabilidades de los diputados, puesto que no podía ser elegido quien tenga





vínculo de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad con quienes se inscriban como candidatos del mismo partido o movimiento político para la elección de cargos o corporaciones públicas que se deban realizar en el mismo departamento en la misma fecha.

Señaló que en este caso se cumple el vínculo de parentesco puesto que el señor Luis Alberto Otero Landínez es el padre de Carlos Alberto Otero Berbesi y ambos fueron inscritos como candidatos, el primero para la Asamblea Departamental y el segundo para el Concejo Municipal, por el partido Centro Democrático, para las elecciones del 27 de octubre de 2019.

Agregó que de acuerdo con lo dicho por la Sección Quinta del Consejo de Estado, esta causal de inhabilidad afecta de nulidad ambas elecciones

De otra parte, sostuvo que con ocasión a esa inhabilidad, el Consejo Nacional Electoral se debió haber abstenido de declarar la elección, tal como lo solicitó en esa oportunidad, con lo que se ocasionó una irregularidad en el procedimiento.

4. Contestación de la Demanda

4.1 Luis Alberto Otero Landínez

Mediante apoderado, el demandado se pronunció sobre los hechos de la demanda en los siguientes términos:

Precisó que es cierto que de acuerdo con el formulario E-6 quedó formalmente inscrito como candidato a la Asamblea de Norte de Santander avalado por el partido Centro Democrático, el día 27 de julio de 2019 a las 10:44 de la mañana.

Señaló que de acuerdo con el formulario E-6 el señor Carlos Alberto Otero Berbesi quedó formalmente inscrito como candidato al Concejo Municipal de Bochalema - Norte de Santander, avalado por el partido Centro Democrático, el día 27 de julio de 2019 a las 14:17 P.M.

Expuso que el régimen de inhabilidades debe ser interpretado de manera restrictiva, y señaló que está constitucionalmente prohibida su interpretación extensiva porque afecta el derecho fundamental al debido proceso, al igual que el principio de la igualdad y el derecho de acceso a cargos y funciones públicas.

Adujo que la Sección Quinta del Consejo de Estado modificó su posición en las sentencias del 6 de mayo de 2013 con número de radicación 2011-00691 y 2011-01057 y de 19 de septiembre de 2013 radicación 2011-01049, en donde sostuvo que sólo se afecta la elección de quién se inscribe de segundo en el tiempo y no la del primer inscrito, porque respecto del primer candidato en el momento de la inscripción, no puede predicarse ilicitud alguna.

Alegó que el señor Luis Alberto Otero Landínez quedó formalmente inscrito el 27 de julio de 2019 a las 10:44 de la mañana, mientras que el señor Carlos Alberto





Otero Berbesi, quedó formalmente inscrito como candidato al Concejo Municipal de Bochalema el 27 de julio de 2019 a las 2:17 de la tarde, lo que permite concluir que para el momento en que se inscribió el demandado no había ilicitud alguna.

En cuanto a la sentencia de la Sección Quinta del 6 de mayo de 2013 dentro del expediente 50012331000201100691-00 mencionó que se indicó que la primera inscripción no adolece de ilegalidad, interpretación que es menos restrictiva del derecho fundamental de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

4.2 Consejo Nacional Electoral

A través de apoderado contestó la demanda y frente a las pretensiones sostuvo que se atiende a lo que resulte debidamente probado en el proceso, en concordancia con el marco constitucional y legal vigente.

Indicó que el Consejo de Estado, Sección Quinta en sentencia del 19 de septiembre de 2013 dentro del expediente con radicado 2011-1049 se pronunció en un asunto que tiene hechos similares al caso objeto de estudio, por lo que puede ser valorada por parte de esta Corporación.

A su vez, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que la causal alegada es subjetiva, y si bien el ordenamiento jurídico le otorga la potestad al Consejo Nacional Electoral para resolver las solicitudes de revocatoria para la inscripción de candidaturas cuando se encuentren incursos en causales de inhabilidad, en este caso no se presentó solicitud alguna de revocatoria de la inscripción de manera oportuna.

Sostuvo que de acuerdo con la anterior, esa entidad no ha emitido pronunciamiento alguno sobre la configuración de la inhabilidad, esto es, no ha expedido algún acto administrativo que deba ser defendido ante una instancia judicial.

4.3 Registraduría Nacional del Estado Civil

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que esa entidad solo se encarga de la organización de las elecciones y en consecuencia no tiene a cargo la labor de verificar si algún candidato está o no incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, sino que dicha función está a cargo del Consejo Nacional Electoral.

De otra parte, sostuvo que los requisitos formales exigidos por esa entidad a una persona que pretenda inscribir su candidatura a la Asamblea Departamental son los siguientes: aval otorgado por el representante legal o por quien se delegue de manera expresa, solicitud de inscripción que es el formulario de inscripción de candidatos y constancia de aceptación Formulario E-6, fotocopia del documento identidad, y en las listas en donde se eligen más de cinco curules, debe



conformarse por un mínimo del 30% de uno de los géneros, formato e información del candidato.

Dijo que el señor Luis Alberto Otero Landínez presentó ante la delegación departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil en Norte de Santander todos los requisitos formales exigidos por la entidad para inscribir su candidatura como aspirante a la Asamblea de ese departamento para el periodo constitucional 2020-2023.

5. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia del 28 de mayo de 2020, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró la nulidad de la elección del demandado, Luis Alberto Otero Landínez como diputado a la Asamblea del Departamento de Norte de Santander para el periodo constitucional 2020-2023 contenido en el formulario E-26 ASA, por encontrarse incurso en la inhabilidad contenida en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000. Como fundamento de dicha decisión expresó en resumen lo siguiente:

En cuanto al parentesco sostuvo que dentro del expediente obra el registro civil el cual se demuestra que el señor Luis Alberto Otero Landínez es padre del señor Carlos Alberto Otero Berbesi, por lo que existe un vínculo de primer grado de consanguinidad.

Sostuvo que tanto el demandado como su hijo obtuvieron aval del partido Centro Democrático para las respectivas corporaciones a las que se postularon.

Añadió que, de igual forma, se encuentra acreditado que ambos candidatos fueron inscritos para las elecciones a realizarse el 27 de octubre de 2019, en el departamento de Norte de Santander.

