

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Se declara la nulidad de la elección de la Gobernadora de la Guajira 2016-2019

Corresponde a la Sala determinar si se materializó la causal de nulidad contenida en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, por la supuesta transgresión al régimen de inhabilidades e incompatibilidades debido a que la demandada, previo a su elección, se desempeñó como alcaldesa del Municipio de Albania (Guajira) en el período 2012-2015 (...) Con fundamento la norma y en la jurisprudencia actualmente vigente de esta Sección se tiene que, los alcaldes no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 12 meses después, inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral (...) ocurre que la demandada fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira) para el período 2012-2015 y ocupó tal dignidad hasta el 21 de julio de 2014, fecha en la que le fue aceptada la renuncia presentada. Pese a lo anterior, la señora Oneida Pinto Pérez el 25 de junio de 2015 se inscribió como candidata a la gobernación de La Guajira para las recientes elecciones territoriales de 2015. Entonces, como entre el 21 de julio de 2014 -extremo temporal inicial aplicable al caso concreto- y el 25 de junio de 2015 -extremo temporal final aplicable al caso concreto-, ciertamente, transcurrieron menos de los 12 meses que exigen los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011, se impone a la Sala Electoral de esta Corporación anular la elección de la demandada al cargo de gobernadora de La Guajira.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 275 NUMERAL 5

INHABILIDAD PARA CARGOS DE ELECCION POPULAR- Se configura cuando la renuncia se presenta por fuera del término legal establecido / RECUENTO JURISPRUDENCIAL -Término inicial y final temporal para inscribirse como candidatos a otro cargo de elección popular en la misma circunscripción / INHABILIDAD PARA LA INSCRIPCIÓN DE CANDIDATOS - Los alcaldes no pueden mientras ostenten tal calidad ni 12 meses después inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular

El elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, y que fuere reducido a 12 por el legislador estatutario de 2011, se delimita con fundamento en dos extremos temporales distintos: uno inicial y otro final (...) De conformidad con las anteriores disposiciones -originales de la Ley 617 de 2000-, y la jurisprudencia de esta Sección, los alcaldes no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 24 meses después, inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral. En los términos descritos, el elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, se delimita con fundamento en dos extremos temporales distintos: uno inicial y otro final. En ese sentido, el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, señala que el alcalde no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular mientras detente tal dignidad. Y, en aplicación del artículo 39 -versión original-, tampoco podría hacerlo dentro de los 24 meses siguientes, en la respectiva circunscripción. De estos preceptos, tradicionalmente, se han derivado dos extremos a partir de los cuales se impone su análisis y comprensión. El primero -extremo temporal inicial- se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de alcalde, lo que puede ocurrir, por ejemplo, con el vencimiento del periodo o la renuncia al cargo. El segundo -extremo temporal final-, la fecha de la nueva inscripción del candidato ya que, ciertamente, lo que contiene la norma es una prohibición para inscribirse. De

esta manera, si entre un extremo temporal y otro, en tratándose de cargos dentro de la misma circunscripción electoral -como es el caso que nos ocupa-, transcurrieron más de 24 meses, la nueva elección no estará afectada por el desconocimiento de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000. Sin embargo, si el lapso fuese inferior, la nueva elección tendrá un vicio de legalidad ya que el candidato que resultó elegido está inmerso en una inhabilidad. Ahora, ocurre que el legislador estatutario del año 2011 modificó, con la Ley 1475 de ese año, el elemento temporal de esta prohibición, en lo que a su extremo temporal se refiere, por ello, para que la Sala pueda abordar el caso concreto, será necesario analizar, en detalle, dicho cambio, así como el alcance jurisprudencial del mismo (...) se impone a la Sección hacer una revisión sobre la interpretación que las distintas autoridades han tenido en relación con el alcance del condicionamiento efectuado, por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-490 de 2011 (...) De lo expuesto se puede concluir que en un primer momento no existía certeza acerca del impacto que tuvo el régimen de inhabilidades previsto en la Ley 617 de 2000 con ocasión del condicionamiento expuesto por la Corte Constitucional al parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 en sentencia C-490 de 2011. Lo anterior, comoquiera que la sentencia de constitucionalidad no dilucidó cual era el alcance de su condicionamiento, lo que derivó en que al seno de esta Corporación se gestaran diversas posturas al respecto tal y como se vio reflejado en la sentencia la Sección Quinta del Consejo de Estado de 21 de febrero de 2013, exp. 2012-00025, y en su respectiva aclaración de voto (...) Por su parte, en sentencia SU-515 de 2013 la Corte Constitucional quiso dar alcance al condicionamiento expuesto en la sentencia C-490 de 2011, y en este sentido determinó que la modificación introducida por la Ley 1475 de 2011 imponía concluir que el elemento temporal de la prohibición es, en efecto, de 12 meses y no ya de 24. Pese a ello la Corte no se pronunció en relación con el extremo temporal final a efectos de la configuración de la prohibición en estudio. Recientemente, con absoluta claridad, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-625 de 2015 se pronunció, respecto del elemento temporal de la inhabilidad y precisó que su extremo temporal final evidentemente lo materializa la fecha de la inscripción y no de la elección (...) Nótese, entonces, cómo la Corte Constitucional en sentencia SU-625 de 2015 eliminó cualquier asomo de duda, pues además de reconocer que la incompatibilidad contemplada en el numeral 7º del artículo 32 y 33 de la Ley 617 de 2000 se contabiliza ya no desde 24 meses sino desde 12 -aspecto que ya había sido aclarado desde la Sentencia SU-515 de 2013-, también explicó con contundencia y claridad que esos 12 meses se computan hasta el día de la inscripción y no de la elección. Esta precisión es de suma importancia, ya que la Corte no solo mantuvo incólume la postura adoptada por la Sección Primera en la que se determinó que el extremo temporal final de la inhabilidad era el de la inscripción, sino que además avaló dicha tesis al sostener que la prohibición implicaba que “quien hubiese ejercido como gobernador y se inscriba como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad”. Por lo anterior, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no cabe duda de que, la prohibición contemplada de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 tiene como extremo temporal final la fecha de la nueva inscripción. La anterior conclusión, además, resulta del todo acertada ya que, si lo que contiene la norma en comento es una prohibición para inscribirse, aquella se vaciaría en su contenido y finalidad si su extremo temporal final se computase en relación con la elección y no con la inscripción, máxime cuando sólo la segunda depende de la voluntad del candidato.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 38 NUMERAL 7 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 39 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 31 NUMERAL 7 / LEY

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL – Efectos de los fallos de nulidad electoral / EFECTOS DE LA ANULACIÓN DE LA ELECCIÓN – Fijación de los efectos *ex tunc* o *ex nunc* / EFECTOS DE LA ANULACIÓN DE LA ELECCIÓN - La regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas es que serán hacia el futuro o *ex nunc* / EFECTOS DE LA ANULACIÓN DE LA ELECCIÓN - Regla podrá ser variada caso a caso dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión

El artículo 288 del CPACA, norma especial electoral, se ocupa de las consecuencias de la sentencia de anulación electoral, y en lo que respecta a la anulación de elecciones por vicios subjetivos, como la presente. Sin embargo, nada dice el artículo en relación con los efectos de la anulación, pues no dispone si aquellos serán hacia el futuro -desde ahora o *ex nunc*- o hacia el pasado -desde siempre o *ex tunc*-, por ello, corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que los establezca, fijar los efectos de sus decisiones anulatorias, como ya lo anticipó esta Sección en reciente Sentencia de Unificación, pero para los eventos de expedición irregular. Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos (causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA), los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico, de forma que aceptar una ficción jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del sistema democrático mismo. De conformidad con lo anterior, y en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016, corresponde al juez fijar los efectos de sus propias sentencias. Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que aquellos serán hacia el futuro (*ex nunc*) en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto (administrativo o electoral); y en respeto a la “verdad material y cierta”, por encima de la mera ficción jurídica. Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática. En este contexto, los efectos anulatorios de esta sentencia serán hacia el futuro o *ex nunc*. De conformidad con lo anterior, y para todos los efectos legales, se tiene que la demandada ostentó la calidad de gobernadora de La Guajira, desde su posesión en tal dignidad, y la mantendrá, hasta la ejecutoria de esta sentencia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 288 NUMERAL 5 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 288 NUMERAL 8

SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL – Definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista para alcaldes y gobernadores

La Sala debe preguntarse si se halla vigente el entendimiento de la jurisprudencia actual en relación con el extremo temporal inicial de la prohibición contenida en los artículos 31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000. Corresponde a la Sala determinar hacia el futuro si el hecho de que la persona elegida como alcalde o gobernador, presente renuncia antes del vencimiento del período para el cual fue elegido, válidamente puede enervar tal prohibición. Lo anterior, en tanto que el numeral 7 de los artículos 31 y 38 no hace mención a la renuncia y los artículos 32

y 39, lo hacen, pero únicamente para las inhabilidades de los numeral 1 y 4 del artículo 31 y 38, no para la del numeral 7, que es el que nos ocupa. Corresponde a la Sección determinar si se puede admitir que, tratándose de un cargo sometido a período, como es el caso de los de elección popular, específicamente los de alcalde y gobernador, la renuncia pueda admitirse como una circunstancia válida para que se entienda modificado el extremo temporal inicial que fijó el legislador en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 (...) La Corte Constitucional, en referencia a la forma en la que debe entenderse la expresión “período” precisó que “es el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública”. Así las cosas, ha de entenderse que el significado de la locución “período” que emplea el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, tratándose del ejercicio de un cargo, es el lapso o tiempo que ha definido el Constituyente o el legislador para la permanencia o ejercicio de aquel. Es un ingrediente, si se quiere, de tipo normativo, pues ha sido el ordenamiento jurídico el que expresamente le ha dado alcance específico. Es decir, se trata de un vocablo que tiene un contenido normativo concreto tratándose del ejercicio de cargos públicos, en tanto se relaciona con el espacio temporal en que el titular del mismo puede ejercer determinada dignidad o función. Desde esta perspectiva, debe aceptarse, sin ambages, que todo período lleva ínsita su determinación, en tanto este no puede ser indeterminado: es un lapso específico, que no puede dejarse librado a la voluntad o decisión del titular del cargo (...) Bajo esta interpretación normativa, en apoyo con la gramatical, una primera conclusión a la que puede arribar la Sala, es que el numeral 7º de los artículos 31 y 38 de la Ley 617 de 2000 solo puede entenderse así: la prohibición para el candidato electo consiste en presentarse a otro cargo de elección popular durante el lapso que el Constituyente definió para el ejercicio de dicha dignidad, es decir, por todo el período constitucional, y no solo por el término que material y efectivamente el cargo se ejerza, ello se impone del elemento normativo de la descripción típica de la prohibición. Entonces, quien ha sido electo y declarado alcalde o gobernador, tiene prohibido durante los 4 años que fijó la norma constitucional como período del jefe de la administración territorial –artículos 303 y 314 Superiores-, inscribirse a otro cargo de elección popular. Y, terminado dicho lapso, los artículos 32 y 39 de la misma normativa, imponen un tiempo adicional en el que la persona electa debe abstenerse de poner su nombre a consideración del electorado. Ahora bien, incluso si se utilizan los otros métodos de interpretación tales como el sistemático o el finalístico, ellos nos conducirían a la misma conclusión: la prohibición en comento se extiende por todo el período constitucional, independientemente de que medie o no renuncia al cargo.

COSA JUZGADA MATERIAL – Clasificación y Presupuestos / COSA JUZGADA MATERIAL – Inexistencia / COSA JUZGADA MATERIAL – No opera cuando la ratio empleada anteriormente debe ser analizada a la luz de un cambio de contexto normativo

La Corte Constitucional se ha referido al fenómeno de la cosa juzgada material cuando un precepto diferente al analizado previamente por ella, tiene un contenido normativo similar o igual al que ya fue objeto de control y, por tanto, se encuentra cobijado por una decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional. Para hablar de esta especie o clasificación de la cosa juzgada, se deben conjugar dos presupuestos esenciales: (i) La presencia de una sentencia de constitucionalidad en la que se ha analizado un determinado contenido normativo y, (ii) La existencia de un precepto con un contenido igual o similar al que fue analizado por el Tribunal Constitucional. Presupuestos estos que, en principio, se cumplirían en el caso en estudio, dado que: (i) se debe entender que los artículos 38, numeral 7 y 39 de la Ley 617 de 2000, en lo relevante, reprodujeron el

contenido normativo del numeral 7 del artículo 96 de la Ley 136 de 1994, con excepción de la expresión “así mediara renuncia”, en tanto, entiende la Sección, la misma fue excluida del ordenamiento por ser contraria a los derechos fundamentales a la igualdad y a ser elegido. Y (ii) en las sentencias C-194 de 1995, C-494 de 1995; C-010 de 1997, entre otras, se hizo el análisis de constitucionalidad de supuestos normativos iguales a los de los artículos de la Ley 617 de 2000. Ahora bien, en las sentencias C-039 y C-096 de 2003, se indicó que la cosa juzgada material en sentido estricto se configura cuando un contenido normativo ha sido excluido del ordenamiento jurídico. Por su parte, en la sentencia C-259 de 2008, se enunciaron los presupuestos de la cosa juzgada material, así: i) Una norma ha sido declarada inexecutable por razones de fondo, lo que obliga a revisar la *ratio decidendi* del fallo correspondiente; ii) Que la disposición objeto de estudio tenga un contenido normativo similar a la disposición inconstitucional, teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se inscribe la norma examinada, ya que su significado y sus alcances jurídicos pueden variar si el contexto es diferente; iii) Que subsistan las normas constitucionales que sirvieron de parámetro de control en la sentencia que declaró la inexecutable de la norma reproducida. Estas reglas llevadas al caso de los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, huelga advertirlo, no se cumplen de forma plena, en tanto: i) Si bien existe una norma, artículo 96, numeral 7º de la Ley 136 de 1994, que fue analizada y declarada executable salvo una expresión de ella que fue encontrada inexecutable por razones de fondo, la *ratio decidendi* de la inexecutable de la expresión -así hubiere mediado renuncia-, enunciada en las sentencias C-194 de 1995, C-494 de 1995; C-010 de 1997, tuvo como fundamento el desconocimiento de los derechos a la igualdad y a ser elegido de quien fue electo y renunció al cargo. Si bien los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, tienen un contenido normativo similar a la disposición analizada, en tanto regulan con algunas pequeñas variaciones el mismo supuesto, y el que uno de sus apartes fue declarado inconstitucional, lo cierto es que la *ratio* empleada por la Corte Constitucional debe ser nuevamente analizada a la luz de un cambio de contexto normativo. En efecto, después de una serie de fallos en los que la Corte Constitucional sostuvo la idea de los períodos individuales y el carácter subjetivo de los mismos, el Constituyente derivado se dio a la tarea de efectuar una corrección normativa mediante la expedición del Acto Legislativo No. 2 de 2002, modificación mediante la cual restableció su carácter objetivo. Ese cambio normativo se dio en tanto desde la sentencia C-011 de 1994, se indicó expresamente que los períodos de alcaldes y gobernadores eran subjetivos o personales -por oposición a los institucionales-, pues la Corte Constitucional entendió que ante una falta absoluta de estos funcionarios, por ejemplo, por la revocatoria del mandato, lo procedente era el llamamiento a nuevas elecciones sin importar si habían transcurrido más de dos años del período de quien estaba ejerciendo el respectivo cargo -para esa época, el período de los alcaldes y gobernadores era de tres (3) años-, en tanto se entendía que quien fuera electo, debía ejercer la función por todo el período fijado por la Constitución y no por el lapso que le faltaba a quien venía ejerciendo el cargo y que fuera revocado, como lo señalaba la ley (...) Lo anterior, sin lugar a dudas, tiene implicaciones en el examen que le corresponde hacer al juez electoral respecto de las prohibiciones que están ligadas al período para el cual los candidatos resultaron elegidos, como la que ocupa la atención de la Sala, puesto que el período no puede ser analizado, hoy, bajo la lógica subjetiva o personal, en tanto el régimen de inhabilidades para efectos de la nulidad electoral debe ser siempre objetivo. La razón de esta afirmación no es otra, que entender que la finalidad de ese régimen consiste precisamente en evitar que los intereses personales se antepongan a los públicos, en donde los principios de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad propios de la función pública, y de las campañas electorales, priman por encima

del querer de quien encarna el poder y que la Sala entiende, fue lo que llevó al Constituyente derivado a ejercer la corrección normativa y constitucional de una interpretación que estaba generando serias implicaciones de orden jurídico e institucional del país, en detrimento de la democracia (...) Para la Sala, entonces, en el análisis de la prohibición contenida en los artículos 38, numeral 7º y 39 de la Ley 617 de 2000, no se puede dejar de lado el advenimiento de las normas de corrección que el constituyente derivado tuvo que dictar en razón de interpretaciones que estaban generando problemas institucionales, como entre otras -Actos Legislativos Nos. 1 de 2003 y 1 de 2009- que se expidieron con el fin de fortalecer el sistema democrático, reformas que, sin lugar a dudas, implican un cambio del contexto normativo que obligan a reconsiderar los fundamentos de la decisión del juez constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 /
CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 40 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2002

DERECHOS DEL ELEGIDO – *Pro Homine* / PRINCIPIO *PRO ELECTORATEM* – Ponderación del derecho a ser elegido a efectos de hacer posible la realización del sistema democrático / DERECHO DEL ELEGIDO - Frente al acto electoral es menester propender preferentemente por el derecho del elector

Para esta Sección es claro que, en tratándose del acto electoral, es menester antes que privilegiar el derecho del elegido, propender por la protección del derecho del elector, pues en él radica el sustento democrático de nuestras instituciones. Esto se explica, justamente, por el carácter autónomo de la función electoral. En lo que respecta a los sujetos que intervienen en su formación, a diferencia del acto administrativo cuyo sujeto principal es la Administración, el sujeto del acto electoral lo conforman los electores que participan en la contienda democrática en ejercicio del derecho a elegir consagrado en los artículos 40 y 98 de la Constitución Política. Por lo tanto, es incorrecto sostener que en el acto electoral se encuentra expresada la voluntad de la autoridad encargada de declarar la elección (...) sino que este plasma el querer de los electores a través del voto. Consecuentemente la finalidad del acto electoral corresponde a concretar o materializar la democracia representativa y la expresión de la voluntad popular. Por las anteriores diferencias, huelga decir que el juez electoral no solo ejerce control de legalidad respecto de las actuaciones que se surten durante el procedimiento electoral, sino que su papel se extiende a la protección de la democracia y la legitimación del poder constituido, puesto que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales garantiza que el poder público se constituya con respecto a la expresión de la voluntad de los electores y al procedimiento electoral previsto en la ley". Igualmente, la expedición de los Actos Legislativos No. 1 de 2003 y 1 de 2009, en su idea de fortalecer los partidos políticos y el sistema democrático, hicieron que estos -los partidos- se convirtieran en impulsores o canalizadores del derecho de quien se pretenda elegir, en tanto se entendió que este derecho no era absoluto. Por tanto, los partidos políticos, a partir de esta reforma entraron a "racionalizar y hacer operativa la vida política de la Nación, de manera que los ciudadanos puedan ejercer, en la mejor y mayor medida posible, su derecho constitucional a la participación material y con incidencia efectiva en las decisiones que los afectan" como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-303 de 2010. En ese sentido, una de las finalidades del Acto Legislativo No. 1 de 2003, fue, entre otras, el fortalecimiento del sistema democrático, mediante la exigencia a los partidos y los movimientos de establecer criterios para hacer compatible ese principio en la escogencia de los candidatos que los habrían de representar a cargos uninominales y a las corporaciones

públicas. Ese cambio constitucional, en criterio de la Sala, hizo que, por encima del derecho a ser elegido, se impusieran criterios de prevalencia del interés general para la protección de la democracia, estableciendo restricciones o limitaciones a este derecho, con el objeto de proteger a los electores, en la medida en que cualquier aspiración política debe estar mediada por la pertenencia a un partido o movimiento político, o avalado por estos, o por una número significativo de ciudadanos que, evidentemente, implica per se una restricción necesaria al derecho a ser elegido, sobre el cual, sea decirlo desde ahora, el tribunal constitucional edificó su razonamiento para entender, entre otras cosas, que la renuncia a un cargo de elección popular, solo debía examinarse desde la arista de los derechos del elegido. Lo mismo ocurre, además, con el establecimiento del régimen de bancadas a través del cual, por encima de los derechos fundamentales de quien resultó elegido, debe propenderse por el fortalecimiento del partido, por ejemplo, a la hora de efectuar las votaciones en las que dicho régimen deba tener aplicación.

SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL – Alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral

Ese cambio de contexto, impone al juez electoral la necesidad de fijar una regla de interpretación de conformidad con la realidad normativa vigente, hecho que exige una hermenéutica en la que se determine si el único aspecto que puede tenerse en cuenta para el análisis de los contenidos normativos de las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, debe ser, exclusivamente, los derechos del elegido -*pro homine*-, dejando de lado otros principios que también son fundamentales en el marco de un sistema democrático -*pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores)-. Por tanto, en este nuevo esquema, el análisis que se haga de la renuncia al cargo de elección popular debe ser distinto al que empleó el Tribunal Constitucional en el año 1995, en tanto la consolidación de nuestra democracia exige mayores compromisos y desafíos para quien es favorecido con el mandato popular. iii) Expuesto lo anterior, y demostrado que el contexto en que debe analizarse el supuesto normativo de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 ha cambiado también es importante advertir por la Sala, que las normas constitucionales que sirvieron de parámetro de control a la Corte Constitucional para excluir del ordenamiento el aparte “así mediara renuncia” derechos a la igualdad, artículo 13, y a ser elegido, artículo 40, exigen hoy ser valorados y si se quiere ponderados, frente a otros principios igualmente fundamentales en el ordenamiento constitucional, principios que el Tribunal Constitucional no pudo examinar debido a que aquel se elaboró con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo No. 2 de 2002, el cual, se reitera, impuso a efectos del régimen electoral, la concepción objetiva -por oposición a la subjetiva- del periodo de quienes resultaren elegidos popularmente. En ese orden de ideas, para la efectiva realización de la democracia, se requiere que, con fundamento en los parámetros constitucionales, el Estado y los individuos cumplan y observen sus presupuestos -entendidos como esos requisitos formales y materiales para el acceso a un cargo o función pública que la norma fundamental ha fijado-, razón por la que no es posible subordinar sus fundamentos a la realización exclusiva de los derechos fundamentales del elegido, pues estos solo se pueden satisfacer cuando previamente se han observado los supuestos para la realización de la democracia, entendida esta como principio y valor fundante del Estado colombiano. Por ello es que no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio *pro homine* opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores) (...) Es claro que ese interés personal, no

se puede anteponer al cumplimiento del mandato popular que, se repite, tiene entre sus elementos, el espacio temporal en que aquel se debe desarrollar. En ese orden de ideas, el enfoque con el que se debe analizar la prohibición de inscribirse a otro cargo de elección popular durante el período para el cual se confirió el mandato no puede hacerse de cara exclusivamente de los derechos del elegido y su efectiva protección, sino que implica tener en cuenta el mandato otorgado y las razones de éste, para entender que la voluntad popular ahí expresada, impone restricciones como la de renunciar. Si esto sucede, el mismo sistema crea el mecanismo para su protección, como lo es la restricción al electo de presentarse a una nueva contienda electoral durante el período que no cumplió y el lapso adicional al efecto establecido (...) Bajo este entendido, se puede concluir que el análisis de la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, no pueden tener como únicos referentes los derechos a la igualdad y el de ser elegido de quien decidió dejar un cargo de elección popular para presentarse a otro de la misma naturaleza, en tanto, este examen resulta incompleto al excluir los principios en los que también se funda el Estado, como el de la soberanía popular, consagrado en el preámbulo y artículo 3 de la Carta, principios que necesariamente imponen una interpretación del texto constitucional que compaginen los derechos del elegido y del cuerpo electoral, en tanto, se insiste, este resulta defraudado cuando el elegido decide renunciar y luego busca el acceso a otras dignidades, dejando de lado el mandato que le fue otorgado. Si bien es cierto el elegido tiene derecho a renunciar a un cargo que ha obtenido por mandato popular, ese mismo mandato, le impone que, mientras dure el período para el cual fue electo, no puede buscar el favor del electorado para acceder a otros de mayor jerarquía en la estructura estatal. Por tanto, afirmar que se vulnera el derecho a la igualdad de quien renunció no es acertado, en tanto el parámetro de comparación no puede ser los derechos de los otros candidatos ni el alcalde o gobernador que decide terminar el período, pues, en el primer caso, quien aspira no fue investido del mandato popular y, en el segundo caso lo está cumpliendo. Es decir, la medida para efectuar el análisis, es precisamente, el aspecto que no pudo ser objeto de examen por el Tribunal Constitucional en su sentencia del año 1995: la incidencia que tiene la renuncia en los principios en que se estructura el Estado Democrático que tiene en los principios de la soberanía popular, la participación ciudadana, la legitimidad democrática, entre otros, mediante el mandato popular programático y con la posibilidad de revocatoria, una de sus expresiones. Lo expuesto en precedencia, permite a la Sala señalar que el vocablo período, para efectos de determinar la prohibición que se consagra en los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, objeto de análisis, debe ser entendida desde una única perspectiva: la institucional u objetiva en tanto el mandato otorgado implica que el mismo se ejerza durante el espacio temporal fijado en el ordenamiento constitucional, por cuanto hoy en día es elemento normativo de la descripción típica.

NOTA DE RELATORÍA: La providencia establece en su acápite de conclusiones y resolutive: “Las anteriores conclusiones constituyen jurisprudencia anunciada electoral y, por tanto, precedente para la resolución de futuras controversias electorales (...) Falla UNIFICAR JURISPRUDENCIA en los términos del artículo 270 del CPACA, en relación con: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios pro homine y pro electoratem en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos. ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación constituye precedente y tendrán aplicación hacia futuro.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D. C, siete (7) de junio dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00051-00(SU)

Actor: EMILIANO ARRIETA MONTERROZA

Demandado: GOBERNADORA DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

Fallo Electoral – Sentencia de Unificación¹

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

El ciudadano Emiliano Arrieta Monterroza interpuso demanda de nulidad electoral contra el acto contenido en el formulario E-26 GOB a través del cual se declaró electa a la señora **Oneida Rayeth Pinto Pérez** como Gobernadora de La Guajira.

Para el efecto presentó las siguientes pretensiones:

“1.: Declarar la NULIDAD del acto administrativo contenido en el formulario E-26 expedido el 6 de noviembre de 2015 por los miembros de la comisión escrutadora departamental de la Guajira, a través de la cual se declaró

¹ Este fallo constituye Sentencia de Unificación en los términos del artículo 270 del CPACA. A través de la presente providencia se unifican los siguientes aspectos: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos.

*elegida a la señora **ONEIDA RAYETH PINTO PEREZ** identificada con la (...) gobernadora del Departamento de la Guajira para el período constitucional 2016-2019, avalada por el partido cambio radical.*

2. Como consecuencia y de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 288 del CPACA, decretar la cancelación de la respectiva credencial.

(...)² (Mayúsculas y negritas en original)

1.2. Los hechos

La situación fáctica que sustenta las pretensiones de la demanda, se puede sintetizar de la siguiente manera:

1. El día 30 de octubre de 2011 la señora Oneida Rayeth Pinto Pérez fue elegida como Alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira) para el período 2012-2015.
2. El 21 de julio de 2014 la demandada presentó renuncia a la dignidad para la cual fue elegida.
3. El gobernador de La Guajira aceptó la dimisión presentada por la señora Pinto Pérez mediante Decreto 169 de 2014, de forma tal que la demandada ocupó el cargo de alcaldesa desde el 1º de enero de 2012 y hasta el 21 de julio de ese año.
4. El 15 de junio de 2015 la demandada se inscribió, con el aval del partido Cambio Radical, como candidata a la Gobernación de La Guajira para el período 2016-2019.
5. El 25 de octubre de 2015 en Colombia se llevó a cabo la jornada electoral para elegir a las autoridades locales.
6. El 6 de noviembre de 2015 se declaró la elección de la señora Pinto Pérez como Gobernadora de La Guajira para el período 2016-2019.

² Folio19 y 19 del Expediente

1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

En la demanda se afirmó que la elección de la señora **Oneida Rayeth Pinto Pérez** se encuentra viciada de nulidad según la causal contemplada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA habida cuenta que la demandada violó el régimen de inhabilidades, toda vez que, la renuncia al cargo de alcaldesa se presentó por fuera del término que al efecto establece el numeral 7º del artículo 38 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000 -incompatibilidad que se tornó en inhabilidad-.

Explicó el ciudadano demandante, que la demandada, había sido elegida Alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira), y esa circunstancia, a su juicio, conllevaba una prohibición -incompatibilidad que se tornó en inhabilidad- para inscribirse como candidata a cualquier cargo de elección popular -y dentro de estos al de gobernadora -durante el período para el cual fue elegida, y 24 meses más.

En efecto, a su juicio, los alcaldes no pueden mientras estén ejerciendo su cargo ni 24 meses después inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular *“so pena de incurrir en la incompatibilidad que se torna en una inhabilidad si se actúa contrariando el texto del artículo 39 de la Ley 617 de 2000.”*

Por lo anterior para la parte actora el acto acusado fue proferido desconociendo los artículos 38 numeral 7º y 39 de la Ley 617 de 2000, por cuanto la gobernadora demandada no atendió al factor temporal de la prohibición en cuestión si se tenía en cuenta las fechas de renuncia al cargo de alcaldesa y la de su posterior inscripción como candidata a la gobernación, pues la dimisión se presentó 11 meses y 4 días antes de la inscripción y no 24 como lo establece la norma en comento.

Afirmó que el régimen de inhabilidades previsto en el numeral 7º del artículo 38 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000 no fue derogado por el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 ni por el condicionamiento expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011.

En este sentido aseguró que aunque la Corte afirmó que *“el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso*

final del párrafo 3º no será superior al establecido para los Congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la constitución política” también sostuvo de forma enfática que la prohibición contenida en el párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 no podía hacer desaparecer el régimen de inhabilidades previsto por la ley para los cargos de elección popular en las entidades territoriales.

Bajo este panorama y atendiendo a que, según su criterio, el lapso fijado por el legislador en el numeral 7º del artículo 38 sigue plenamente vigente, solicitó que se declare la nulidad de la elección, puesto que la inscripción de la demandada se realizó durante el periodo inhabilitante.

2. Trámite Procesal

Mediante auto de 21 de enero de 2016, la Sección Quinta admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la misma a la señora **Oneida Rayeth Pinto Pérez** y al Consejo Nacional Electoral. En esta misma providencia se negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, toda vez que, en ese momento procesal no obraba ningún medio de convicción que diera cuenta de la supuesta inhabilidad en la que estaba incurso la demandada y que hiciera viable suspender los efectos del acto acusado.

3. Contestaciones de la demanda

3.1. La demandada

La señora **Oneida Rayeth Pinto Pérez**, por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda y aceptó los siguientes hechos: i) que fue elegida como gobernadora de La Guajira para el periodo 2016-2019, ii) que fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania para el período 2012-2015 y iii) que ocupó dicha dignidad hasta el 21 de julio de 2014, fecha en la que le fue aceptada la renuncia por ella presentada.

Pese a que la parte demandada aceptó la mayoría de los hechos relevantes para el caso concreto, se opuso fehacientemente a la prosperidad de la demanda.

Aseguró que el párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 sí modificó el régimen de inhabilidades contenido en la Ley 617 de 2000, de forma tal que

elemento temporal de la prohibición que se dice desconocida no es de 24 meses como inicialmente lo contemplaba la norma, sino de 12 meses como lo estipula el numeral 2º del artículo 179 Superior.

Señaló que esta postura no solo ha sido avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011, sino que además fue reiterada por dicha Corporación en sentencia SU-515 de 2013 y fue acogida por la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 2251 del 15 de abril de 2015.

Con base en los anteriores antecedentes concluyó que la demandada no estaba inhabilitada, toda vez que *“la renuncia a su cargo de alcaldesa del municipio de Albania, le fue aceptada el 21 de julio de 2014, mediante el Decreto 169 de 2014 suscritos por el señor Gobernador del Departamento de la Guajira y desde esa fecha, hasta el 25 de octubre de 2015, fecha en que se efectuó la elección como gobernadora, habrían transcurrido 1 año 3 meses y 4 días”*³.

Manifestó que aunque el demandante fundamentó su solicitud, entre otros, en la aclaración del voto presentada por el magistrado Alberto Yepes Barreiro a la sentencia de 21 de febrero de 2013 proferida en el radicado 13001-23-31-000-2012-00025-01 CP. Mauricio Torres Cuervo, lo cierto es que la Sección Quinta no ha proferido un pronunciamiento contrario que permita afirmar que el régimen de inhabilidades contemplado en el la Ley 617 de 2000 no fue modificado por la Ley 1475 de 2011 y su respectivo fallo de constitucionalidad.