De otra parte, dijo que el señor Luis Alberto Otero Landínez fue declarado electo como diputado para el departamento Norte de Santander y el señor Luis Alberto Otero Berbesi fue inscrito para el Concejo del Municipio de Bochalema, que hace parte del departamento de Norte de Santander.

Explicó que la causal del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 dispone que está inhabilitado quien este vinculado entre sí con parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento, en la misma fecha.

Indicó que la disyuntiva en este caso radica en definir los alcances de esta causal de inhabilidad, esto es, si afecta a los dos candidatos inscritos o únicamente al último en inscribirse, posiciones sostenidas por los extremos procesales, demandante y demandado, respectivamente.

Precisó que ante la existencia de posiciones disímiles por parte del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con los alcances de la inhabilidad, acogió la tesis de la afectación de ambos candidatos sin distinguir en el tiempo de la inscripción, pues consideró que es la que se acerca más a la finalidad que el legislador quiso en protección de la Constitución.

Por lo anterior, declaró la nulidad de la elección del demandado.

6. Las impugnaciones

6.1. Parte Demandada

Actuando por medio de apoderado solicitó que se revoque el fallo de primera instancia. Sustentó su recurso con fundamento en dos cargos:

1. No se encuentra acreditado el elemento territorial o espacial.

El Tribunal omitió la interpretación normativa que debió hacerse del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, el cual resulta aplicable al caso en concreto, y procedió únicamente a establecer si acogía o no la jurisprudencia existente a situaciones análogas, que no ha sido pacífica ni uniforme, procediendo a acoger aquella más lesiva para el demandado, vulnerando el principio *pro homine*.

Explicó que el artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 estableció de manera explícita la interpretación que debe darse respecto del concepto de departamento contenido en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, respecto de las inhabilidades de diputados.

Destacó que de acuerdo con la norma mencionada con antelación, el departamento no hace referencia al territorio, sino a la entidad pública como tal, por lo que el Tribunal debió efectuar el análisis sobre ese aspecto, y el correspondiente estudio normativo aplicable al caso de manera íntegra.

Señaló que el Concejo Municipal no es una dependencia, instituto ni entidad descentralizada del departamento de Norte de Santander, por lo que es improcedente la interpretación que efectúa la Sala en cuanto a este elemento, para tenerlo por acreditado.

De acuerdo con lo anterior concluyó, que la inhabilidad debe entenderse que es para la elección de cargos o corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento, entendido como entidad pública y no al aspecto territorial.

2. Vulneración del principio *pro homine*, principio *pro persona*.

Manifestó que cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, se debe preferir la que más favorezca la dignidad humana.

Adujo que todas las sentencias que mencionó el Tribunal, fueron anteriores a la Ley 1867 de 2017 y la providencia que se mencionó del año 2019 no hace referencia al tema concreto de considerarse departamento como entidad pública y no como territorio, de manera que esas sentencias no pueden tenerse como precedente judicial.

Reiteró que en sentencias del 6 de mayo de 2013, radicación 2011-00691 y 2011-01057 y 19 de septiembre de 2013 radicación 2011-01049, se señaló que se afecta la elección de quien se inscribe de segundo en el tiempo, y no la del primer inscrito, porque respecto del primer candidato en el momento de su inscripción no puede predicarse ilicitud alguna.

Sostuvo que en este caso la interpretación más favorable, hasta tanto no se unifique un criterio, debe ser la más favorable al demandado, y en consecuencia se debieron negar las súplicas de la demanda.

Solicitó que ante las dos interpretaciones de la norma que se han hecho por parte del Consejo de Estado, se unifique la jurisprudencia y así mismo solicitó que se de aplicación a la figura de la jurisprudencia anunciada, en consideración a que no existe un precedente judicial pacífico estable y claro alrededor de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, por ser las primeras elecciones regionales en las que se aplica esa norma.

6.2 Consejo Nacional Electoral

Sostuvo que la sentencia de primera instancia desconoció lo dicho por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 19 de septiembre de 2013, radicación número 68001-2331-000-2011-01049-01.

Explicó que al haberse materializado primero en el tiempo y en el derecho, la inscripción del señor Luis Alberto Otero Landínez como candidato por el partido Centro Democrático para diputado a la Asamblea del Departamento de Norte de Santander, que la ocurrida con posterioridad de su hijo Carlos Alberto Otero Berbesi como candidato por el partido Centro Democrático para concejal del municipio de Bochalema, del departamento de Norte de Santander, jamás se podría predicar inhabilidad del señor Otero Landínez, porque al momento de su inscripción, no existía inscripción que por parentesco viciara en derecho la suya.

Explicó que por analogía también se desconocieron las siguientes providencias proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado: 29 de enero de 2019, expediente 2018-00031-00 y 10 de marzo de 2020 expediente 2019-03079.

7. Actuación procesal en esta instancia

Mediante auto del 23 de julio de 2020 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander concedió los recursos de apelación.

A través de auto del 13 de agosto de 2020, se admitieron los recursos de apelación.

8. Alegatos de conclusión

8.1. Parte demandante

En cuanto a la modificación introducida por el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, sostuvo que no puede aplicarse a la inhabilidad bajo estudio, puesto que la causal se refiere a “que deban realizarse **en** el mismo departamento”, y la palabra “en” denota lugar, por lo que no puede aplicarse el departamento como entidad pública, puesto que de hacerse se haría ininteligible la norma.

Además de lo anterior, sostuvo que el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 contraría la Constitución, en cuanto el artículo 299 establece que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley y no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas, y el numeral 6 del artículo 179 de la Constitución dispone que no podrán ser congresistas quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

Además, sostuvo que el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 habla de “la inhabilidad descrita en este artículo” y al revisarse el artículo no describe ninguna inhabilidad.

Insistió en que la interpretación adecuada no implica eliminar el elemento territorialidad de la inhabilidad, sino que tratándose del ejercicio de autoridad y cargos públicos, sólo los de nivel departamental la generarían. Explicó que si a la inhabilidad que nos ocupa se le llegara agregar a la expresión departamento la frase “como entidad pública”, esta causal desaparecería por la simple razón que los diputados no se eligen dentro de la entidad pública llamada departamento, sino que se eligen dentro de un territorio llamado departamento.

De otra parte, en cuanto al principio *pro homine*, sostuvo que sólo opera cuando una disposición admite dos interpretaciones y en este caso el inciso final del numeral cinco del artículo 33 de la ley 617 de 2000 sólo admite una, además, este principio debe ceder cuando entra en conflicto con el interés general y por tanto, el derecho a ser elegido debe ceder frente al derecho de elegir de los ciudadanos.

Recalcó que la inhabilidad de los diputados no puede ser menos estricta que la de los congresistas, razón por la cual la inhabilidad cobija a los dos inscritos puesto que al revisarse el numeral 6 del artículo 179 de la Constitución, la inhabilidad está en plural y no en singular como la de los diputados, razón por la que solicitó que se le de prevalencia a la Constitución sobre la ley y se haga una interpretación armónica y, en caso contrario se aplique la excepción de inconstitucionalidad.

También dijo que el formulario E-6 es solo una solicitud de inscripción de la candidatura y por tanto no la acredita. Sostuvo que ese formulario no es idóneo para demostrar el momento en que una inscripción queda realizada y la firma de los candidatos no hace que el documento deje de ser una solicitud. Dijo que la hora que aparece en el formulario no corresponde, ni certifica el momento en que radicaron el documento de solicitud de inscripción, sino el momento en que los funcionarios de la Registraduría aceptaron la solicitud de la inscripción por reunir los requisitos formales que exige el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011.

Explicó que la inscripción solo se consolida en el instante del vencimiento del término para las modificaciones. Las inscripciones sólo quedan en firme cuando se ha vencido el término para modificarlas, y el formulario electoral que acredita una inscripción es el E-8 tal como lo ha señalado la Sección Quinta en varias oportunidades.

Reiteró que la inscripción como candidato sólo existe a partir del momento en que vence el término de modificación, lo que ocurre en el mismo momento para todos los candidatos, sin tener en cuenta quien entregó la solicitud primero, de tal forma que ninguna inscripción en firme precede o sucede la otra y por tanto todos adquieren la condición de candidato inscrito en el mismo momento.

Consideró que en el caso bajo estudio el plazo para modificar las listas por renuncia a la aceptación venció el viernes 2 de agosto de 2019, a la misma hora para todos los candidatos.

Finalmente dijo que los juicios de nulidad electoral no tienen un elemento subjetivo, sino que son una comparación objetiva entre los hechos y la ley, de manera que ni las causales de nulidad integran elementos subjetivos en su configuración, ni los juicios de nulidad evalúan responsabilidad subjetiva en su existencia, razón por la cual la evaluación de la buena fe por parte del demandado no es un elemento configurativo de la inhabilidad, en tanto no se trata de una pena o sanción.

8.2. Parte demandada

Sostuvo que si bien el juez de primera instancia no adicionó la sentencia en relación con el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, por considerar que tal norma no se mencionó en la contestación de la demanda sino hasta los alegatos de conclusión, lo cierto es que el juez debe aplicar las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que las partes enuncien.

Adujo que el juez de primera instancia, sí pudo conocer el contenido normativo del párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, y debió en la sentencia aplicarla al caso concreto.

Además, reiteró lo dicho en el recurso de apelación.

8.3 Consejo Nacional Electoral

Por medio de apoderada presentó sus alegatos.

Solicitó que se tenga en cuenta el fallo del 19 de septiembre de 2013 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro del expediente 68001-2331-000-2011-01049, ya que al haberse materializado primero en el tiempo y primero en el derecho, la inscripción de Luis Alberto Otero Ladinez, como candidato por el partido Centro Democrático, no procedía decretarse su inhabilidad porque su inscripción fue válida, ya que no existía otra inscripción que por parentesco viciara la suya.

Reiteró lo dicho en la contestación de la demanda.

9. Concepto del Ministerio Público

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

Sostuvo que para se configure la inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 se requiere:

- Que exista vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, entre dos candidatos.
- Identidad en la organización política que avala, que los candidatos se inscriban por el mismo partido o movimiento político.
- Identidad en la realización de los comicios, que las elecciones para las que los candidatos se inscribieron se lleven a cabo en la misma fecha.
- Identidad territorial, que las elecciones se realicen en el mismo departamento.

Sostuvo que la Sección Quinta del Consejo de Estado, desde el año 2013 señaló que la finalidad de esta inhabilidad es evitar el nepotismo electoral, así como la violación del principio de igualdad respecto de los candidatos que no cuentan con la referida ventaja del parentesco. Advirtió la existencia de diferentes posturas frente al alcance de dicho precepto, una, según la cual, dado que la norma que consagra la inhabilidad no hace referencia a un factor temporal en la inscripción, no tiene incidencia en su configuración, y la otra, que considera ese factor relevante, en tanto la inscripción del primer candidato impide la configuración de la inhabilidad para quien así actuó, es decir, debe declararse la inhabilidad de quién se inscribió después o al final.

Indicó que en fallos del año 1995 se sostuvo que ya que la causal involucraba a dos candidatos, debía entenderse que nunca el primero en inscribirse se encontraría inhabilitado, en consideración a que cuando efectuó la inscripción, no

se materializaban los elementos de la causal, pues ningún familiar suyo estaba inscrito aún.

Explicó que en el año 1999 ese criterio no se aceptó y se afirmó que siendo válidas ambas inscripciones, una de ellas no puede resultar pasible nulidad y la otra incólume en caso de vicio electoral compartido, puesto que eso sería tanto como sujetar la suerte de un candidato a la habilidad de su pariente cercano a quien le bastaría inscribirse temprano para inhibir a aquel de hacerlo y frustrarle sus aspiraciones por razones muchas veces contingentes, que la jurisdicción administrativa no puede secundar sin romper el equilibrio y la medida que sean inherentes a la gestión de sus órganos.