Con base en lo anterior solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

3.2. Consejo Nacional Electoral

La autoridad que intervino en la adopción del acto acusado no contestó la demanda.

4. La Audiencia Inicial

El día 30 de marzo de 2016 se celebró audiencia inicial en la cual se decidió sobre las excepciones previas, se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio y se decretaron pruebas.

³ Folio 197

En efecto, en dicha diligencia se señaló que no existían excepciones previas que fueran propuestas por las partes o que fueran necesarias decretar de oficio y se puso de presente que el proceso se encontraba plenamente saneado.

Las anteriores decisiones fueron notificadas en estrados, sin que las partes hicieran manifestación alguna, **razón por la que aquellas quedaron en firme.**

Respecto a las pruebas se concedió a los documentos aportados por las partes el valor que les asignara la ley, se decretó como prueba de oficio que se allegará copia del formulario E-6 a través del cual la demandada se inscribió como candidata a la gobernación; sin embargo, el demandante manifestó que tenía dicho documento en copia simple en su poder y lo aportó al plenario, previo reconocimiento y aceptación de la parte demandada, lo que hizo innecesario darle trámite al oficio previamente decretado como quedó claramente establecido en dicha audiencia.

En este mismo momento, se decidió prescindir de la audiencia de pruebas y de conformidad con el artículo 181 del CPACA, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión. De estas decisiones se corrió traslado a los asistentes, los cuales no interpusieron recurso alguno, **por lo que las mismas quedaron en firme.**

5. Alegatos de conclusión

Según constancia secretarial obrante a folio 260 del Expediente el tiempo para alegar de conclusión corrió entre el 31 de marzo de 2016 y el 13 de abril del año en curso. Durante ese lapso se presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

5.1. La parte demandante

El demandante presentó, en síntesis, los siguientes argumentos:

Reiteró que la señora Pinto Pérez violó el numeral 7º del artículo 38 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000, al inscribirse el día 25 de junio de 2015 como candidata a la gobernación de La Guajira por haber ejercido, previo a su inscripción, alcaldesa del municipio de Albania.

Señaló que si bien la Corte modificó el entendimiento del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 en la sentencia C-490 de 2011, lo cierto es que en dicha providencia también se determinó que dicha hermenéutica *“no hacia desaparecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos en la ley y la Constitución para los cargos de elección popular de las entidades territoriales”*.

En este sentido afirmó que el párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 fue condicionado por la Corte a un asunto específico, esto es a lo relativo a la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 179 superior, razón por la que no puede entenderse que se modificó el término previsto en el numeral 7º del artículo 38 y 39 de la Ley 617 de 2000 y por ello, es evidente que la demandada sí se encontraba inhabilitada para ejercer como gobernadora del departamento de La Guajira.

Adujo que ejercer como alcaldesa de un municipio rico en regalías como lo es el de Albania (Guajira), le otorgó a la demandada ventajas sobre los otros candidatos, de forma tal que la renuncia a su cargo con tan solo 11 meses y 4 días de antelación a la inscripción de su candidatura, es un término menor comparado con la ventaja obtenida. Por ello, según su criterio, el término de 24 de meses que exige *“la norma es apenas mínimo para paliar la desigualdad que se crea al fungir como mandatario municipal y luego aspirar a la primera magistratura del departamento”*.

5.2. La parte demandada

A través de apoderada judicial la señora Pinto Pérez solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Para el efecto manifestó que el demandante realizó una interpretación errada de la norma que dice desconocida, toda vez, que el régimen de inhabilidades previsto en la Ley 617 de 2000 fue modificado por el párrafo del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y el condicionamiento que respecto a esta disposición realizó la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011, de forma tal que la inhabilidad prevista en el numeral 7º del artículo 38 y el 39 de la Ley 617 de 2000 debe contabilizarse desde 12 meses antes de la respectiva elección.

Manifestó que dicho entendimiento es bastante difundido, pues incluso ha sido adoptado por el Consejo Nacional Electoral tanto como por la Procuraduría General de la Nación al momento de tomar sus decisiones.

Finalmente concluyó que:

i) Son varios los antecedentes⁴ que de manera categórica concluyen que el tiempo para establecer las inhabilidades de los servidores públicos de elección popular es de 12 meses contados a partir de la declaratoria de la elección y no 24 meses desde la inscripción como lo estipulaba inicialmente la Ley 617 de 2000.

ii) A la señora Pinto Pérez le fue aceptada su renuncia al cargo de alcaldesa el 21 de julio de 2014 y fue elegida como gobernadora el 25 de octubre de 2015, esto es, cuando ya habían transcurrido más de 12 meses y 4 días desde el día de su dimisión.

iii) La aceptación de la renuncia impide la configuración de la causal de inhabilidad por concurrencia de periodos.

iv) La demandada no se encuentra incurso en ninguna de las inhabilidades contempladas en el artículo 179 Constitucional, por cuanto aquella se desempeñaba como alcaldesa municipal y la inscripción se realizó para el cargo de gobernadora *“siendo circunscripciones diferentes la una de la otra”*.

v) Acceder a las pretensiones de la demanda iría en desmedro no solo del derecho a ser elegido de la demandada, sino a elegir del pueblo guajiro.

5.3. Los terceros intervinientes

El señor **José Manuel Abuichaibe Escolar** en su calidad de impugnador del proceso de la referencia solicitó que se negarán las pretensiones de la demanda, para el efecto transcribió varios apartados de la sentencia C-490 de 2011, del concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el día 15 de abril de 2015 y de la sentencia proferida por la Sección Quinta el 21 de febrero de 2013 dentro del radicado 13001-23-31-000-2012-00025-01.

⁴ Especialmente citó Sentencia C-490 de 2011, Sentencia SU-515 de 2013, Concepto 2015-58 proferido por la Sala de consulta y servicio civil del 30 de abril de 2015, Resolución N° 2793 de 24 de septiembre de 2015 proferido por el Consejo Nacional Electoral.

Con base en lo anterior concluyó que como ningún régimen de inhabilidades previsto para los servidores de elección popular, podía ser superior al establecido para los Congresistas en la Constitución Política, era evidente que la demandada no se encontraba inhabilitada, pues si el lapso de la inhabilidad endilgada ya no era 24 meses sino 12, y la renuncia se presentó y aceptó un año antes de la elección, la inhabilidad no se configuró.

En el mismo sentido se manifestó el **señor Roberto Daza Cuello**, quien como tercero interviniente, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Como sustentó de su petición, señaló que en caso de encontrar criterios divergentes frente al entendimiento del parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 la Sala, de conformidad con el fallo del 25 de febrero de 2016 proferido por la Sección Quinta⁵, debía dar prevalencia a los pronunciamientos proferidos por la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011 y SU-515 de 2013 y, en consecuencia, desestimar las pretensiones de la demanda.

En este sentido señaló que al tiempo inhabilitante debía contarse 12 meses antes de la elección y no 24 meses antes de la inscripción como lo señalaba originariamente la norma, pues contabilizarlo de otra manera, según su criterio, desconocería el principio de "*inescindibilidad de la ley*". Por consiguiente, a su juicio, si el extremo inicial para contar la inhabilidad era la renuncia y el punto final era los 12 meses antes de la elección, no cabe sino concluir que la demandada no se encontraba inhabilitada y, por lo tanto, su elección debe permanecer incólume.

6. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto rendido el 13 de abril de 2016, el Procurador 7º delegado ante el Consejo de Estado, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público precisó que en el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 el legislador contempló una inhabilidad que determinó que quien fungiera como alcalde municipal no podría aspirar a otro cargo de elección popular durante los 24 meses siguientes a la finalización de su periodo o la aceptación de su renuncia, de forma que tal que durante la vigencia de dicha legislación era claro

⁵ Se refiere a Consejo de estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de febrero de 2016, acción de tutela N° 11001-03-15-00-2016-00103-00 CP. Alberto Yepes Barreiro.

que el término de la prohibición era de 24 meses y que tomaba como punto de referencia la inscripción de la candidatura.

Pese a lo anterior, señaló que dicho panorama cambio cuando se expidió la Ley 1475 de 2011 junto con la sentencia C-490 de 2011 que ejerció control automático sobre dicha normativa, ya que en ellas -ley y sentencia- se estableció que ningún tiempo de inhabilidad podría ser superior al establecido para los Congresistas en el artículo 179 Constitucional.

Así, aunque según el criterio de la vista fiscal, la posición de la Corte es ambigua porque de ella se pueden derivar en dos posibles interpretaciones, la primera referida a que dicho condicionamiento solo aplica para la inhabilidad por ejercicio de autoridad y la segunda según la cual ninguna inhabilidad podrá ser superior a 12 meses, lo cierto es que, en aplicación del principio *pro homine* debe acogerse el segundo entendimiento por ser aquel menos restrictivo del derecho a ser elegido del que goza la demandada.

Con base en lo anterior consideró que la demandada no se encuentra inhabilitada, pues transcurrieron 15 meses entre la separación del cargo de alcaldesa de Albania y su elección como gobernadora de La Guajira.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 14° del artículo 149 del CPACA⁶ y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia, toda vez que, la demanda ataca la legalidad del acto a través del cual se eligió a **Oneida Rayeth Pinto Pérez** como gobernadora del departamento de La Guajira.

2. El acto acusado

⁶ ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA: "El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos (...) 14. De todos los demás de carácter Contencioso Administrativo para los cuales no exista regla especial de competencia."

Se tiene como tal el acto contenido en el formulario E-26GOB de 6 de noviembre de 2015 visible a folio 26 del expediente.

3. Pruebas relevantes y hechos aceptados

En el expediente obran las siguientes pruebas relevantes:

- Copia del formulario E-6 a través del cual la demandada se inscribió como candidata a la gobernación. (Fls.252-253)
- Copia del formulario E-26 AL en la que consta la elección de la alcaldesa del municipio de Albania (Guajira) para el periodo 2012-2015. (Fl. 174 a 175 del Cuaderno Anexo)
- Copia del Decreto 169 de 2014 *“por medio del cual se acepta la renuncia a un alcalde municipal y se hace un encargo”* (Fl. 254-255)

Además se encuentran aceptados por las partes los siguientes hechos:

- Que la demandada fue elegida como gobernadora de La Guajira para el periodo 2016-2019.
- Que la señora Pinto Pérez fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania para el período 2012-2015.
- Que la demandada ocupó el cargo de alcaldesa hasta el 21 de julio de 2014, fecha en la que le fue aceptada la renuncia presentada.

4. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial sí:

“Se materializó la causal de nulidad contenida en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, por la supuesta transgresión al régimen de inhabilidades

e incompatibilidades debido a que la demandada, previo a su elección, se desempeñó como alcaldesa del Municipio de Albania (Guajira) en el período 2012-2015".⁷

Bajo este panorama, procede la Sala a analizar el problema jurídico que subyace al caso concreto.

Con el propósito de lo anterior, y por efectos metodológicos, la Sección se ocupará de los siguientes asuntos: **Primero**, hará un análisis en relación con las normas originales de la Ley 617 de 2000 en cuyo desconocimiento se fundamenta la presente demanda, **seguidamente**, determinará el extremo temporal final a efectos de aplicar la prohibición atribuida a la demandada, para ello, se tendrán en cuenta las modificaciones normativas establecidas por el constituyente y el legislador, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, **luego** se analizará el caso concreto y, los efectos de la decisión adoptada.

Finalmente, la Sala efectuará unificación de jurisprudencia, (i) además de lo relativo a los efectos de sus fallos, en relación con (ii) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 y (iii) el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral.

4.1. De los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 -versión original-

Recuérdese que la demanda que ocupa la atención de la Sala se sustenta en la causal contemplada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA habida cuenta que específicamente se acusa a la demandada de violar el régimen de inhabilidades, toda vez que, **la renuncia al cargo de alcaldesa** se presentó por fuera del término que al efecto establece el numeral 7º del artículo 38 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000 -incompatibilidad que se tornó en inhabilidad-.

Así las cosas, procederá la Sala a analizar, con fundamento en la fijación del litigio efectuada, y la jurisprudencia actualmente vigente⁸, a verificar si tal transgresión acaeció en el presente evento.

⁷ Reverso del folio 246 del expediente

⁸ Cfr. Entre otras: CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, sentencia de 31 de julio de 2009 Rad. No. 76001233100020071477-02 CP. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón; CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, sentencia de 29 de enero de 2009 Rad. No. 760012331000200701606 01 y 2007-1658 (acumulados)

Las normas que se indican como violadas, en su versión original, sostienen:

“ARTICULO 38. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES. *Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán: (...)*

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido”. (Negrillas propias de la Sala).

“ARTICULO 39. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL DISTRITAL. *Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción”.* (Negrillas propias de la Sala).

De conformidad con las anteriores disposiciones -originales de la Ley 617 de 2000-, y la jurisprudencia de esta Sección, los alcaldes no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 24 meses después, inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral.

En los términos arriba descritos, el elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, se delimita con fundamento en **dos extremos temporales distintos: uno inicial y otro final.**

En ese sentido, el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, señala que el alcalde **no podrá inscribirse** como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular **mientras detente tal dignidad.** Y, en aplicación del artículo 39 -versión original-, tampoco podría hacerlo dentro de **los 24 meses siguientes, en la respectiva circunscripción.**

De estos preceptos, tradicionalmente, se han derivado **dos extremos** a partir de los cuales se impone su análisis y comprensión. **El primero** -extremo temporal inicial- se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de alcalde, lo que puede ocurrir, por ejemplo, con el vencimiento del periodo o la renuncia al cargo⁹. **El segundo** -extremo temporal final-, la fecha de la nueva inscripción del candidato ya que, ciertamente, lo que contiene la norma es una prohibición para inscribirse.

De esta manera, si entre un extremo temporal y otro, en tratándose de cargos dentro de la misma circunscripción electoral -como es el caso que nos ocupa-, transcurrieron más de 24 meses¹⁰, la nueva elección no estará afectada por el desconocimiento de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000. Sin embargo, si el lapso fuese inferior, la nueva elección tendrá un vicio de legalidad ya que el candidato que resultó elegido está inmerso en una inhabilidad.

Ahora, como se evidenció con la anterior nota al pie, ocurre que el legislador estatutario del año 2011 modificó, con la Ley 1475 de ese año, el elemento temporal de esta prohibición, en lo que a su extremo temporal se refiere, por ello, para que la Sala pueda abordar el caso concreto, será necesario analizar, en detalle, dicho cambio, así como el alcance jurisprudencial del mismo.

4.2. De las modificaciones introducidas por la Ley 1475 de 2011 en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular distintos de los congresistas.

La Ley 1475 de 14 de julio de 2011 introdujo en el párrafo tercero de su artículo 29 una prohibición del siguiente tenor: *“Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política”*.

⁹ En relación con el extremo temporal inicial de esta prohibición, la Sección Quinta del Consejo de Estado, un uso de sus atribuciones legales como sala de cierre en material electoral, efectuará unificación de jurisprudencia, a manera de jurisprudencia anunciada, que, por tal virtud, tendrá aplicación sólo a futuro y no para el caso concreto.

¹⁰ Ya veremos cómo ese término se redujo con ocasión de las más recientes reformas normativas.

Este inciso fue declarado exequible bajo la **interpretación restrictiva**¹¹ según la cual se debe entender o circunscribir sólo a la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución para los congresistas, es decir, la referida al ejercicio de autoridad o jurisdicción política, civil, administrativa o militar dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

Indicó la Corte: *“La Corte declarará la exequibilidad del artículo 29 del Proyecto de Ley Estatuaria objeto de revisión, en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política”.*

Esta interpretación se hizo con el fin de no vaciar la competencia que tiene el legislador para establecer un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades para los cargos de elección popular en las entidades territoriales, artículos 299 y 312 de la Constitución Política, al tiempo de impedir que, a futuro, este inciso se aduzca para que el órgano de representación popular pueda formular o estructurar inhabilidades o incompatibilidades diversas a las que se contemplaron para los congresistas.

Señaló la Corte:

“... el término de comparación que prescribe el inciso final del citado párrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.”