No obstante lo anterior, la Sección Quinta en el año 2013 optó por volver a la interpretación que fue expuesta en el año 1995 en donde sostuvo que respecto del primer candidato, en el momento de su inscripción, no puede predicarse ilicitud alguna. Se explicó que el argumento expuesto en 1999 no resulta correcto desde una perspectiva constitucional, ya que si bien es cierto que un pariente cercano podría inscribirse temprano para inhibir a otro, frustrando sus aspiraciones electorales, admitir la inhabilidad para los dos no previene el hecho de que el mismo pariente, por razones igualmente contingentes, se inscriba en segundo lugar con la misma finalidad. La Sección Quinta avaló una interpretación menos restrictiva del derecho fundamental de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político para garantizar el principio pro homine.

Indicó que no se puede admitir el argumento según el cual frente esta inhabilidad no hay una postura clara el juez electoral, puesto que desde el año 2013 la Sección Quinta del Consejo de Estado optó por volver a la tesis expuesta en 1995, dejando en claro que en el análisis de la causal del numeral cinco del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, la primera inscripción en el tiempo no está viciada de nulidad.

Argumentó que en la sentencia del 6 de mayo de 2013, la Sección Quinta expuso clara y razonadamente los argumentos por los que se debía abandonar la tesis de la nulidad de las dos inscripciones, en tanto resultaba contraria a los principios y derechos que rigen nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, y si bien no se habló de unificación o cambio de criterio, una lectura de la misma permite advertir, sin asomo de duda, que el juez electoral hizo un análisis de las posturas que sobre la materia se han expuesto, y optó por indicar la razones por las que el criterio expuesto por la Sección entre los años 1995 a 1999, era el que más se ajustaba a los principios y derechos en el marco de un Estado Social de Derecho.

En cuanto a este punto, concluyó que la postura del juez electoral de cierre en relación con la interpretación del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es clara y desde el año 2013 no ha sufrido variaciones.

De otra parte, en cuanto a la aplicación del párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017 indicó que la norma introdujo una significativa modificación a la aplicación

e interpretación de la causal de inhabilidad, dado que el elemento de identidad territorial, sólo se puede concretar si se trata del departamento como entidad pública y no como territorio.

Sostuvo que el legislador en este párrafo decidió hacer una interpretación diversa a la que tiempo atrás hizo el Consejo de Estado, en sus diferentes salas, en el sentido de que el concepto departamento comprende a cada una de las entidades territoriales que lo componen, es decir sus diferentes municipios. Esta modificación implica frente la causal de inhabilidad en comento, que a partir de la mencionada ley, tiene una interpretación distinta a la que se la fecha se ha efectuado.

Adujo que de acuerdo con la Constitución no cabe duda que los municipios que integran un departamento son entidades públicas distintas de éste. Sin embargo, para efectos electorales tanto el juez constitucional como el electoral, habían entendido que la circunscripción departamental involucra a los municipios que hacen parte de ella.

Señaló que legislador de 2017 decidió hacer una interpretación del vocablo departamento, para excluir expresamente la interpretación que se venía haciendo sobre el particular, para indicar que las inhabilidades referidas al departamento sólo se configuran si se entiende el departamento como un ente jurídico y no como un espacio territorial, interpretación que cambia diametralmente el entendimiento de las inhabilidades que tengan como sustento el ámbito departamental.

De acuerdo con lo anterior sostuvo que la inhabilidad de coexistencia de inscripciones, con la expedición de la Ley 1871 de 2017, aplica sólo cuando los parientes se inscriban por el mismo partido o movimiento político a elecciones que correspondan al departamento como entidad jurídica, es decir gobernación y asamblea departamental y no incluirá a los cargos de elección de los municipios, esto es, alcaldías y concejos, que hacen parte de ese territorio.

Sostuvo que no solicitará la aplicación del artículo cuarto de la Constitución, excepción de inconstitucionalidad en relación con el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, puesto que no se requiere para resolver el presente caso, ya que el análisis de la inhabilidad sólo es procedente si los parientes respecto de los cuales se predica la coexistencia de inscripciones son electos y en este caso el señor Carlos Alberto Otero Berbesi, no fue elegido concejal de Bochalema y por tanto no hay lugar al análisis de la inhabilidad frente al demandado.

Explicó que en concepto de esa agencia, se requiere, para que sea procedente el análisis de la nulidad por esta inhabilidad que se esté en presencia de dos actos de elección, en tanto si sólo uno de los inscritos resultó electo, no se configura la inhabilidad.

Adujo que si sólo uno de los consanguíneos o personas enunciadas en la norma resulta electa, ha sido la voluntad popular la que ha determinado a favor de quién se inclina su apoyo y no habrá lugar a que se deje sin efectos el acto de elección.

Sostuvo que de acuerdo con el numeral 5 de la norma bajo estudio, hay dos momentos para que la inhabilidad se declare, la primera, en la inscripción, en donde si se demuestra que las mismas corresponden a los supuestos enunciados en la norma corresponderá a la autoridad electoral revocar la segunda de ellas, con fundamento en la tesis que desde el año 2013 está vigente en la Sección Quinta. Y el segundo momento para declarar la inhabilidad será con el acto de elección, y en este caso corresponderá al juez electoral determinar si se configuró la causal, para lo cual, será necesario que como elemento objetivo se demuestre que los dos consanguíneos o personas resultaron electas, en tanto no tiene sentido declarar la nulidad, si sólo uno de ellos lo fue.

Alegó que será necesario que la Sección Quinta se pronuncie, puesto que en el fallo recurrido se indicó que no importa si se verificaron las dos elecciones, pues basta demostrar los elementos de la inhabilidad para que se ordene la nulidad, independientemente de si todos los inscritos resultaron electos.

Además de lo anterior, indicó que en este caso no cabe duda que el demandado se inscribió primero, más de tres horas antes que su hijo, y por ende no puede considerarse que estaba inhabilitado por coexistencia inscripciones.

Además, adujo que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta la modificación introducida por la Ley 1871 de 2017 que elimina el elemento territorial para la configuración de la inhabilidad, razón por la que la inscripción que hizo el hijo del demandado para el Concejo del Municipio Bochalema, no permite señalar que se configuró la inhabilidad por coexistencia inscripciones, en tanto el legislador excluyó la correspondencia territorial como supuesto o elemento.

Por lo anterior, consideró que el demandado no incurrió en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, y por tanto solicitó que se revoque el fallo de primera instancia que anuló su elección.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para resolver los recursos de apelación presentados en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 28 de mayo de 2020 dentro del presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150 y 152.8 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ y el artículo 13 del acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación².