Es imprescindible precisar que cuando la Corte Constitucional declara la exequibilidad condicionada de un precepto, implica que **cualquier interpretación diferente que se haga de él, es contraria a la Carta, es decir, es inexecutable.**

¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que las sentencias interpretativas que dicta la Corte en ejercicio de su función de guardiana y máxima intérprete de la Constitución tienen como fundamento **i)** el principio *pro libertate*, según el cual, si una norma admite varias interpretaciones debe privilegiarse aquella que garantice de la manera más amplia la libertad o el derecho en cuestión, y **ii)** el principio de conservación del derecho, que obliga al juez constitucional a buscar en lo posible, salvar los textos legales sometidos a su control y sólo excluir aquellos que no admitan interpretaciones conforme a la Constitución, esto, como una clara deferencia al principio democrático¹².

La competencia de la Corte para hacer dichas interpretaciones fue reconocida expresamente en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -Ley 270 de 1996- y avalada en sentencia C-037 de 1996, cuando señaló que corresponde a ese órgano fijar los efectos y sentidos de sus sentencias como una forma de garantizar plenamente su facultad de guardar la supremacía e integridad de la Constitución¹³.

Así mismo, el carácter vinculante que, en dichos casos generan las decisiones de constitucionalidad derivados, entre otros, de la cosa juzgada constitucional, artículo 243 de la Carta, implica que ninguna autoridad pueda reproducir el texto de la norma expulsada del ordenamiento, mientras se mantengan en el ordenamiento constitucional los fundamentos que originaron la decisión de inexecutableidad.

El término autoridades incluye a los jueces de cualquier jurisdicción y rango, quienes no pueden desconocer las decisiones de constitucionalidad, aupados en la autonomía e independencia judicial que les reconoce el artículo 230 Constitucional, pues estos principios no pueden servir de fundamento para desconocer la fuerza normativa que tiene la Constitución y el carácter vinculante de las decisiones que emite el tribunal constitucional¹⁴.

¹² Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-496 de 1994, C-109 de 1995, C-445 de 1998, C-101 de 2000. C-688 de 2002, entre otras.

¹³ En la sentencia C-037 de 1996 se dijo expresamente: *'Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.*

¹⁴ Tal aserto vale igualmente para las decisiones que en el marco del medio de control de la nulidad por inconstitucionalidad competen al Consejo de Estado.

En sentencia C-335 de 2008, en relación con las sentencias interpretativas se señaló:

“...En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, en tanto que si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el decisum como la ratio decidendi.”
(Resaltado fuera de texto).

Ahora, pese a que el Tribunal Constitucional condicionó la constitucionalidad del precepto que tuvo oportunidad de analizar, contenido en el último de los párrafos del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, respecto de lo cual hay absoluta certeza, lo cierto es que evidentemente se generaron muchas dudas sobre su alcance ya que surgieron diversas controversias en relación con lo que la Corte había querido decir, tal y como lo evidencia esta primera providencia que se dictó sobre el particular.

En efecto, no todas las autoridades judiciales, como se mostrará a continuación, tenían el mismo entendimiento sobre el particular y surgieron preguntas como las siguientes: ¿Se modificó únicamente lo relativo a la inhabilidad de ejercicio de autoridad en relación con su elemento temporal? O ¿La reducción en el término también cobija causales distintas como la de contratación, gestión de negocios, coexistencia de inscripciones, entre otras? Y, finalmente ¿Se redujo únicamente el término o lo normado por la Ley 1475 de 2011 se predica también en relación con la delimitación del extremo temporal final de su cómputo?

4.3. De aplicación e interpretación de las anteriores modificaciones normativas por parte de esta Corporación y de la Corte Constitucional.

El panorama descrito anteriormente impone a la Sección hacer una revisión sobre la interpretación que las distintas autoridades han tenido en relación con el alcance del condicionamiento efectuado, por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-490 de 2011.

4.3.1. La Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 21 de Febrero de 2013: Exp. 2012-00025. Gobernador de Bolívar.

Mediante esa providencia la Sala determinó que la elección del señor Juan Carlos Gossaín Rognini, como Gobernador de Bolívar, no estaba viciada de nulidad y que por ello procedía confirmar el fallo apelado, esto es la sentencia proferida el 31 de julio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, a través de la cual se denegó la pretensión de nulidad de dicha elección.

Para arribar a esa conclusión el fallo estableció, entre otras cosas, que pese a haberse demostrado que el demandado fungió como gobernador encargado del Departamento de Bolívar, por virtud de los Decretos 464 de 24 de agosto de 2009, 544 de 29 de septiembre de 2009, 557 de 6 de octubre de 2009, 589 de 16 de octubre de 2009 y 25 de 21 de enero de 2010, expedidos por el representante legal de esa entidad territorial, no se producía la infracción a lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 31 y en el artículo 32¹⁵ de la Ley 617 de 2000, que prohíbe a los gobernadores y a quienes hayan sido designados en su reemplazo inscribirse a cargos de elección popular en la misma circunscripción electoral, dentro de los 24 meses siguientes a la renuncia o la terminación del período, por las siguientes situaciones:

En primer lugar, porque esa prohibición, que materialmente no es una incompatibilidad sino una inhabilidad, solamente se aplica a las personas que han sido elegidas gobernadores por voto popular, o a quienes han sido designadas por el Presidente de la República para ocupar ese cargo. Por lo mismo, como el demandado no estuvo en ninguna de esas situaciones jurídicas, no se producía la infracción al ordenamiento jurídico.

Y, en segundo lugar, porque se consideró que la modulación efectuada por la Corte Constitucional sobre el inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, mediante sentencia C-490 de 23 de junio de 2011 según la cual *“...el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política.”*, debía entenderse del siguiente modo:

¹⁵ Los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 200, que regulan las incompatibilidades de los gobernadores, tienen el mismo contenido material de los artículos 38.7 y 39 de la misma norma, sobre las incompatibilidades de los alcaldes en lo que a la Sala interesa.

“Por consiguiente, la Ley 1475 de 2011, sí modificó el régimen de inhabilidades de los servidores públicos del orden territorial en el sentido de que todas las causales de inhabilidad que incorporan como elemento constitutivo “el tiempo”, quedaron modificadas en ese aspecto y ahora se configuran cuando la circunstancia respectiva (aspecto propio de la causal) se verifica en el término aludido en el numeral 2º del artículo 179 de la Carta, es decir, doce (12) meses (aspecto común de las diferentes causales de inhabilidad para congresistas y servidores públicos de elección popular del orden territorial) y esa modificación afectó el proceso electoral de 2011, porque se dio antes de que se cumpliera la jornada electoral.”

Es decir, en los términos de la providencia de 2013, la Sala Electoral de esta Corporación concluyó que el efecto de la Ley 1475 de 2011 en relación con el régimen de inhabilidades de los demás servidores públicos -distintos de los congresistas- aplicaba a todas las causales inhabilitantes en relación con su elemento temporal, de forma tal que a partir de la entrada en vigencia de esa ley aquel aspecto se materializaba -según cada caso- **dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de las elecciones.**

Ahora, debe decirse que las consideraciones de esta sentencia no fueron compartidas por la totalidad de los miembros de la Sala pues, ciertamente, la decisión ahí contenida fue objeto de aclaración de voto.

Se explicó, por parte del Consejero disidente, que más allá de compartir o no la exégesis que del inciso final del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 hizo la Corte Constitucional, al circunscribir la prohibición en él contenida a la inhabilidad del numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, era claro que la consecuencia obvia de dicha decisión, no era otra que **la Ley 617 de 2000 seguía vigente y no podía entenderse modificada por la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011, como lo deducía el fallo de la referencia.**

Para sustentar la anterior posición en la aclaración de voto se precisó que no era posible afirmar que el lapso 24 meses contemplado en el numeral 7º del artículo 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 respecto a la incompatibilidad de Gobernadores se redujo a 12 meses, en aplicación del inciso 3º del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011, toda vez que el legislador, en ejercicio de la

cláusula general de competencia, fijó dicho plazo como razonable para garantizar los principios de transparencia, moralidad e igualdad en el correspondiente territorio, al determinar una incompatibilidad para quien ejerce -o ha ejercido- ese cargo, que no puede compararse con el régimen de los congresistas, pues éstos no están sometidos a esta restricción, en la medida en que pueden ser reelectos.

A lo cual se sumaba que el mencionado período de 24 meses fue declarado exequible en forma condicionada en la sentencia C-540 de 2001¹⁶, en el sentido según el cual el plazo de los 24 meses no podía aplicarse cuando la inscripción fuera para los cargos de Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, por tratarse de situaciones reguladas expresamente por los artículos 179, numeral 2º y 197 de la Constitución Política, en los que se consagra un término de 12 y no de 24 meses para que se configure la inhabilidad que, para estos cargos, expresamente consagró el Constituyente.

En consecuencia se dijo que, señalar como lo hacía la sentencia objeto de aclaración, que el término de esa **incompatibilidad especial** para los gobernadores, por tratarse de una verdadera inhabilidad, debía entenderse reducida al término de 12 meses, no solo desconocía el pronunciamiento de la Corte Constitucional sino la facultad del Congreso de la República para disponer sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los órganos de elección popular en los entes territoriales. También se afirmó que los efectos de la exégesis que hizo la sentencia no eran otros que el volver las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al pronunciamiento del juez constitucional, haciendo inane la providencia de la Corte Constitucional mencionada, que si bien tenía consecuencias a futuro, poseía la importancia de dejar incólume la inhabilidad de 24 meses consagrada en los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 2000.

4.3.2. La Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado de 7 de marzo de 2013: Exp. 2012-00027. Diputada de Norte de Santander.

Mediante sentencia del 7 de marzo de 2013 proferida dentro del radicado N° 540012331000201200027-01 la Sección Primera del Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a través de la cual se negó la pérdida de investidura de la señora Marina Roper Lozano.

¹⁶ Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Es de anotar que el análisis de esta providencia cobra suma importancia, no solo porque en ella se abordó, desde la perspectiva de la pérdida de investidura, un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sección, sino porque además esta providencia originó la Sentencia SU-625 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, la cual se estudiará más adelante.

En este caso, el ciudadano Luis Jesús Botello Gómez solicitó que se decretara la pérdida de investidura de la señora Marina Ropero Lozano quien había sido elegida como Diputada de la Asamblea Departamental de Norte de Santander para el período 2012-2015. Como sustentó de esa demanda se argumentó que la señora Ropero Lozano se encontraba inhabilitada, puesto que había desconocido los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 2000¹⁷.

A juicio del demandante de la pérdida de investidura, la señora Marina Lozano Ropero debía ser despojada de tal dignidad, toda vez que se **inscribió** como candidata a la Asamblea Departamental el 29 de julio del año 2011 pese a que había sido designada como Gobernadora encargada de Norte de Santander hasta el 28 de septiembre de 2010, de forma que entre la inscripción y la separación del cargo de gobernadora no habían transcurrido los 24 meses que exige la norma en comento.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en primera instancia, negó las pretensiones de la demanda, ya que no encontró probado que la señora Marina Ropero Lozano hubiere ejercido como gobernadora durante los 12 meses anteriores a su elección como Diputada. Igualmente, sostuvo que a la señora Ropero Lozano no le era aplicable los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 2000, sino la inhabilidad consagrada en el artículo 33 numeral 3º de la Ley 617 de 2000 que trata exclusivamente de la inhabilidad de los diputados por el hecho de haber ejercido autoridad.

Sin embargo, la Sección Primera del Consejo de Estado revocó la citada sentencia y en su lugar decretó la pérdida de investidura de la señora Marina Ropero Lozano, pues encontró acreditado la violación al régimen de inhabilidades.

¹⁷ Los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 200, que regulan las incompatibilidades de los gobernadores, tienen el mismo contenido material de los artículos 38.7 y 39 de la misma norma, sobre las incompatibilidades de los alcaldes en lo que a la Sala interesa.

Como sustento de su decisión precisó que de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Primera¹⁸ al Gobernador encargado sí le es aplicable el régimen de inhabilidades y compatibilidades previsto en la Ley 617 de 2000 sin que fuera de recibo la tesis de la Sección Quinta¹⁹, según la cual dicho régimen únicamente rige para los gobernadores elegidos popularmente, comoquiera que la ley no hace distinción y, por lo tanto, el intérprete tampoco está facultado a hacerlo.

Por lo anterior, pese a que la señora Roper Lozano había fungido como gobernadora encargada, para la Sección Primera se desconoció el numeral 7º del artículo 31 y 32 de la Ley 617 de 2000, habida cuenta que aquella se **inscribió**, se resalta por la Sala, como candidata a diputada de la Asamblea Departamental de Norte de Santander. Específicamente, dicha Sección sostuvo:

“Al constatar que el ejercicio del cargo como Gobernadora Encargada se efectuó el 28 de septiembre del año 2010 y la inscripción como candidata a la Asamblea Departamental del Norte de Santander acaeció el 29 de julio del 2011, resulta forzoso concluir que la conducta prohibitiva se materializó incluso en un término inferior a los doce (12) meses estipulados constitucionalmente para los congresistas, por lo que se constata que, en efecto, la Diputada incurrió en la incompatibilidad que en los términos del numeral 7º del artículo 31 y artículo 32 de la Ley 617 del 2000 (...)”

En suma, para la Sección Primera del Consejo de Estado, el extremo temporal final de la prohibición contemplada en el numeral 7º del artículo 31 de la Ley 617 de 2000 y en el artículo 32 de la misma norma: (i) de un lado, se redujo de 24 a 12 meses con ocasión de la Ley 1475 de 2011 y la Sentencia C-490 del mismo año, y, de otro, (ii) que la prohibición se cuenta **hasta la inscripción** y no hasta la elección *“puesto que es el [elemento temporal] que expresamente señala la disposición vulnerada”*.

4.3.3. La Sentencia SU-515 de 1º de Agosto de 2013.

¹⁸ Especialmente se citó, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 02 de diciembre de 2010, Exp. No. 2010-00055-01(PI), M.P. María Claudia Rojas.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de diciembre de 2012, Exp. No. 2011 00552, M.P. Susana Buitrago Valencia.

Esta fue la primera vez que la Corte Constitucional tuvo oportunidad de aplicar, mediante sentencia de unificación, el antecedente de la Sentencia C-490 de 2011 a un caso concreto:

La señora Flor Perdomo presentó acción de tutela contra la providencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado que decretó la pérdida de su investidura. Los hechos con base en los cuales se solicitó la pérdida de investidura fueron los siguientes:

- La señora Perdomo Andrade fue Secretaria de Educación del Departamento del Huila, desde el 2 de enero de 2004 hasta el 1º de enero de 2006. Durante ese lapso, fungió como Gobernadora (E), por un día, el miércoles 30 de noviembre de 2005.
- El 8 de agosto de 2007, es decir, 20 meses y 8 días después de la cesación de sus funciones como Secretaria, se inscribió como candidata a la asamblea departamental del Huila y resultó electa como diputada de dicha Corporación.

Por lo anterior un ciudadano impetró demanda de pérdida de investidura contra la señora Perdomo Andrade y alegó, como única causal, la vulneración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades definido en los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 2000, toda vez que la inscripción como candidata se llevó a cabo dentro de los 24 meses posteriores a su designación como gobernadora encargada.²⁰

En primera instancia se negó la solicitud. No obstante, la Sección Primera revocó y decretó la pérdida de investidura cuando conoció de la apelación contra la anterior decisión.

²⁰ "**ARTICULO 31. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES.** Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán: (...)7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido."

ARTICULO 32. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses* en la respectiva circunscripción.

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

PARAGRAFO. Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.

La señora Perdomo presentó acción de tutela, puesto que consideró que la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en defecto sustantivo. En el trámite de la acción de tutela, la demandante solicitó que se aplicará el principio de favorabilidad en su caso, en virtud de la modificación al régimen de inhabilidades introducido por la Ley 1475 de 2011.

Para resolver el caso concreto la Corte Constitucional estudió si la sentencia de la Sección Primera vulneraba los derechos fundamentales de la accionante y encontró que no se configuraba ninguno de los elementos que la jurisprudencia ha exigido para la materialización de un defecto sustantivo. Sin embargo, consideró que atendiendo a que al proceso de pérdida de investidura le son aplicables los principios del derecho sancionatorio, era viable analizar el principio de favorabilidad en el caso concreto.

Por ello, del examen adelantado por el Tribunal Constitucional resultan importantes las siguientes consideraciones, máxime si se tiene en cuenta que la prohibición objeto de estudio en su momento analizado coincide materialmente con la norma en la que se fundamenta la demanda que en la actualidad ocupa la atención de la Sala²¹, específicamente para determinar la aplicación del principio de favorabilidad en el caso concreto la Corte señaló:

“En el presente caso a la peticionaria le fue decretada la pérdida de su investidura como Diputada en razón a haber ejercido las funciones de Gobernadora del Huila el 30 de noviembre de 2005, es decir, 20 meses y 8 días antes de su inscripción como candidata (08 de agosto de 2007) y 22 meses y 20 días antes de las elecciones (28 de octubre del mismo año). Recuérdese que para la época en que se dictó la sentencia estaba vigente una inhabilidad para quienes hubieran desempeñado el cargo en mención que se extendía por 24 meses.

Sin embargo, las normas que soportaron esa sanción (artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000) fueron modificadas por la Ley 1475 de 2011. A su vez, esta disposición, puntualmente el parágrafo 3º del artículo 29, resulta más benéfica respecto del juzgamiento, en la medida en que el término de inhabilidad aplicable a quienes hubieran desempeñado el cargo de

²¹ Los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 200, que regulan las incompatibilidades de los gobernadores, tienen el mismo contenido material de los artículos 38.7 y 39 de la misma norma, sobre las incompatibilidades de los alcaldes en lo que a la Sala interesa.

Gobernador se redujo y ahora solo comprende los 12 meses anteriores a la fecha de elección. En otras palabras, dentro de la regulación del régimen político imputable a los Departamentos, el legislador decidió variar las condiciones bajo las cuales se garantiza el proceso democrático así como el ejercicio digno y objetivo de los cargos de elección popular.

*De esa manera, al día de hoy la conducta por la que fue sancionada la señora Perdomo Andrade, esto es, **haberse desempeñado como mandataria departamental 20 meses antes a la inscripción como candidata a la Asamblea**, no está prohibida ni puede ser reprochada y, por tanto, no existe razón para que se mantengan las consecuencias derivadas de la pérdida de su investidura.*

*Como consecuencia, la Sala concluye que la base de la sanción proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado perdió su fundamento jurídico a partir del 14 de julio de 2011 ya que desde la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011 esa inhabilidad sólo comprende **los doce meses anteriores a la fecha de la elección.***

Esto constituye una circunstancia que impide que el fallo se siga ejecutando; de otra forma, ello implicaría el desconocimiento del principio de favorabilidad, específicamente el derecho del sancionado a la aplicación de la retroactividad de la ley más benigna respecto de la inhabilidad permanente que en su momento generó la sentencia de pérdida de su investidura.”

Igualmente, la Corte precisó que: “a partir del 14 de julio de 2011 el término máximo de incompatibilidad que corresponde a quienes hubieren desempeñado el cargo de Gobernador, establecido en los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000, comprende los 12 meses anteriores a la fecha de la elección y no los 24 meses a la fecha de inscripción, en virtud de la modificación efectuada por el artículo 29 de la ley 1475 de 2011.”

Con fundamento en lo anterior, tomó la siguiente decisión:

*“REVOCAR el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, que negó la acción de tutela presentada por la señora Flora Perdomo Andrade contra la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos a la favorabilidad, la conformación, ejercicio y control político y a elegir y ser elegida, en cabeza de la ciudadana Flora Perdomo Andrade, solo por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*Como consecuencia, en aplicación del principio de favorabilidad sancionatoria y en virtud del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, **CESAR DE MANERA INMEDIATA Y A PARTIR DE LA PRESENTE SENTENCIA** los efectos de la sanción surgida del fallo proferido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 2 de diciembre de 2010, dictado dentro del proceso de pérdida de investidura.”*

En esta oportunidad la Corte no envió un mensaje claro en relación con el extremo temporal final de la prohibición objeto de estudio ya que, si bien fue enfática en determinar que aquella se redujo de 24 a 12 meses, algunas veces la valoró hasta la **inscripción** y otras hasta la **elección**.

En cualquier caso, cualquiera que fuera el extremo temporal que se utilizara para contabilizar la prohibición -inscripción o elección-, lo cierto es que la tutelante se encontraba por fuera de los 12 meses establecidos por el legislador del 2011, y por ende, no fue el extremo temporal el que llamó la atención del Tribunal Constitucional en su providencia, sino otros aspectos tales como: (i) la reducción del término de 24 a 12 meses y (ii) la aplicación del principio de favorabilidad en materia de pérdida de investidura.

4.3.4. La Sentencia SU-625 de 1º de Octubre de 2015.

Otra sentencia de unificación de la Corte Constitucional, esta vez más reciente, se ocupó del caso de la señora Marina Lozano Roperero quien presentó acción de tutela contra la sentencia del 7 de marzo de 2013 proferida por la Sección Primera analizada en precedencia.

En efecto, la señora Lozano Roperó presentó acción de tutela por considerar, entre otros, que la providencia de la Sección Primera vulneró sus derechos fundamentales. El juez de tutela negó el amparo solicitado y la providencia no fue recurrida.

Para la solución del caso concreto sometido a revisión de la Corte, aquella se refirió a las incompatibilidades que se traducen en inhabilidades y respecto al elemento temporal determinó:

“En cuanto a la duración de la incompatibilidad a la que se ha hecho referencia, el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, establece que la misma será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción, en los siguientes términos:

“ARTICULO 32. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. *Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.”* (Negrilla fuera de texto)

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del párrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011[38], por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones, “ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política”.

Esta Corte, al efectuar el control previo de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que dio lugar a la Ley 1475 de 2011, en la sentencia C-490 de 2011, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 29 del citado proyecto, bajo el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3° de dicho artículo, no será

superior al establecido para los congresistas en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución Política, esto es, doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

Tal consideración quedó expuesta en la parte resolutive del fallo en mención, de la siguiente manera:

“Undécimo.- Declarar **EXEQUIBLE el artículo 29 del Proyecto de Ley Estatutaria objeto de revisión, bajo el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del parágrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política.” [39]**

Así las cosas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, en los términos en que fue condicionada su exequibilidad en la sentencia C-490 de 2011, los gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo, no podrán inscribirse como candidatos a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo. (Negrita fuera de texto)”

En el mismo sentido y respecto al límite temporal de la incompatibilidad que se torna en inhabilidad determinó:

“Así las cosas, la prohibición dirigida al gobernador o a quien sea designado en su reemplazo –sin importar el título–, de inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes al vencimiento del período para el cual fue elegido o designado, pese a la impropiedad de los artículos 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 que la reducen a una causal de incompatibilidad, materialmente, constituye una inhabilidad genérica para acceder a otros cargos o empleos públicos. En tal virtud, quien habiendo ejercido como gobernador, se inscriba como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular, como es el caso de la Asamblea Departamental, dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones,

incurre en causal de inhabilidad para ser elegido diputado.” (Negritas y subrayas fuera de texto)

*“En ese contexto, esta Corte advierte que, debido a la circunstancia antecedente de haber ejercido como gobernadora encargada del Departamento de Norte de Santander, es claro que Marina Lozano Roperó **no podía inscribirse** como candidata a la Asamblea Departamental en esa circunscripción territorial, ni mucho menos ser elegida diputada, **pues desde que venció el período de encargo y hasta que formalizó su candidatura, tan solo habían transcurrido diez (10) meses y un (1) día,** circunstancia que la inhabilitaba para aspirar a ese cargo público. Por consiguiente, puede afirmarse, sin hesitación alguna, que su elección como diputada estuvo precedida de una actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la ley, cuyo origen se retrotrae al acto de inscripción.” (Subrayas y negritas fuera de texto)*

Igualmente, manifestó que al sub judge no le era aplicable la sentencia SU-515 de 2013 por las siguientes razones:

*“En la sentencia SU-515 de 2013, la pérdida de investidura de la diputada Flora Perdomo Andrade se fundamentó en la causal prevista en el artículo 48.1 de la Ley 617 de 2000, por violación del régimen de incompatibilidades. Lo anterior, tras encontrar probado que la diputada **se inscribió** como candidata a la Asamblea Departamental del Huila, **veinte (20) meses y ocho (8) días** después de su designación como gobernadora encargada de ese mismo departamento, en clara contradicción con lo dispuesto en los artículos 31.7 y 32 del citado ordenamiento. Cabe destacar, que para ese entonces no se encontraba vigente la Ley 1475 de 2011 que, como ya se mencionó, redujo el término de la prohibición de 24 a 12 meses.*

*En el presente caso, la conducta prohibitiva se materializó **diez (10) meses y un (1) día** después de la designación de Marina Lozano Roperó como gobernadora encargada del Departamento de Norte de Santander, y al momento de decretarse la pérdida de investidura, ya se encontraba vigente la Ley 1475 de 2011.*

En la Sentencia SU-515 de 2013, la Corte concluyó que la providencia que despojó de su investidura a la diputada Flora Perdomo Andrade no se enmarcaba en ninguna de las causales específicas de procedencia que en esa oportunidad se alegaron.[66] Sin embargo, como quiera que, en sede de revisión, la actora solicitó que, en virtud del principio de favorabilidad, se diera aplicación al artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, la Corte accedió a dicha pretensión. En consecuencia, al considerar que para ese momento la conducta por la cual fue sancionada Flora Perdomo Andrade, esto es, haberse desempeñado como gobernadora encargada veinte (20) meses antes de su inscripción como candidata a la Asamblea Departamental, ya no estaba prohibida ni admitía reproche alguno, no existía razón para que se siguieran manteniendo las consecuencias negativas derivadas de la misma.

(...)

En contraste con la situación anterior, en el presente asunto, al momento de proferirse el fallo que privó de su investidura a Marina Lozano Ropero, ya se encontraba vigente la Ley 1475 de 2011, de tal suerte que, con fundamento en esta, el juez contencioso adoptó su decisión, pues ni siquiera en las condiciones más favorables que allí se establecieron, la actora podía evitar la sanción impuesta, toda vez que ejerció el cargo de gobernadora, diez (10) meses y un (1) día antes de su inscripción como candidata a la Asamblea Departamental de Norte de Santander, en evidente trasgresión del régimen de inhabilidades.

Con todo, y por si los anteriores argumentos no fueran suficientes para descartar de plano el posible desconocimiento del precedente constitucional, la Sala encuentra que la pérdida de investidura de Marina Lozano Ropero se dispuso mediante providencia del 7 de marzo de 2013 y la sentencia SU-515 de 2013 se dictó el 1º de agosto de ese mismo año. Por tal razón, siendo esta última decisión posterior al fallo de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, no constituía precedente alguno aplicable al presente caso y, en consecuencia, ningún reproche merece lo decidido por el juez de la causa.”

Finalmente, antes de confirmar la sentencia de tutela del Consejo de Estado que negó el amparo solicitado, a modo de conclusión la Corte señaló:

“la Sala Plena de esta Corporación confirmará, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido por la Sección Segunda, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 11 de agosto de 2014, dentro de la acción de tutela promovida por Marina Lozano Roper, contra la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cuanto no se demostró el defecto sustantivo atribuido a esta última corporación: (i) al haber considerado que los diputados están sujetos a la causal del pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades, de conformidad con el artículo 299 Constitucional y 48 de la Ley 617 de 2000, por cuanto en esta materia los congresistas y los diputados comparten el mismo régimen; (ii) al haber considerado que la incompatibilidad para los gobernadores de que trata el artículo 31.7 de la Ley 617 de 2000, aplica a quienes se desempeñen como gobernadores a cualquier título y (iii) al ser imposible que se hubiese podido desconocer el precedente sentado en la Sentencia SU-515 del 1º de agosto de 2013, pues la sentencia atacada se profirió el 7 de marzo de 2013, aspectos a cuyo análisis se circunscribió el presente proveído.”

En esta oportunidad la Corte envió un mensaje más claro en relación con el extremo temporal final de la prohibición objeto de estudio ya que, de un lado, fue enfática en determinar que aquella se redujo de 24 a 12 meses, y, de otro, logró evidenciar que la prohibición que ocupa la atención de la Sala debe tener como momento de referencia la **inscripción** y no la **elección**.

En efecto, si el momento relevante para la Corte hubiese sido el segundo, y no el primero, el Tribunal Constitucional, al igual que lo hizo en la sentencia C-515 de 2013, habría dejado sin efectos la sentencia de la Sección Primera de esta Corporación puesto que entre la renuncia de la tutelante al cargo de Gobernadora y su elección como Diputada, pasaron más de 12 meses teniendo en cuenta que las elecciones territoriales del año 2011 tuvieron lugar el día 30 de octubre.

No obstante, pasaron tan sólo 10 meses entre su renuncia como gobernadora y su inscripción al cargo de diputada.

4.3.5. Conclusiones

De lo expuesto se puede concluir que en un primer momento no existía certeza acerca del impacto que tuvo el régimen de inhabilidades previsto en la Ley 617 de 2000 con ocasión del condicionamiento expuesto por la Corte Constitucional al párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 en sentencia C-490 de 2011. Lo anterior, comoquiera que la sentencia de constitucionalidad no dilucidó cual era el alcance de su condicionamiento, lo que derivó en que al seno de esta Corporación se gestaran diversas posturas al respecto tal y como se vio reflejado en la sentencia la Sección Quinta del Consejo de Estado de 21 de Febrero de 2013. Exp. 2012-00025 y en su respectiva aclaración de voto.

En efecto, esta divergencia de posiciones respecto al entendimiento de la sentencia C-490 de 2011 se hace más evidente si se tiene en cuenta que en sentencia del 7 de marzo de 2013 la Sección Primera concluyó que aunque el régimen de inhabilidades previsto en la Ley 617 de 2000 sí fue modificado en lo que al término de la incompatibilidad se refiere de forma que los 24 meses que contempla dicha normativa deben reducirse a 12, lo cierto es que aquel no fue variado en lo que concierne al extremo temporal final, razón por la que la incompatibilidad, que se torna en inhabilidad, prevista en el numeral 7º del artículo 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 se computa con fundamento en la fecha de la inscripción y no de la elección²².

Por su parte, en sentencia SU-515 de 2013 la Corte Constitucional quiso dar alcance al condicionamiento expuesto en la sentencia C-490 de 2011, y en este sentido determinó que la modificación introducida por la Ley 1475 de 2011 imponía concluir que el elemento temporal de la prohibición es, en efecto, de 12 meses y no ya de 24. Pese a ello la Corte no se pronunció en relación con el extremo temporal final a efectos de la configuración de la prohibición en estudio.

Recientemente, con absoluta claridad, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-625 de 2015 se pronunció, respecto del elemento temporal de la inhabilidad y precisó que su extremo temporal final evidentemente lo materializa la fecha de la inscripción y no de la elección. Veamos:

²² Los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 200, que regulan las incompatibilidades de los gobernadores, tienen el mismo contenido material de los artículos 38.7 y 39 de la misma norma, sobre las incompatibilidades de los alcaldes en lo que a la Sala interesa.

“Así las cosas, la prohibición dirigida al gobernador o a quien sea designado en su reemplazo –sin importar el título–, de inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes al vencimiento del período para el cual fue elegido o designado, pese a la impropiedad de los artículos 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 que la reducen a una causal de incompatibilidad, materialmente, constituye una inhabilidad genérica para acceder a otros cargos o empleos públicos. En tal virtud, quien habiendo ejercido como gobernador, se inscriba como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular, como es el caso de la Asamblea Departamental, dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad para ser elegido diputado.

*“En ese contexto, esta Corte advierte que, debido a la circunstancia antecedente de haber ejercido como gobernadora encargada del Departamento de Norte de Santander, es claro que Marina Lozano Roperó no podía inscribirse como candidata a la Asamblea Departamental en esa circunscripción territorial, ni mucho menos ser elegida diputada, **pues desde que venció el período de encargo y hasta que formalizó su candidatura, tan solo habían transcurrido diez (10) meses y un (1) día,** circunstancia que la inhabilitaba para aspirar a ese cargo público. Por consiguiente, puede afirmarse, sin hesitación alguna, que su elección como diputada estuvo precedida de una actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la ley, **cuyo origen se retrotrae al acto de inscripción.**” (Subrayas y negritas fuera de texto).*

Nótese, entonces, cómo la Corte Constitucional en sentencia SU-625 de 2015 **eliminó cualquier asomo de duda**, pues además de reconocer que la incompatibilidad contemplada en el numeral 7º del artículo 32 y 33 de la Ley 617 de 2000 se contabiliza ya no desde 24 meses sino desde 12 -aspecto que ya había sido aclarado desde la Sentencia SU-515 de 2013-, también explicó con contundencia y claridad que **esos 12 meses se computan hasta el día de la inscripción y no de la elección.**

Esta precisión es de suma importancia, ya que la Corte no solo mantuvo incólume la postura adoptada por la Sección Primera en la que se determinó que el extremo

temporal final de la inhabilidad era el de la inscripción, sino que además **avaló** dicha tesis al sostener que la prohibición implicaba que *“quien hubiese ejercido como gobernador y se se **inscriba** como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad”*.