¹ **Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia.** “El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos...”

² Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003)

2. Problema jurídico

De lo planteado tanto en los recursos de apelación como en el concepto del Ministerio Público, le corresponde a esta Corporación resolver, si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, a través de la cual declaró la nulidad de la elección demandada.

Para el efecto, habrá de establecerse si:

(i) El Tribunal se equivocó al aplicar la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, porque únicamente recae sobre la segunda persona inscrita, y además porque se requiere que ambos candidatos de quienes se predica la coexistencia de inscripciones queden elegidos. En caso positivo, además deberá resolverse:

(ii) Si en este caso se cumple o no con el requisito de territorialidad, y si es aplicable lo consagrado en el parágrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017.

4. Análisis de los argumentos de la apelación

(i) Aplicación e interpretación de la causal de inhabilidad en el caso concreto.

Frente a este punto, tanto el Ministerio Público, el demandado y el Consejo Nacional Electoral sostuvieron que la causal de inhabilidad no es aplicable al caso concreto, puesto que solo cubre al segundo inscrito, y el demandado fue el primero en inscribirse. Además, el Ministerio Público sostuvo que para que la causal de inhabilidad pueda operar, las dos personas en que las que recayó la coexistencia de inscripciones, deben quedar elegidas.

En el fallo de primera instancia, el Tribunal aplicó la causal de inhabilidad al considerar que “[b]ajo este panorama, se tiene **que ciertamente ante la existencia de posiciones disímiles por parte del H. Consejo de Estado en lo que tiene que ver con los alcances de la inhabilidad, es decir si afecta ambos familiares inscritos o si por el contrario solo inhabilita al último en inscribirse, esta Corporación se identifica con la tesis de la afectación con inhabilidad para el candidato sin distinguir en el tiempo de la inscripción, la que fue expuesta por la parte demandante, y con la que comulga el Agente del Ministerio Público, pues**

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

Sección Quinta:

(...)

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

se aproxima más a la eficacia o la finalidad que entiende esta Sala quiso darle el legislador en protección de la Constitución Política (...)”.

Así las cosas, el Tribunal de primera instancia sostuvo que no había una posición unificada por parte del Consejo de Estado ni de la Sección Quinta, en cuanto a la interpretación de esa causal de inhabilidad, por lo que afirmó, podía aplicar la que en su parecer considerara la más acertada.

De acuerdo con lo expuesto, concluyó que la casual de inhabilidad se aplica indistintamente a cualquiera de las personas en las que haya coexistencia de inscripciones, sin importar cual se hizo en segundo lugar, y no se detuvo en reparar si se requería que las dos personas fueran elegidas.

Precisado lo anterior, esta Sala no coincide con el *a quo* puesto que, desde el año 2013, la Sección Quinta del Consejo de Estado tiene una posición que no ha variado, en relación con la interpretación que debe hacerse de la inhabilidad de coexistencia de inscripciones, en cuanto a que solo afecta al segundo candidato inscrito.

La inhabilidad objeto de estudio es la consagrada en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 que dispone:

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

1. (...)
5. (...) *Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.”*

Precisado lo anterior, se hará el siguiente recuento de las últimas posiciones de la Sección Quinta de esta Corporación, así:

- En sentencia del 6 de mayo de 2013, proferida dentro del expediente 5001-2331-000-2011-00691, M.P. Alberto Yepes Barreiro³, se dijo:

“(...) La Sala, para poder fijar el sentido de este fallo, esto es si confirma o revoca la sentencia proferida el 30 de mayo de 2012 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Meta, estudiará la posición jurisprudencial que esta Sección tiene sobre el particular, así como la solidez de los demás argumentos esgrimidos por la parte demandada.

³ La Dra. Lucy Jeannette Bermúdez participó y firmó esta providencia como conjuer.

En cuanto a su finalidad, ésta no es otra que la de evitar el nepotismo electoral⁴ y la violación del principio de igualdad respecto de los candidatos que no cuentan con la referida ventaja del parentesco.

Ahora bien, recordemos que en cuanto a su interpretación evidencian, tanto la parte actora como la demandada, diferentes posiciones. De un lado, para el demandante parece ser claro que, en la medida en que la norma nada dice sobre el factor temporal, este es indiferente para su aplicación. Por otro, la defensa del demandado argumenta que dicho criterio debe tener toda la relevancia ya que, cuando el señor Henry Hernández Hernández efectuó su inscripción no estaba incurso en prohibición alguna, de manera que, su conducta ajustada a la norma no podría traer una consecuencia de nulidad.

Una y otra posición pueden respaldarse con jurisprudencia de la Sección. Por mucho tiempo se consideró que, ya que la causal involucraba a dos candidatos, debía entenderse que nunca el primero en inscribirse se encontraría inhabilitado en consideración a que cuando éste efectuó su inscripción, no se materializaban los elementos de la causal, pues ningún familiar suyo estaba inscrito aún.⁵

Cuatro años después, esta Sección, mediante sentencia del 5 de Agosto de 1999, se apartó de la anterior interpretación al considerar que “siendo válidas ambas inscripciones, una de ellas no puede resultar pasible de nulidad y la otra incólume en caso de victoria electoral compartida; eso sería tanto como sujetar la suerte de un candidato a la habilidad de su pariente cercano a quien le bastaría inscribirse temprano para inhibir a aquel de hacerlo y frustrarle sus aspiraciones por razones muchas veces contingentes, que la jurisdicción administrativa no puede secundar sin romper el equilibrio y la medida que son inherentes a la gestión de sus órganos”⁶.