Por lo anterior, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no cabe duda de que, **la prohibición contemplada de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 tiene como extremo temporal final la fecha de la nueva inscripción.**

La anterior conclusión, además, resulta del todo acertada ya que, si lo que contiene la norma en comento es una prohibición para inscribirse, aquella se vaciaría en su contenido y finalidad si su extremo temporal final se computase en relación con la elección y no con la inscripción, máxime cuando sólo la segunda depende de la voluntad del candidato.

4.4. El análisis del caso concreto

Con fundamento en lo hasta acá expuesto, corresponde a la Sala resolver el caso concreto, encontrándose acreditado lo siguiente:

- Que la señora Pinto Pérez fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania para el período 2012-2015.
- Que la demandada ocupó el cargo de alcaldesa hasta el **21 de julio de 2014**, fecha en la que le fue aceptada la renuncia presentada.
- Que mediante formulario E-6 del **25 de junio de 2015** la demandada se inscribió como candidata a la gobernación.
- Que la demandada fue elegida como gobernadora de La Guajira para el periodo 2016-2019 en el marco de las elecciones territoriales que tuvieron lugar el 25 de octubre de 2015.

El caso que ocupa la atención de la Sala se gobierna por la Ley 617 de 2000 (artículos 38.7 y 39) pero con las modificaciones introducidas por la Ley 1475 de 2011.

Con fundamento en aquellas normas, y en la jurisprudencia actualmente vigente de esta Sección se tiene que, los alcaldes no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 12 meses después, **inscribirse** como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral.

En los términos arriba descritos, el elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, y que fuere reducido a 12 por el legislador estatutario de 2011, se delimita con fundamento en **dos extremos temporales distintos: uno inicial y otro final.**

En ese sentido, el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, señala que el alcalde **no podrá inscribirse** como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular **mientras detente tal dignidad**. Y, en aplicación del artículo 39 -versión actual-, tampoco podría hacerlo dentro de **los 12 meses siguientes, en la respectiva circunscripción.**

De estos preceptos, tradicionalmente, se han derivado **dos extremos** a partir de los cuales se impone el análisis del caso concreto. **El primero** -extremo temporal inicial- se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de alcalde, lo que ocurrió, en el caso que nos ocupa, con la renuncia al cargo por parte de la demandada²³. **El segundo** -extremo temporal final-, la fecha de la nueva inscripción del candidato ya que, ciertamente, lo que contiene la norma es una prohibición para inscribirse.

De esta manera, si entre un extremo temporal y otro, transcurrieron más de 12 meses, la nueva elección no estará afectada por el desconocimiento de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011. Sin embargo, si el lapso es inferior, la nueva elección tendrá un vicio de legalidad ya que el candidato que resultó elegido está inmerso en una inhabilidad.

²³ En relación con el extremo temporal inicial de esta prohibición, la Sección Quinta del Consejo de Estado, un uso de sus atribuciones legales como sala de cierre en material electoral, efectuará unificación de jurisprudencia, a manera de jurisprudencia anunciada, que, por tal virtud, tendrá aplicación sólo a futuro y no para el caso concreto.

Pues bien, ocurre que la demandada fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira) para el período 2012-2015 y ocupó tal dignidad hasta el **21 de julio de 2014**, fecha en la que le fue aceptada la renuncia presentada.

Pese a lo anterior, la señora Pinto Pérez el **25 de junio de 2015** se inscribió como candidata a la gobernación de La Guajira para las recientes elecciones territoriales de 2015.

Entonces, como entre el **21 de julio de 2014** -extremo temporal inicial aplicable al caso concreto- y el **25 de junio de 2015** -extremo temporal final aplicable al caso concreto-, ciertamente, transcurrieron menos de los 12 meses que exigen los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011, se impone a la Sala Electoral de esta Corporación anular la elección de la demandada al cargo de gobernadora de La Guajira, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

4.4. De los efectos de la decisión anulatoria

El artículo 288 del CPACA, norma especial electoral, se ocupa de las consecuencias de la sentencia de anulación electoral, y en lo que respecta a la anulación de elecciones por vicios subjetivos, como la que nos ocupa, dispone: *“Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (...) 3. En los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo [275](#) de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia”*.

Sin embargo, nada dice el artículo en comento en relación con los efectos de la anulación, pues no dispone si aquellos serán hacia el futuro -desde ahora o *ex nunc*- o hacia el pasado -desde siempre o *ex tunc*-, por ello, corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que los establezca, fijar los efectos de sus decisiones anulatorias, como ya lo anticipó esta Sección en reciente Sentencia de Unificación, pero para los eventos de expedición irregular²⁴.

²⁴ Cfr. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado de la República. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. 2015-00029.

Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos -causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA-, los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico²⁵, de forma que aceptar una ficción jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del sistema democrático mismo.

De conformidad con lo anterior, y en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016, corresponde al juez fijar los efectos de sus propias sentencias.

Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que **aquellos serán hacia el futuro -ex nunc- en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto -administrativo o electoral-; y en respeto a la “verdad material y cierta”, por encima de la mera ficción jurídica.**

Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática²⁶.

En este contexto, **los efectos anulatorios de esta sentencia serán hacia el futuro o ex nunc.** De conformidad con lo anterior, y para todos los efectos legales, se tiene que la demandada ostentó la calidad de gobernadora de La Guajira, desde su posesión en tal dignidad, y la mantendrá, hasta la ejecutoria de esta sentencia.

4.5. Jurisprudencia Anunciada: (i) Del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos

²⁵ Cfr. Auto de 3 de marzo de 2016. Demandado: Gobernador de Caldas. Exp. 2016-00024. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁶ Cfr. Fallo de 6 de octubre de 2011. Demandados: Magistrados del CNE. Exp. 2010-00120. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 y (ii) Del alcance de la aplicación del principio *pro homine* en materia electoral

La Sala debe preguntarse si se halla vigente entendimiento de la jurisprudencia actual en relación con el extremo temporal inicial de la prohibición contenida en los artículos 31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

En otras palabras, corresponde a la Sala determinar hacia el futuro²⁷ si el hecho de que la persona elegida como alcalde o gobernador, presente renuncia antes del vencimiento del período para el cual fue elegido, válidamente puede enervar tal prohibición.

Lo anterior, en tanto que el numeral 7 de los artículo 31 y 38 no hace mención a la renuncia y los artículos 32 y 39, lo hacen, pero únicamente para las inhabilidades de los numeral 1 y 4 del artículo 31 y 38²⁸, no para la del numeral 7, que es el que nos ocupa. Veamos:

“ARTICULO 31. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. *Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán: (...)*

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido”. (Negrillas propias de la Sala).

“ARTICULO 32. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES. *Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses -hoy 12- en la respectiva circunscripción.*

²⁷ Quiere esto decir que el caso que ocupó la atención de la Sala no fue juzgado con fundamento en este nuevo criterio que se expone, a manera de jurisprudencia anunciada, con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica.

²⁸ **Artículo 38, Numeral 1º.** Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo. **Numeral 4º.** Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

PARAGRAFO. Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales”.

“ARTICULO 38. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán: (...)

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido”. (Negrillas propias de la Sala).

“ARTICULO 39. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL DISTRITAL. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. **En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses -hoy 12- en la respectiva circunscripción”.** (Negrillas propias de la Sala).

Es decir, corresponde a la Sección determinar si se puede admitir que, tratándose de un cargo sometido a **período**, como es el caso de los de elección popular, específicamente los de alcalde y gobernador, la renuncia pueda admitirse como una circunstancia válida para que se entienda modificado el extremo temporal inicial que fijó el legislador en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Para responder ese cuestionamiento, la Sala debe volver sobre la redacción de los artículos para, en aplicación de los métodos de interpretación, determinar su alcance.

La Corte Constitucional, en referencia a la forma en la que debe entenderse la expresión “*período*” precisó que “*es el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública*”²⁹.

Así las cosas, ha de entenderse que el significado de la locución “*período*” que emplea el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, tratándose del ejercicio de un cargo, **es el lapso o tiempo que ha definido el Constituyente o el legislador para la permanencia o ejercicio de aquel**. Es un ingrediente, si se quiere, de tipo normativo, pues ha sido el ordenamiento jurídico el que expresamente le ha dado alcance específico.

Es decir, se trata de un vocablo que tiene un contenido normativo concreto tratándose del ejercicio de cargos públicos, en tanto se relaciona con el espacio temporal en que el titular del mismo puede ejercer determinada dignidad o función. Desde esta perspectiva, debe aceptarse, sin ambages, que todo período lleva ínsita su determinación, en tanto este no puede ser indeterminado: es un lapso específico, que no puede dejarse librado a la voluntad o decisión del titular del cargo.

A la misma conclusión se llega de aplicar una interpretación gramatical. En efecto, si acudimos a los vocablos que empleó el legislador para la determinación de la prohibición, en donde la exégesis del numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 nos puede ayudar a comprender la expresión “*período*” que se emplea en la contrucción semántica de la disposición en análisis, no deja duda, veamos:

Según la primera y segunda acepción de esta voz, esta se ha de entender como el “*1. Tiempo que una cosa tarda en volver al estado o posición que tenía al principio*” y “*2. Espacio de tiempo que incluye la duración de una cosa*”³⁰.

Bajo esta interpretación normativa, en apoyo con la gramatical, una primera conclusión a la que puede arribar la Sala, es que el numeral 7º de los artículos 31 y 38 de la Ley 617 de 2000 solo puede entenderse así: **la prohibición** para el candidato electo consiste en presentarse a otro cargo de elección popular **durante el lapso** que el Constituyente definió para el ejercicio de dicha dignidad, es decir, por todo el **período** constitucional, y no solo por el término que material y

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-194 de 1995.

³⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima Primera edición, pág. 1577.

efectivamente el cargo se ejerza, ello se impone del elemento normativo de la descripción típica de la prohibición.

Entonces, quien ha sido electo y declarado alcalde o gobernador, tiene prohibido durante los 4 años que fijó la norma constitucional como **período** del jefe de la administración territorial –artículos 303 y 314 Superiores-, inscribirse a otro cargo de elección popular. Y, terminado dicho lapso, los artículos 32 y 39 de la misma normativa, imponen un tiempo adicional en el que la persona electa debe abstenerse de poner su nombre a consideración del electorado.

Ahora bien, incluso si se utilizan los otros métodos de interpretación tales como el sistemático o el finalístico, ellos nos conducirían a la misma conclusión: la prohibición en comento se extiende por todo **el período constitucional**, independientemente de que medie o no renuncia al cargo, como se demostrará a continuación.

No obstante, antes de avanzar en ese examen, la Sala no puede desconocer que la Corte Constitucional tuvo oportunidad de efectuar una interpretación en relación con la expresión “*período*” para arribar a una conclusión diversa a la expuesta en párrafos anteriores.

En consecuencia, corresponde analizar a la Sección, si la interpretación que hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia C-194 de 1995, debe ser tenida en cuenta para resolver el problema jurídico que en la actualidad ocupa la atención de la Sala y si, aquella, debe entenderse como una regla que el juez electoral esté obligado a emplear para solucionarlo.

Desde ahora, advierte la Sección que la interpretación del vocablo “*período*” que hizo la Corte Constitucional en esa época, se efectuó en otro contexto histórico, normativo e incluso fáctico, que facultan al juez electoral, en el nuevo contexto, a no tener como obligatorio ese raciocinio.

En efecto, mientras para esta Sala de lo Electoral, la prohibición contenida en el numeral 7º del artículo 38 de Ley 617 de 2000, referida a los alcaldes para inscribirse a otros cargos públicos de elección popular se configura independientemente de si ha mediado renuncia, en tanto el vocablo período solo puede analizarse desde su perspectiva objetiva, para el Tribunal Constitucional esa

expresión, analizada frente a preceptos expedidos con anterioridad a la Ley 617 de 2000 tenía que efectuarse desde un aspecto subjetivo, razón por la que la renuncia al cargo era relevante.

La Sección no desconoce que, con anterioridad a la vigencia de los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, fueron expedidos preceptos con un **contenido similar**, por no decir **idéntico** a estas dos normas, las que, por demás, fueron objeto de control constitucional.

En efecto, en relación con las incompatibilidades para los alcaldes y/o quien los reemplace, la Ley 136 de 1994 señaló lo siguiente:

“ARTICULO 96. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES. Los alcaldes, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

“Numeral 7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido, y durante los seis (6) meses siguientes al mismo, así medie renuncia previa de su empleo.”
(Negrilla fuera de texto)

Este numeral fue modificado por el artículo 5º de la Ley 177 de 1995, en cuanto al plazo, así:

“7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular, durante el período para el cual fue elegido, y durante el año siguiente al mismo, así medie renuncia previa de su empleo.”

4.5.1. De la Sentencia C-194 de 1995 y la inexistencia de cosa juzgada material que vincule a la Sección.

La primera de estas disposiciones fue objeto de control de constitucionalidad en la **sentencia C-194 de 1995**, providencia en la que se declaró exequible el numeral 7 salvo la expresión ***“así medie renuncia previa de su empleo”***, que fue **declarada inexecutable**.

En esa oportunidad, el demandante consideró, entre otras razones, que se desconocía el derecho político a ser elegido, artículo 40 de la Constitución, en

tanto se inhabilitaba a quien fue electo alcalde **no solo para la totalidad del período** para el cual fue elegido, **así no desempeñara el cargo**, y por seis meses más.

Para contestar este cargo, la Corte **diferenció entre el período objetivo y el período subjetivo**. El primero entendido desde la perspectiva del tiempo estipulado por el Constituyente para el ejercicio del cargo -actualmente 4 años- y el segundo, comprendido como el lapso en que efectivamente se ejerció el cargo por el funcionario electo, para concluir que era desproporcionado y violatorio del derecho a la igualdad mantener la inhabilidad por todo el **período objetivo** y seis más -24 meses más en el caso del legislador del 2000-.

“Bajo los precedentes entendidos, la norma se aviene a la normativa fundamental y así lo declarará la Corte, con excepción de la frase “así medie renuncia previa de su empleo”, perteneciente al numeral 7º y relativa a la extensión de la “incompatibilidad” para inscribirse como candidato a cargos de elección popular, toda vez que se rompe el principio de igualdad cuando se contempla el mismo trato para situaciones diversas -la de quien culmina el período y la de aquel que renuncia anticipadamente-, ampliando la vigencia de la restricción hasta el final del período considerado objetivamente y seis meses adicionales. Ello conduce a situaciones incomprensibles, que desvirtúan el verdadero sentido de las incompatibilidades, pues obliga a una persona que ha renunciado faltando mucho tiempo para que termine el período respecto del cual había sido elegida a esperar la culminación de éste y seis meses más para poderse inscribir como aspirante para cualquier clase de elecciones.

Semejante imposición se traduce en notoria injusticia, en especial para quien decide separarse del cargo cuando todavía falta la mayor parte del lapso inicialmente previsto, haciéndole exigible una prohibición que sólo resulta justificada para el alcalde que completa su período.”

Igualmente, la Corte Constitucional en la mencionada providencia señaló la forma en que debía interpretarse la expresión “*período*”, para efectos de aplicar las inhabilidades, para indicar que solo se podía entender en forma subjetiva, es decir, **aquel efectivamente cumplido por el funcionario**.

*“La Corte Constitucional, como ya lo había señalado en Sentencia C-093 del 4 de marzo de 1994 (M.P.: Drs. José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara), entiende el **período** como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública, "pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función".*

En ese sentido, concluyó que si quien ejercía el cargo de alcalde renunciaba antes de terminar el período, el término de la inhabilidad debía contarse desde el momento de la renuncia y no como si hubiere ejercido el cargo durante todo el lapso indicado en la Constitución y la ley. Sobre el particular afirmó:

“Se concluye, por lo tanto, que una persona puede haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante renuncia formalmente aceptada sin que su situación pueda equipararse a la del funcionario que ejerció de manera concreta y real el cargo o destino público correspondiente hasta el final del período objetivamente considerado.

“Puede el legislador señalar prohibiciones al dimitente, por un tiempo razonable, pero no imponerle inhabilidades con cargo a todo el período, cual si lo hubiera agotado en la realidad, pues ello distorsiona el fundamento mismo de aquéllas y lesiona los derechos fundamentales del afectado, en especial los previstos en los artículos 25 y 40 de la Constitución, como ya se dijo.