Pues bien, esta Sala, con fundamento en los argumentos que a continuación se exponen, encuentra que la primera de las interpretaciones es la que debe privilegiarse:

1.- *Porque respecto del primer candidato, en el momento de su inscripción, no puede predicarse ilicitud alguna.*

2.- *Porque el argumento expuesto por la Sección en el año 1999 de conformidad con el cual, “siendo válidas ambas inscripciones, una de ellas no puede resultar pasible de nulidad y la otra incólume en caso de victoria electoral compartida; eso sería tanto como sujetar la suerte de un candidato a la habilidad de su pariente cercano a quien le bastaría inscribirse temprano para inhibir a aquel de hacerlo y frustrarle sus aspiraciones por razones muchas veces contingentes” no resulta correcto desde una perspectiva constitucional ya que, si bien es cierto que un pariente cercano podría inscribirse temprano para inhibir a otro frustrando sus aspiraciones electorales, no es menos cierto que dicha postura prevenga el hecho de que el mismo pariente, por razones igualmente contingentes, se inscriba en segundo lugar con la misma finalidad; en ambos eventos la referida presunción desconoce el hecho de que las actuaciones de los*

⁴ Entiéndase éste como el uso del poder de Estado por parte de un servidor público para favorecer el acceso de familiares a función pública.

⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, sentencias del 8 de junio de 1995 (1271), 17 de Julio de 1995 (1305) y 6 de octubre de 1995 (1400).

⁶ En el mismo sentido Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, sentencia del 24 de febrero de 2005 (3442).

particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

3.- Porque dentro de nuestro sistema jurídico la interpretación que se propone es la que menos restringe el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

4.- Porque a partir de la aplicación de la presunción de la buena fe se realiza y respeta, en mayor medida, el derecho de los colombianos a elegir y ser elegido.

5.- Porque es la que en mayor grado satisface el principio “pro homine”.

6.- Porque materializa la “eficacia del voto” como mandato de optimización.

7.- Porque de la misma literalidad de la causal de inhabilidad de coexistencia de inscripciones se desprende que para su configuración se requiere de una inscripción previa, veamos: “quien esté **vinculado** entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el **mismo** partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la **misma** fecha”. Las expresiones “vínculo”, “mismo” y “misma” evidencian que quien primero se inscribe no puede ser sujeto de la inhabilidad toda vez que a su inscripción no le “coexiste” ninguna otra.

8.- Y, finalmente porque, en un ejercicio de ponderación, solo bajo la primera de las interpretaciones, la finalidad perseguida por la causal de inhabilidad, esto es, la de impedir que el poder político se concentre en manos de pocas familias, **se satisface sin necesidad de comprometer el derecho fundamental consagrado en el artículo 40-1 de la Constitución Política. (Test de necesidad).**

Explica la Sala que en este caso estamos frente a la clásica aplicación de principios constitucionales, de un lado, el de la **igualdad electoral**, que es justamente el que subyace a la inhabilidad consagrada en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, por otro, el relativo a **elegir y ser elegido como materialización de la democracia en el ejercicio y control del poder político. (...)**

Es preciso entonces que la Sala aplique el test de necesidad al asunto que se revisa, examen que, como se ha explicado, busca averiguar si la única manera de satisfacer un principio es bajo el sacrificio del otro, lo que en nuestro caso se traduce a identificar si la única manera de garantizar la igualdad electoral es bajo el sacrificio del derecho fundamental a elegir y ser elegido.

Es aquí cuando las dos interpretaciones posibles de la inhabilidad objeto de estudio se enfrentan, y, justamente, lo que acontece es que bajo una de ellas la afectación del segundo principio es menor, bajo la otra es total. Para la primera, el primer candidato inscrito puede resultar elegido, y al mismo tiempo se garantiza que, en su zona de influencia, exista democratización del poder. Para la segunda, la finalidad también se cumple, sin embargo, ninguno de los candidatos inscritos pueden resultar elegidos. Naturalmente, desde que el presupuesto de la inhabilidad los cobije a ambos por igual.

Sólo la primera de las interpretaciones, es decir, aquella bajo la cual la conducta lícita del primer candidato no puede ser sancionada, pasa el test de necesidad

puesto que es la única que garantiza la igualdad electoral sacrificando lo menos el derecho fundamental a elegir y ser elegido.

Así, confirma la Sala que sin duda es la interpretación que debe ser adoptada por la Sección.” (Negrillas fuera del texto original)

De lo transcrito, se tiene que en esta sentencia se explicó de manera clara que una primera posición de la Sección Quinta, desde 1995 hasta el año 1999, decía que la inhabilidad solo afectaba al segundo de los inscritos, y que nunca el primero en inscribirse se encontraría inhabilitado en consideración a que cuando éste efectuó su inscripción, no se materializaban los elementos de la causal, pues ningún familiar suyo estaba inscrito aún.⁷

Luego mediante sentencia del 5 de agosto de 1999, la Sección Quinta se apartó de esa interpretación al considerar que *“siendo válidas ambas inscripciones, una de ellas no puede resultar pasible de nulidad y la otra incólume en caso de victoria electoral compartida; eso sería tanto como sujetar la suerte de un candidato a la habilidad de su pariente cercano a quien le bastaría inscribirse temprano para inhibir a aquel de hacerlo y frustrarle sus aspiraciones por razones muchas veces contingentes”*, por lo que se concluyó que la inhabilidad cobijaba a las dos personas inscritas.

La anterior posición se cambió con la sentencia del 6 de mayo de 2013 en donde se acogió nuevamente la tesis inicial, y se explicó que aplicando el test de necesidad, la interpretación que debía hacerse era la que la inhabilidad solo cobija a la segunda inscripción, puesto que es la que mejor se ajusta a los postulados de la buena fe, restringe en menor medida el derecho fundamental a la participación en el poder político, satisface en mayor medida el principio *pro homine* y materializa la eficacia del voto.

- En sentencia del 6 de mayo de 2013, expediente 68001-2331-000-2011-01057-01⁸, M.P. Alberto Yepes Barreiro, se dijo lo mismo que en la anterior, puesto que ambas providencias se profirieron el mismo día.

- En sentencia del 19 de septiembre de 2013, expediente 68001-2331-000-2011-01049-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez, si bien no se encontró acreditada la causal de inhabilidad por coexistencia de inscripciones, puesto que los dos candidatos parientes no se presentaron por el mismo partido político y, por tanto, no se cumplía con uno de los requisitos de la inhabilidad, se reiteró la posición de la sentencia del 6 de mayo de 2013, en los siguientes términos:

“(…) En gracia de discusión, aceptando que el diputado demandado y su tío se hubieren inscrito por el mismo partido político, debe considerarse al hilo de la posición mayoritaria reciente de la Sala⁹ que, al involucrar la causal de inhabilidad invocada a dos candidatos, se entiende que nunca el primero en

⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, sentencias del 8 de junio de 1995 (1271), 17 de Julio de 1995 (1305) y 6 de octubre de 1995 (1400).