“La Corte debe acotar, por otra parte, que los seis meses adicionales al tiempo de ejercicio del cargo, durante los cuales, según el numeral 7 bajo examen, se prolonga la prohibición de inscribirse como candidato, deben entenderse comprendidos dentro del lapso total del período, considerado objetivamente, ya que la incompatibilidad, bajo el alcance señalado - simultaneidad- termina con el desempeño de las funciones. Por ello, lo razonable y lógico es que los mencionados seis meses se cuenten, en caso de renuncia, a partir de ésta, siempre que falte un término mayor para culminar el período, con lo cual se quiere decir que, si resta menos, la aludida prohibición termina cuando él concluya. Lo contrario implicaría, de nuevo, desconocimiento de la igualdad, en cuanto se discriminaría en contra

de quien renunció anticipadamente, faltando menos de seis meses para el fin del período, dado que seguiría incurso en la prohibición, mientras que no lo estaría el que ejerció su cargo hasta el final.”

La *ratio decidendi* de esta providencia se resume así: **la renuncia al cargo de alcalde implica que la inhabilidad para el ejercicio de otros cargos de elección popular debe contarse desde el momento de aquella, dado que la expresión “período” debe entenderse en un sentido subjetivo y no objetivo, en tanto se trata de la interpretación de una inhabilidad.**

Esa ratio fue expuesta nuevamente en **la sentencia C-494 de 1996**, cuando se demandó **el artículo 5º de la Ley 177 de 1994**, precepto en el que se indicaba que el numeral 7º del artículo 96 quedaría así: Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular, durante el período para el cual fue elegido, y durante el año siguiente al mismo, así medie renuncia previa de su empleo.

En esa oportunidad, se declaró la inexecutable de la expresión *“así medie renuncia previa de su empleo”*, en tanto se entendió, como ya se había indicado en los fallos C-093 de 1994 y C-194 de 1995, que el lapso o período para las inhabilidades deben ser contadas desde el momento de la renuncia -período subjetivo- y no desde la terminación del período objetivo. Sobre el particular se indicó:

*“Lo razonable es que el año se cuente, en caso de renuncia, a partir de ésta, siempre que falte un término mayor para culminar el período, con lo cual se quiere decir que, si resta menos, la aludida prohibición termina cuando él concluya. **Quien renuncie previamente queda incurso en la prohibición de inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular, pero solamente durante el año siguiente a la aceptación de la renuncia.** No tendrá que esperar, entonces, a que finalice el período en sentido objetivo para formalizar nuevas aspiraciones electorales. Y, desde luego, ese término de un año resulta aplicable tan sólo en la medida en que el tiempo que falte para la finalización del período en sentido objetivo sea superior.”*

Igualmente, **en sentencia C-010 de 1997**, se consideró que al no cambiar el supuesto normativo entre lo dispuesto por el legislador en el artículo 96, numeral 7º y el artículo 5º de la Ley 177 de 1994, se debía entender que la expresión

“*período*” debía comprenderse desde la perspectiva subjetiva y, en consecuencia, ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-494 de 1994.

En sentencia **C-107 de 1997**, se ordenó estarse a lo resuelto en los dos fallos anteriores.

El anterior recuento, permitiría afirmar que la ratio del Tribunal Constitucional, expuesta en sede del control de constitucionalidad frente a los artículos de la Ley 136 y 177 de 1994, según el cual la locución “*período*” para efectos de contar las inhabilidades debe tener como referente el aspecto subjetivo, es decir, el lapso que la persona electa ejerce efectivamente el cargo, debería tenerse en cuenta en el examen que corresponde abordar a esta Sección, pues, de conformidad con el razonamiento de la Corte, esta debe contarse desde el momento en que se produjo la renuncia.

Sin embargo, debe advertirse que el legislador cuando expidió la Ley 617 de 2000, no incluyó la expresión “*así medie renuncia previa*” en su artículo 38, ni hizo referencia expresa a la renuncia cuando en su artículo 39 hizo mención al numeral 7°.

Finalmente, es menester indicar que, en sentencia **C-540 de 2001**, la Corte Constitucional analizó la prohibición general de los gobernadores, referida al hecho de no poderse presentar a cargos de elección popular, 24 meses después del vencimiento del periodo, contenida en el artículo 32 de la Ley 617 de 2000.

En dicho fallo se declaró la exequibilidad del mencionado artículo, en cuanto se entendiera que la inhabilidad en él consagrada, no era aplicable cuando el cargo público al que se fuera a presentar quien fungió como gobernador fuera el de Presidente de República, en tanto para este cargo, existen inhabilidades e incompatibilidades especialmente estipuladas en la Constitución.

En esta providencia, ninguna referencia se hizo a la locución período ni a la forma de entenderlo.

Por tanto, se insiste, i) no existe pronunciamiento en relación con la normativa relativa a la prohibición e inhabilidad de los alcaldes y gobernadores, regulada en la Ley 617 de 2000; ii) la sentencia C-540 de 2001, podría ser aplicable al caso en

análisis sí y solo sí, la inhabilidad analizada se estudiase en el caso de una persona que siendo alcalde se inscribió para el cargo de Presidente de la República, pues ese es el supuesto que se analizó en dicho pronunciamiento y iii) la Corte Constitucional señaló expresamente que en las elecciones de carácter territorial el legislador tiene amplia competencia para establecer las causales de inhabilidad e ilegitimidad, las que no siempre deben coincidir con las que el Constituyente configuró para los miembros del Congreso de la República.

Por tanto, la Sección, habiendo cumplido con su carga de transparencia, se pregunta ¿es posible afirmar que frente a las mencionadas disposiciones, que se aclara no han sido objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional, ha operado la denominada cosa juzgada material?

Si se concluye que sí, esta Sala, en aplicación de la cosa juzgada constitucional, estaría obligada a estarse a lo resuelto por el juez constitucional, en los términos del artículo 243 de la Constitución³¹ y, por tanto, entender que la interpretación de los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, en lo que a su extremo temporal inicial se refiere, debe ser igual al que se efectuó en las sentencias de constitucionalidad antes reseñadas.

La Corte Constitucional se ha referido al fenómeno de la cosa juzgada material cuando un precepto diferente al analizado previamente por ella, tiene un contenido normativo similar o igual al que ya fue objeto de control y, por tanto, se encuentra cobijado por una decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional.

Para hablar de esta especie o clasificación de la cosa juzgada, se deben conjugar dos presupuestos esenciales: (i) La presencia de una sentencia de constitucionalidad en la que se ha analizado un determinado contenido normativo y, (ii) La existencia de un precepto con un contenido igual o similar al que fue analizado por el Tribunal Constitucional.

Presupuestos estos que, en principio, se cumplirían en el caso en estudio, dado que: (i) se debe entender que los artículos 38, numeral 7 y 39 de la Ley 617 de 2000, en lo relevante, reprodujeron el contenido normativo del numeral 7 del

³¹ **ARTICULO 243.** *Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.*

artículo 96 de la Ley 136 de 1994, con excepción de la expresión “*así mediara renuncia*”, en tanto, entiende la Sección, la misma fue excluida del ordenamiento por ser contraria a los derechos fundamentales a la igualdad y a ser elegido. Y (ii) en las sentencias C-194 de 1995, C-494 de 1995; C-010 de 1997, entre otras, se hizo el análisis de constitucionalidad de supuestos normativos iguales a los de los artículos de la Ley 617 de 2000.

Ahora bien, en las sentencias C-039 y C-096 de 2003, se indicó que la cosa juzgada material en sentido estricto se configura cuando un contenido normativo ha sido excluido del ordenamiento jurídico. Por su parte, en la sentencia C-259 de 2008, se enunciaron los presupuestos de la cosa juzgada material, así:

i) Una norma ha sido declarada inexecutable por razones de fondo, lo que obliga a revisar la *ratio decidendi* del fallo correspondiente;

ii) Que la disposición objeto de estudio tenga un contenido normativo similar a la disposición inconstitucional, teniendo en cuenta el **contexto** dentro del cual se inscribe la norma examinada, ya que su significado y sus alcances jurídicos **pueden variar si el contexto es diferente**;

iii) Que subsistan las normas constitucionales que sirvieron de parámetro de control en la sentencia que declaró la inexecutable de la norma reproducida.

Estas reglas llevadas al caso de los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, huelga advertirlo, **no** se cumplen de forma plena, en tanto:

i) Si bien existe una norma, artículo 96, numeral 7º de la Ley 136 de 1994, que fue analizada y declarada executable salvo una expresión de ella que fue encontrada inexecutable por razones de fondo, la *ratio decidendi* de la inexecutable de la expresión -así hubiere mediado renuncia-, enunciada en las sentencias C-194 de 1995, C-494 de 1995; C-010 de 1997, tuvo como fundamento el desconocimiento de los derechos a la igualdad y a ser elegido de quien fue electo y renunció al cargo.

No obstante, la Sala, en este punto, considera que debe volver sobre la *ratio* expuesta por la Corte, en tanto, el análisis que se efectuó, como se explicará posteriormente, dejó de lado el análisis de presupuestos que son esenciales para

la democracia frente a los cuales los derechos del elegido *-pro homine-* deben ceder, a efectos de hacer posible la realización del sistema democrático mismo *- pro electoratem-*.

Es decir, si bien los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, tienen un contenido normativo similar a la disposición analizada, en tanto regulan con algunas pequeñas variaciones el mismo supuesto, y el que uno de sus apartes fue declarado inconstitucional, **lo cierto es que la ratio empleada por la Corte Constitucional debe ser nuevamente analizada a la luz de un cambio de contexto normativo.**

ii) Variación del contexto: El **contexto**, según la segunda acepción que de este término trae el diccionario debe entenderse como *“la situación política, histórica, cultural o de otra índole en la cual se considera un determinado hecho”*³².

Para la Sección, después de 20 años de expuesta la mencionada ratio, se han dado cambios en el ordenamiento constitucional que necesariamente inciden en la forma de enfrentar el problema planteado.

En efecto, después de una serie de fallos en los que la Corte Constitucional sostuvo la idea de los períodos individuales y el carácter subjetivo de los mismos, el Constituyente derivado se dio a la tarea de efectuar **una corrección normativa** mediante la expedición del Acto Legislativo No. 2 de 2002, modificación mediante la cual restableció su carácter objetivo.

Ese cambio normativo se dio en tanto desde la sentencia **C-011 de 1994**, se indicó expresamente que los períodos de alcaldes y gobernadores eran subjetivos o personales *-por oposición a los institucionales-*, pues la Corte Constitucional entendió que ante una falta absoluta de estos funcionarios, por ejemplo, por la revocatoria del mandato, lo procedente era el llamamiento a nuevas elecciones sin importar si habían transcurrido más de dos años del período de quien estaba ejerciendo el respectivo cargo *-para esa época, el período de los alcaldes y gobernadores era de tres (3) años-*, en tanto se entendía que quien fuera electo, debía ejercer la función por todo el período fijado por la Constitución y no por el lapso que le faltaba a quien venía ejerciendo el cargo y que fuera revocado, como lo señalaba la ley.

³² Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima Primera edición, pág. 554.

A partir de esta decisión, y específicamente con la sentencia C-448 de 1997, en la que se analizaron dos artículos de la Ley 136 de 1994, se abrió paso a la figura de los “*períodos atípicos*”, entendidos como aquellos ejercidos por mandatarios en lapsos diferentes a los indicados en las normas y calendario electorales.

Estas decisiones entronizaron la idea según la cual los períodos a los que aludía la Constitución para los cargos de elección popular eran individuales o subjetivos, razón por la que ante cualquier falta absoluta, se imponía entender que el período de alcaldes y gobernadores tenía esa naturaleza³³.

Bajo esa lógica, la Corte concluyó, entonces, que era posible renunciar y, entender que las consecuencias de esa renuncia debían ser analizadas igualmente de forma subjetiva, es decir, desde la perspectiva de quien renuncia y no del cargo que se dejaba.

Esta interpretación de la Corte Constitucional difería de la expuesta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación y por su Sección Quinta, que consideraba que el período de estos servidores era institucional³⁴.

En razón de los inconvenientes institucionales que generó la exégesis de la Corte, específicamente, por las múltiples elecciones de alcaldes y gobernadores que se registraron por fuera del calendario electoral, el Constituyente Derivado tramitó y aprobó el Acto Legislativo No. 2 de 2002, **por medio del cual, con absoluta claridad, instituyó el período institucional, entre otros, para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles**. Esta reforma logró que, a partir del 2008, todos los cargos de elección popular quedaran sujetos al período institucional, impidiendo toda interpretación subjetiva que amenace desinstitucionalizar los períodos de elección señalados por la Constitución y la Ley. Ese es el verdadero sentido normativo, gramatical, finalístico, axiológico y social de la nueva norma.

Ese Acto Legislativo, al cambiar el referente normativo de interpretación, necesariamente incide en la forma de abordar el concepto del vocablo “*período*”

³³ Este criterio se expuso nuevamente en las sentencias de unificación SU-640 de 1998, SU-168 de 1999; SU-1720 de 2000, entre otras.

³⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 25 de Noviembre de 1991. C.P. Mario Alario Méndez. Radicación Número: IJ-746-S.

que emplea el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, pues ha entenderse que este, aun en tratándose de inhabilidades, es siempre de carácter institucional y no personal o subjetivo como lo entendió la Corte Constitucional en su momento.

Lo anterior, sin lugar a dudas, tiene implicaciones en el examen que le corresponde hacer al juez electoral respecto de las prohibiciones que están ligadas al periodo para el cual los candidatos resultaron elegidos, como la que ocupa la atención de la Sala, puesto que el periodo no puede ser analizado, hoy, bajo la lógica subjetiva o personal, en tanto el régimen de inhabilidades para efectos de la nulidad electoral debe ser siempre objetivo³⁵.

La razón de esta afirmación no es otra, que entender que **la finalidad de ese régimen consiste precisamente en evitar que los intereses personales se antepongan a los públicos**, en donde los principios de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad propios de la función pública, y de las campañas electorales, priman por encima del querer de quien encarna el poder y que la Sala entiende, fue lo que llevó al Constituyente derivado a ejercer la corrección normativa y constitucional de una interpretación que estaba generando serias implicaciones de orden jurídico e institucional del país, en detrimento de la democracia.

Para esta Sección es claro que, en tratándose del acto electoral, es menester antes que privilegiar el derecho del elegido, propender por la protección del derecho del elector, pues en él radica el sustento democrático de nuestras instituciones. Esto se explica, justamente, por el carácter autónomo de la función electoral, sobre este punto, ha explicado la Sección³⁶:

“El procedimiento electoral constituye un procedimiento autónomo para la expedición de actos electorales, el cual está conformado por el conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para materializar o exteriorizar la voluntad popular expresada a través del derecho al voto, el

³⁵ Tal aserto no resulta igual de categórico en relación con los procesos de pérdida de investidura y disciplinario, ambos de naturaleza sancionatoria, frente a los que subyace una interesante discusión en torno a la responsabilidad subjetiva.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto de 3 de junio de 2016, Demandados: Concejales de Cartagena, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. 2016-00070. En el mismo sentido: Fallo de 4 de Febrero de 2016, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Demandados: Representantes a la Cámara por el Magdalena, Exp. 2014-110.

cual está regulado en normas especiales como el Código Electoral y la Ley 1475 de 2011 para el caso de las elecciones por voto popular.

En lo que respecta a los sujetos que intervienen en su formación, a diferencia del acto administrativo cuyo sujeto principal es la Administración, el sujeto del acto electoral lo conforman los electores que participan en la contienda democrática en ejercicio del derecho a elegir consagrado en los artículo 40 y 98 de la Constitución Política.

Por lo tanto, es incorrecto sostener que en el acto electoral se encuentra expresada la voluntad de la autoridad encargada de declarar la elección (...) sino que este plasma el querer de los electores a través del voto.

Consecuentemente la finalidad del acto electoral corresponde a concretar o materializar la democracia representativa y la expresión de la voluntad popular.

Por las anteriores diferencias, huelga decir que el juez electoral no solo ejerce control de legalidad respecto de las actuaciones que se surten durante el procedimiento electoral, sino que su papel se extiende a la protección de la democracia y la legitimación del poder constituido, puesto que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales garantiza que el poder público se constituya con respecto a la expresión de la voluntad de los electores y al procedimiento electoral previsto en la ley”.

Igualmente, la expedición de los Actos Legislativos No. 1 de 2003 y 1 de 2009³⁷, en su idea de fortalecer los partidos políticos y el sistema democrático, hicieron que estos -los partidos- se convirtieran en impulsores o canalizadores del derecho de quien se pretenda elegir, en tanto se entendió que este derecho no era absoluto.