⁸ La Dra. Lucy Jeannette Bermúdez firmó esta providencia como conjuer.

⁹ Sentencia de mayo 6 de 2013, Rad. 2011-01057 M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro, Demandado Diputado de la Asamblea del Valle del Cauca.

inscribirse se encontraría inhabilitado en atención a que cuando éste efectúa su inscripción, no se materializan los elementos de la causal, pues ningún familiar suyo está inscrito aún.

Lo anterior, porque lo contrario desconocería el “hecho de que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas; porque dentro de nuestro sistema jurídico la interpretación que se propone es la que menos restringe el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; porque es la que en mayor grado satisface el principio “pro homine”; porque materializa la “eficacia del voto” como mandato de optimización; porque de la misma literalidad de la causal de inhabilitación de coexistencia de inscripciones se desprende que para su configuración se requiere de una inscripción previa y, finalmente porque, en un ejercicio de ponderación, la finalidad perseguida por la causal de inhabilitación, esto es, la de impedir que el poder político se concentre en manos de pocas familias, se satisface sin necesidad de comprometer el derecho fundamental consagrado en el artículo 40-1 de la Constitución Política¹⁰”, conclusión a la que se llega después de haber realizado el correspondiente juicio de ponderación.

Del material probatorio se extrae que, la inscripción del señor Camilo Andrés Arenas Valdivieso como candidato por el partido Liberal Colombiano se realizó el 1 de agosto de 2011 (fols. 143 y 144) y la de su tío Luís José Arenas Prada se realizó definitivamente el 18 de agosto del mismo año (fols. 161 y 162), por lo que, conforme con el argumento expuesto, no puede predicarse inhabilitación respecto del demandado Arenas Valdivieso. (Negrillas fuera del texto original)

De acuerdo con lo transcrito, en esta providencia se reiteró la postura adoptada en las sentencias del 6 de mayo de 2013.

- Sentencia del 28 de marzo de 2019, expediente 11001-0328-000-2018-00090-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro¹¹. Si bien en ese caso tampoco se encontró acreditada la inhabilitación por coexistencia de inscripciones, puesto que se estudió que el padre renunció a su inscripción y, en consecuencia, no hubo simultaneidad de inscripciones entre éste y el hijo, se dijo:

Como bien lo señaló el Ministerio Público, con esta inhabilitación el constituyente quiso impedir las dinastías electorales en las familias, de modo que era necesario proscribir que la fuerza electoral de uno de los parientes se utilizara para favorecer al otro, según lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-373 de 1995.

Cabe mencionar que en sentencia de 6 de mayo de 2013¹², esta Sala analizó la inhabilitación de coexistencia de inscripciones del numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, para los diputados, cuya redacción es similar a la del numeral 6 del artículo 179 constitucional, por lo que resultan pertinentes algunas de sus consideraciones.

En efecto, en dicha providencia se sostuvo que “En cuanto a su finalidad, ésta no es otra que la de evitar el nepotismo electoral y la violación del principio de igualdad

¹⁰ Íbidem

¹¹ Providencia adoptada y firmada por los magistrados Lucy Jeannette Bermúdez y Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 50001-23-31-000-2011-00691-01. Sentencia de 6 de mayo de 2013. C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

respecto de los candidatos que no cuentan con la referida ventaja del parentesco”.

Se indicó, además, que:

“...de la misma literalidad de la causal de inhabilidad de coexistencia de inscripciones se desprende que para su configuración se requiere de una **inscripción previa**, veamos: “quien esté **vinculado** entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el **mismo** departamento en la **misma** fecha”. **Las expresiones “vínculo”, “mismo” y “misma” evidencian que quien primero se inscribe no puede ser sujeto de la inhabilidad toda vez que a su inscripción no le “coexiste” ninguna otra.** (Negrilla del texto original, subrayas añadidas).

Ahora bien, debe ponerse de presente que el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011 habilita a los partidos y movimientos políticos para modificar los candidatos inscritos por renuncia y no aceptación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al cierre de inscripciones. De acuerdo con el calendario electoral fijado en la Resolución 2201 de 2017, por la Registraduría Nacional del Estado Civil para los comicios del 11 de marzo de 2018 -congreso de la República-, dicho plazo venció el 18 de diciembre de 2017.

Ello significa que la inscripción inicial del señor Meisel de Castro estaba sujeta a modificación en el evento previsto por la ley, esto es, su renuncia. De modo que el partido Centro Democrático, en la oportunidad establecida al efecto, ejerció el derecho que le asistía de modificar la lista de sus candidatos.

En ese orden, solo al vencerse dicho plazo, podría tenerse la lista definitiva de los inscritos para participar en la contienda electoral por dicha organización política. Y, vencido dicho término, se tiene que el señor Meisel de Castro no fue inscrito y, por ende, no adquirió la calidad de candidato al haber renunciado.

Recuérdese que la finalidad de la inhabilidad en estudio es evitar que parientes participen en las elecciones, esto es, que sean candidatos, pues se proscribió “la violación del principio de igualdad respecto de los **candidatos** que no cuentan con la referida ventaja del parentesco”.

Por último, frente a la aseveración de la parte actora según la cual, la renuncia del padre se llevó a cabo para favorecer al hijo -demandado-, lo cierto es que carece de sustento probatorio.

Conforme lo expuesto, para la Sala, el demandado no puede ser sujeto de la inhabilidad que se estudia, toda vez que su inscripción no “coexistió” con la de su padre.” (Negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, no le asiste razón al Tribunal cuando afirma que no hay una posición establecida y unificada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en cuanto a la interpretación que deba hacerse de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, puesto que del anterior recuento, se advierte sin duda alguna, que de manera motivada en las sentencias del 6 de mayo de 2013, la Sección Quinta modificó la línea jurisprudencial y estableció los lineamientos y parámetros, esto es la regla que debía seguirse en la interpretación de esa causal de inhabilidad, posición que sigue vigente y no ha sido modificada.

Ahora, si bien es cierto que en la sentencias del 6 de mayo de 2013 no se incluyó la denominación “sentencia de unificación”, lo cierto es que sí hubo un cambio jurisprudencial debidamente motivado, en el que se indicó la forma en la que se debía hacer a partir de ese momento, la interpretación de la inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000.

De otra parte, en cuanto a las sentencias de pérdida de investidura y de nulidad electoral que tuvo en cuenta el Tribunal de Norte de Santander, con base en las cuales fundamentó su afirmación de que no había una posición unificada, se tiene que:

- En la sentencia del 19 de agosto de 2015 de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, proferida en una pérdida de investidura en contra de Claudia López y Angélica Lozano, expediente 11001-0315-000-2014-02211-00, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, no se dijo nada frente a la interpretación de dicha causal de inhabilidad en lo relacionado con que solo cobija al segundo inscrito, puesto que no se encontró acreditada la unión marital de hecho, y el estudio que se hizo solo se refirió a ese requisito.

- En la sentencia del 18 de febrero de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado, M.P. Guillermo Vargas Ayala, expediente 50001-2333-000-2015-00128-01, de pérdida de investidura contra Omar Yesid Mesa Jiménez, tampoco se dijo nada en relación con la interpretación consistente en que la inhabilidad solo cobija al segundo de los inscritos, puesto que en este caso el demandado fue el segundo inscrito, y solo se debatió y estudió el aspecto territorial de la inhabilidad.

- En la sentencia del 6 de abril de 2017 de la Sección Primera del Consejo de Estado, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdéz, de pérdida de investidura en contra de Jader Alirio Vásquez, se estudió si la renuncia a la inscripción presentada por su esposa, se hizo dentro de la oportunidad legal, y el valor probatorio que tiene una declaración extrajudicial en la que indicó que su intención era renunciar, para desestimar la intencionalidad.

En cuanto a los procesos de nulidad electoral en los que se demandó al senador Carlos Fernando Galán, se profirieron dos sentencias, una del 14 de mayo de 2015, M.P. Susana Buitrago, expediente 11001-0328-000-2014-00113-00, y otra del 7 de septiembre de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez, expediente 11001-0328-000-2014-00095-00. En ambos casos se hizo el estudio de qué se entiende por “partido político”, y se concluyó que los demandados no se presentaron por el mismo partido político, pero no se hizo ningún pronunciamiento en cuanto a la interpretación de que la inhabilidad solo recae en el segundo de los inscritos.

De acuerdo con lo anterior, es claro que ninguna de las sentencias que tuvo en cuenta el Tribunal, de la Sala Plena o de la Sección Primera del Consejo de Estado, han dado un interpretación diferente a la causal de inhabilidad bajo estudio de la que ha sostenido la Sección Quinta desde el año 2013, en relación con que solo afecta al segundo de los inscritos, de manera que se reitera, no es

cierto que no haya una posición unificada por parte de esta Corporación.

Así las cosas, la debida interpretación que debe hacerse de la causal del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es que solo afecta al segundo inscrito, puesto que cuando se inscribe el primero, no hay vicio alguno que lo inhabilite.

De otra parte, en cuanto a la consideración del Ministerio Público, referente a que para que la inhabilidad opere, se requiere que ambos candidatos hayan sido elegidos, esta Sala precisa que como la causal solo afecta al segundo de los inscritos, puesto que al momento en que se realiza la inscripción ya había un pariente suyo inscrito previamente, lo cual vicia esa inscripción, lo que se requiere es que solo el segundo quede elegido, es decir, es indistinto si el primero queda o no elegido, para que se pueda demandar la elección del segundo inscrito. En este contexto, se reitera que es la segunda inscripción la que estaría viciada de nulidad, y en consecuencia dicha inscripción puede ser revocada por el Consejo Nacional Electoral, o de llegar a quedar elegida la persona, esa elección puede ser demandada y declarada nula por esta jurisdicción.

De manera que, no se requiere la elección del primer inscrito, puesto que lo que fundamenta la inhabilidad es la coexistencia de inscripciones y no la coexistencia de elecciones, razón por la que basta con que el segundo sea elegido.

Precisado lo anterior, se tiene que en este caso el demandado fue el primero en inscribirse, ya que lo hizo el 27 de julio de 2019 a las 10:44 de la mañana, mientras que el señor Carlos Alberto Otero Berbesi se inscribió ese mismo día a las 14:17.

Por lo anterior, es claro que al ser el demandado el primero de los inscritos, esta causal de inhabilidad no es aplicable a su elección.

Finalmente, el demandante afirmó que las inscripciones solo quedan en firme al vencimiento del término que otorga la ley para hacer las modificaciones, y por tanto no puede hablarse de que alguna sea primera en el tiempo. En relación con este punto, debe precisarse que como en este caso no hubo ninguna modificación o renuncia a alguna de las inscripciones, se tiene en cuenta el momento en el que los candidatos solicitaron hacerlas, para poder verificar sobre quién recae la inhabilidad. Caso contrario sucede, cuando se alega haber hecho alguna modificación a la inscripción, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de valorar si se cumplen o no los requisitos de la inhabilidad, puesto que puede pasar que alguno de los candidatos renuncie, y por tanto no podría tenerse por cumplido el requisito de coexistencia de inscripciones.

En consecuencia, al no ser aplicable la causal de inhabilidad alegada al caso concreto, esta Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar negará las pretensiones de la demanda.

Al no ser aplicable la causal de inhabilidad en este caso, no hay lugar a realizar el estudio de los requisitos de la misma, y por tanto la Sala se abstendrá de analizar



el segundo problema jurídico, esto es el consistente en determinar si este caso se cumple o no con el requisito de territorialidad, así como lo consagrado en el párrafo del artículo 6 de la Ley 1871 de 2017, ya que no viene al caso, puesto que se reitera, la causal de inhabilidad no es aplicable al caso concreto.

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

FALLA

PRIMERO: Revócase la sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, y en su lugar deniéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Se reconoce personería para actuar al Dr. Armando Quintero Guevara, como apoderado del señor Luis Alberto Otero Landínez, en los términos del poder allegado con el recurso de apelación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado





Radicado: 54001-23-33-000-2019-00345-01
Demandante: Javier Leonardo Leal

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