Por tanto, los partidos políticos, a partir de esta reforma entraron a *“racionalizar y hacer operativa la vida política de la Nación, de manera que los ciudadanos puedan ejercer, en la mejor y mayor medida posible, su derecho constitucional a la*

³⁷ Con el fin de conocer, en mayor detalle las implicaciones que sobre el régimen de partidos políticos tuvieron los Actos Legislativos No. 1 de 2003 y 1 de 2009 puede consultarse la Sentencia de 6 de octubre de 2011, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 2010-0120.

participación material y con incidencia efectiva en las decisiones que los afectan” como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-303 de 2010.

En ese sentido, una de las finalidades del Acto Legislativo No. 1 de 2003, fue, entre otras, el fortalecimiento del sistema democrático, mediante la exigencia a los partidos y los movimientos de establecer criterios para hacer compatible ese principio en la escogencia de los candidatos que los habrían de representar a cargos uninominales y a las corporaciones públicas.

Ese cambio constitucional, en criterio de la Sala, hizo que, por encima del derecho a ser elegido, se impusieran criterios de prevalencia del interés general para la protección de la democracia, estableciendo restricciones o limitaciones a este derecho, con el objeto de proteger a los electores³⁸, en la medida en que cualquier aspiración política debe estar mediada por la pertenencia a un partido o movimiento político, o avalado por estos, o por una número significativo de ciudadanos que, evidentemente, implica *per se* una restricción necesaria al derecho a ser elegido, sobre el cual, sea decirlo desde ahora, el tribunal constitucional edificó su razonamiento para entender, entre otras cosas, que la renuncia a un cargo de elección popular, solo debía examinarse desde la arista de los derechos del elegido.

Lo mismo ocurre, además, con el establecimiento del régimen de bancadas a través del cual, por encima de los derechos fundamentales de quien resultó elegido, debe propenderse por el fortalecimiento del partido, por ejemplo, a la hora de efectuar las votaciones en las que dicho régimen deba tener aplicación.

Para la Sala, entonces, en el análisis de la prohibición contenida en los artículos 38, numeral 7º y 39 de la Ley 617 de 2000, no se puede dejar de lado el advenimiento de las normas de corrección que el constituyente derivado tuvo que dictar en razón de interpretaciones que estaban generando problemas institucionales, como entre otras -Actos Legislativos Nos. 1 de 2003 y 1 de 2009- que se expidieron con el fin de fortalecer el sistema democrático, reformas que, sin lugar a dudas, implican un cambio del contexto normativo que obligan a reconsiderar los fundamentos de la decisión del juez constitucional.

³⁸ *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores).

Ese cambio de contexto, impone al juez electoral la necesidad de fijar una regla de interpretación de conformidad con la realidad normativa vigente, hecho que exige una hermenéutica en la que se determine si el único aspecto que puede tenerse en cuenta para el análisis de los contenidos normativos de las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, debe ser, exclusivamente, los derechos del elegido *-pro homine-*, dejando de lado otros principios que también son fundamentales en el marco de un sistema democrático *-pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores)-.

Por tanto, en este nuevo esquema, el análisis que se haga de la renuncia al cargo de elección popular debe ser distinto al que empleó el Tribunal Constitucional en el año 1995, en tanto la consolidación de nuestra democracia exige mayores compromisos y desafíos para quien es favorecido con el mandato popular.

iii) Expuesto lo anterior, y demostrado que el contexto en que debe analizarse el supuesto normativo de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 ha cambiado también es importante advertir por la Sala, que las normas constitucionales que sirvieron de parámetro de control a la Corte Constitucional para excluir del ordenamiento el aparte "*así mediara renuncia*" derechos a la igualdad, artículo 13, y a ser elegido, artículo 40, exigen hoy ser valorados y si se quiere ponderados, frente a otros principios igualmente fundamentales en el ordenamiento constitucional, principios que el Tribunal Constitucional no pudo examinar debido a que aquel se elaboró con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo No. 2 de 2002, el cual, se reitera, impuso a efectos del régimen electoral, la concepción objetiva -por oposición a la subjetiva- del periodo de quienes resultaren elegidos popularmente.

4.5.2. Análisis de la prohibición que contempla el numeral 7º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, desde el papel que juega el juez electoral en el mantenimiento del sistema democrático

Es importante señalar que el sistema democrático se funda, entre otros, en los principios de transparencia, igualdad y legitimidad institucional, que imponen desde la perspectiva de la función asignada al juez electoral su defensa.

En esa tarea, lo lógico es que este juez esté llamado a resolver las tensiones que se generan entre los valores y principios propios del sistema democrático y los

derechos de quien, en ejercicio de las reglas que fija ese sistema, resulta como titular de cierta porción del poder estatal. Tensión que en el marco de las funciones asignadas a este juez, no puede ser resuelta bajo la lógica de la prevalencia de los derechos del elegido, en tanto ha de entenderse que, para que aquellos -los derechos del elegido- se materialicen, necesariamente primero ha de lograrse la pervivencia del sistema democrático pues, de no respetarse éste, la garantía y realización de aquellos se hace imposible.

Dentro de esta lógica, antes que la realización del derecho subjetivo a ser elegido, el juez de lo electoral está obligado, frente al ejercicio de la función electoral bien por parte del pueblo mediante el sufragio o de los diversos órganos estatales que tienen asignada dicha potestad, a hacer compatibles los principios en que se funda el Estado democrático con todo el sistema de principios y valores constitucionales, en donde su análisis no puede tener como fin último o único la prevalencia de los derechos del elegido, en los que, seguramente para lograr la pervivencia y eficacia del sistema democrático, estos pueden resultar limitados.

En ese orden de ideas, para la efectiva realización de la democracia, se requiere que, con fundamento en los parámetros constitucionales, el Estado y los individuos cumplan y observen sus presupuestos -entendidos como esos requisitos formales y materiales para el acceso a un cargo o función pública que la norma fundamental ha fijado-, razón por la que no es posible subordinar sus fundamentos a la realización exclusiva de los derechos fundamentales del elegido, pues estos solo se pueden satisfacer cuando previamente se han observado los supuestos para la realización de la democracia, entendida esta como principio y valor fundante del Estado colombiano. **Por ello es que no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio *pro homine* opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores).**

Bajo esta perspectiva, corresponde a la Sección establecer el extremo temporal inicial de la prohibición que consagran los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Examen este que debe dejar de lado ese contexto histórico en donde el análisis del juez terminó privilegiando el derecho político del candidato, sin incorporar, en

su examen, otros principios que también orientan el sistema, como, por ejemplo, la prevalencia del interés general, la igualdad, la transparencia, la misma legitimidad democrática, así como los principios *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores) que subyacen a esta.

Como se dijo en párrafos anteriores, la prohibición que ocupa la atención de la Sala, impone ser analizada desde la perspectiva del mandato democrático, de los principios constitucionales ínsitos en el concepto de la democracia: legitimidad, transparencia, igualdad, y en la misma estructura del Estado y no exclusivamente desde la óptica de los derechos de quien fue electo, enfoque este que empleó la Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 1995.

Para comenzar este examen, se puede advertir que el preámbulo y los artículos 1 y 3 de la Constitución, señalan que nuestro Estado está fundado en la soberanía popular, bajo una perspectiva democrática, participativa y pluralista.

En desarrollo de esos principios, el artículo 260 de la Carta, preceptúa que los ciudadanos eligen **en forma directa**, entre otros, a los alcaldes y gobernadores. Es decir, el fundamento de estos cargos está en el **mandato democrático** que surge entre el elegido y el elector, el cual impone un compromiso para ejercer las atribuciones de aquel, en los términos del programa de gobierno puesto a consideración del cuerpo electoral y durante el espacio temporal en que aquel se debe desarrollar.

En su acepción moderna, la democracia implica la asunción por parte de la ciudadanía del ejercicio del poder a través de sus representantes, a quienes elige a través del sufragio popular que implica un mandato para actuar en el caso de los cargos unipersonales, mediante el programa de gobierno, que le permite al elector seguir su desarrollo y cumplimiento, so pena de revocarlo antes de la terminación del respectivo período, como lo determina el artículo 259 constitucional, para alcaldes y gobernadores. La democracia, en suma, materializa los derechos políticos de los electores³⁹.

³⁹ Sobre este aspecto consultar Auto de 3 de junio de 2016, Demandados: Concejales de Cartagena, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Exp. 2016-00070: *"Por otra parte, el procedimiento electoral también responde a la obligación de respetar y garantizar los derechos que se derivan de un sistema democrático, es decir los derechos políticos. Este tipo de derechos se halla consagrado en el artículo 40³⁹ de la Constitución Política, pero a su vez es reconocido por varios tratados internacionales de derechos humanos³⁹ de los cuales Colombia es Parte. La importancia de estos derechos radica, como lo ha establecido la Corte Constitucional, en que:*

Ha de entenderse, entonces, que, a partir de la elección, surge para quien resulta electo en un cargo uninominal, un compromiso de cumplir el mandato otorgado, en dos extremos claros: (i) el programa de gobierno que presentó para ser elegido; (ii) el tiempo o plazo estipulado por la norma constitucional o legal para el efecto.

Así, la renuncia a un cargo en donde ha mediado el querer popular, por ejemplo, para acceder a otras dignidades, implica, en sí mismo, la defraudación de ese mandato y, por tanto, ha de entenderse que la misma debe tener consecuencias como aquella según la cual, la renuncia no puede enervar la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

El carácter democrático y pluralista del Estado colombiano, a partir del principio de soberanía popular, en los términos del preámbulo y el artículo 3 de la Carta, necesariamente **imponen al intérprete hacer pronunciamientos que tiendan a favorecer al cuerpo electoral antes que al elegido**, en tanto el mismo sistema democrático se funda en el respeto de esa voluntad popular, la que se ve frustrada cuando aquel, en uso del poder conferido, decide renunciar a su mandato, entre otras razones, para buscar el acceso a otras dignidades.

La imposición de prohibiciones tendientes a que se observen plenamente los períodos instituidos por el Constituyente para los cargos de elección popular, tiene, por tanto, un fin constitucional legítimo, en cuanto con ellas se busca preservar principios esenciales al sistema constitucional democrático.

Esos principios no son otros que la transparencia, la igualdad y la legitimidad democrática, en donde el mandato popular no puede ser utilizado para servir al interés personal de quien lo recibe, a efectos de lograr, mediante el favor popular, otras dignidades, seguramente de mayor jerarquía, en detrimento de la igualdad en la contienda electoral y su misma transparencia, en tanto se instrumentaliza el poder otorgado con la finalidad de lograr el acceso a otros cargos, en donde se afecta la

"Los derechos políticos son los instrumentos de los ciudadanos para participar en la construcción colectiva del Estado. Surgen en cabeza de quien es parte de una comunidad política organizada, que se determina de forma autónoma y colectiva, a partir de las decisiones de cada uno de sus miembros. Por lo tanto, su concepción, se alimenta del principio de soberanía popular. En general, los asuntos de interés que reúnen a la comunidad política, y hacia donde se proyectan los derechos políticos, tienen que ver con el ejercicio del poder público y la toma de decisiones colectivas, aspectos que exigen "reglas dentro de las cuales se desarrolla la relación gobernantes gobernados (...)" donde la definición de los derechos políticos configura los límites y garantías que tienen los ciudadanos, frente a las formas o instituciones de gobierno".

legitimidad, puesto que se rompe el compromiso adquirido con el elector, con el objeto de lograr u obtener otros tipos de representación.

Se insiste, que si bien el Estado Social de Derecho tiene su fundamento o razón de ser la garantía de los derechos fundamentales, ha de entenderse que la protección de estos derechos, específicamente los de carácter político, dependerán de la satisfacción de valores y principios igualmente esenciales en el Estado como lo es la democracia misma. Y sin lugar a dudas, cuando a ello hay lugar, se ha de privilegiar el interés general representado, en este caso, en el mandato otorgado.

Bajo esa idea, el derecho que tiene el cuerpo electoral a que el elegido cumpla el mandato que le fue conferido, no solo incluye, se repite, la observancia del programa o plan de gobierno que se presenta al electorado sino el período para el cual se confirió aquel.

Así, no es que la Sala desconozca que el elegido puede renunciar en cualquier momento al mandato que le fue otorgado como también lo es que transcurrido un año del mismo aquel le puede ser revocado, -Ley 131 de 1994, modificada por la Ley 741 de 2002-. Solo que la dimisión no le da el derecho a acceder a otro cargo de elección popular hasta tanto no transcurra el período para el cual fue electo, pues el compromiso con los electores era la permanencia y la terminación efectiva del mismo.

Es claro que ese interés personal, no se puede anteponer al cumplimiento del mandato popular que, se repite, tiene entre sus elementos, el espacio temporal en que aquel se debe desarrollar.

En ese orden de ideas, el enfoque con el que se debe analizar la prohibición de inscribirse a otro cargo de elección popular durante el período para el cual se confirió el mandato no puede hacerse de cara exclusivamente de los derechos del elegido y su efectiva protección, sino que implica tener en cuenta el mandato otorgado y las razones de éste, para entender que la voluntad popular ahí expresada, impone restricciones como la de renunciar. Si esto sucede, el mismo sistema crea el mecanismo para su protección, como lo es la restricción al electo de presentarse a una nueva contienda electoral durante el período que no cumplió y el lapso adicional al efecto establecido.

Es importante, en este punto, recordar que la estructura del Estado en el diseño que ideó el Constituyente y que se confirma con las últimas reformas a la Carta, busca ejercer controles a efectos de evitar la utilización del poder, especialmente el conferido a través del sufragio, con el propósito de precaver la perpetuación en el mismo o su uso para el logro de los intereses particulares de quien lo detenta.

Bajo este entendido, se puede concluir que el análisis de la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, no pueden tener como únicos referentes los derechos a la igualdad y el de ser elegido de quien decidió dejar un cargo de elección popular para presentarse a otro de la misma naturaleza, en tanto, este examen resulta incompleto al excluir los principios en los que también se funda el Estado, como el de la soberanía popular, consagrado en el preámbulo y artículo 3 de la Carta, principios que necesariamente imponen una interpretación del texto constitucional que compaginen los derechos del elegido y del cuerpo electoral, en tanto, se insiste, este resulta defraudado cuando el elegido decide renunciar y luego busca el acceso a otras dignidades, dejando de lado el mandato que le fue otorgado.

Si bien es cierto el elegido tiene derecho a renunciar a un cargo que ha obtenido por mandato popular, ese mismo mandato, le impone que, mientras dure el período para el cual fue electo, no puede buscar el favor del electorado para acceder a otros de mayor jerarquía en la estructura estatal.

Por tanto, afirmar que se vulnera el derecho a la igualdad de quien renunció no es acertado, en tanto el parámetro de comparación no puede ser los derechos de los otros candidatos ni el alcalde o gobernador que decide terminar el período, pues, en el primer caso, quien aspira no fue investido del mandato popular y, en el segundo caso lo está cumpliendo.

Es decir, la medida para efectuar el análisis, es precisamente, el aspecto que no pudo ser objeto de examen por el Tribunal Constitucional en su sentencia del año 1995: la incidencia que tiene la renuncia en los principios en que se estructura el Estado Democrático que tiene en los principios de la soberanía popular, la participación ciudadana, la legitimidad democrática, entre otros, mediante el mandato popular programático y con la posibilidad de revocatoria, una de sus expresiones.

Lo expuesto en precedencia, permite a la Sala señalar que el vocablo período, para efectos de determinar la prohibición que se consagra en los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, objeto de análisis, debe ser entendida desde un única perspectiva: **la institucional u objetiva** en tanto el mandato otorgado implica que el mismo se ejerza durante el espacio temporal fijado en el ordenamiento constitucional, por cuanto hoy en día es elemento normativo de la descripción típica.

Las anteriores conclusiones constituyen jurisprudencia anunciada electoral y, por tanto, precedente para la resolución de futuras controversias electorales.

III. LA DECISION

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: DECLARAR LA NULIDAD del acto acusado que contiene la elección de la señora Oneida Rayeth Pinto Pérez como Gobernadora de La Guajira para el periodo constitucional 2016-2019. Esta nulidad, por virtud del artículo 288 del CPACA, implica la cancelación de la respectiva credencial y, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, tendrá efectos *ex nunc*.

Segundo: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en los términos del artículo 270 del CPACA, en relación con: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos. **ADVERTIR** a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación constituyen precedente y tendrán aplicación hacia futuro.

Tercero: COMUNICAR esta providencia al Presidente de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Consejo Nacional Electoral para lo de su competencia.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidente

ROCIO ARAUJO OÑATE
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero