

NULIDAD ELECTORAL – Efectos ex tunc / SENTENCIA DE NULIDAD DE ELECCIÓN DE GOBERNADOR – Efectos ex tunc / PROHIBICIÓN DE REELECCIÓN DE GOBERNADORES DEL ARTICULO 303 CONSTITUCIONAL

Para que esta prohibición se configure es necesario (i) que alguien sea elegido Gobernador para determinado período institucional y (ii) que esa misma persona sea elegida para el período institucional siguiente; entonces, es claro que, cuando por causa de una sentencia judicial la primera elección dejó de existir, desaparece el primer supuesto de la prohibición, por ende, la no infracción de la norma constitucional no sobrevendrá por el simple hecho de acaecer el mencionado segundo presupuesto material.(...) Dentro esa lógica, no puede considerarse contra legem que el acto de elección del ciudadano Guido Echeverri Piedrahita haya surgido bajo el imperio de una prohibición alcanzada por una interpretación judicial sobre los efectos, ex tunc de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, que constituía un auténtico precedente para el caso en cuestión, conforme con el cual la nulidad de su elección para el período constitucional 2012-2015, aparejó el desvanecimiento de uno de los elementos configuradores de la prohibición de reelección inmediata respecto del período 2016-2019, habida cuenta que, si por una orden judicial se tuvo que nunca hubo una primera elección, entonces mal podría hablarse de “reelección”; máxime cuando tal providencia en ningún momento señaló una consecuencia distinta a la que históricamente ha expresado la Corporación en relación con los alcances del fallo. En ese orden de cosas, es claro que no están llamados a prosperar los cargos planteados en relación con la presunta infracción de las normas en las que debía fundarse –artículos 125, 197, 303 y 304 de la Constitución, así como el 31.7 de la Ley 617 de 2000– el acto de elección enjuiciado, así como el recaer en persona incurso en causal de inhabilidad. Todo lo anterior, considerando que a la luz de la jurisprudencia constitucional y contenciosa, el demandado nunca fue elegido para el mismo cargo en el período inmediatamente anterior (2012-2015); que era en últimas, la condición necesaria para la confrontación del caso con cualquiera de los mencionados artículos. Por tal motivo, esta Sala considera que es lo propio negar las pretensiones de las demandas de nulidad electoral.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 303

CIRCUNSTANCIAS DE INELEGIBILIDAD - Formas

Las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección. Dicho en términos más estrictos, estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual funcionario antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido”. Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la

analogía. Desde luego, esa máxima no escapa al proceso de nulidad electoral que nace de lo normado en el artículo 139 del CPACA, el cual tiene como principal objetivo salvaguardar la legalidad de los actos de elección frente a los taxativos eventos que señala la ley, que pueden guardar relación con el proceso de elección mismo o con las condiciones subjetivas que deben rodear al servidor designado. (...) En ese orden de ideas, queda claro que el análisis efectuado desde la órbita de la acción de nulidad electoral, por sus especiales características, se abstrae de los componentes subjetivos de la circunstancia de inelegibilidad con bases en los cuales se promovió y, en cambio, se contrae a la verificación objetiva de sus elementos de configuración, pues el control de legalidad del acto no contempla la voluntad del funcionario designado, aunque el resultado del examen pueda impactar sus intereses. Tales consideraciones resultan comunes a las diferentes formas en las que se pueden manifestar todas las circunstancias de inelegibilidad, dentro de las cuales se destacan: (i) el incumplimiento de los requisitos establecidos para ocupar un cargo, (ii) ser designado con infracción de una prohibición normativa expresa y (iii) estar incurso en causal de inhabilidad.

**CIRCUNSTANCIAS DE INELEGIBILIDAD – Falta de requisitos /
CIRCUNSTANCIAS DE INELEGIBILIDAD – Prohibiciones / FALTA DE
REQUISITOS PARA ACCEDER AL CARGO – Diferencias con las
prohibiciones**

No resulta extraño que la falta de las calidades y requisitos exigidos para acceder a determinado empleo público constituya una circunstancia de inelegibilidad, pues su omisión afectaría notablemente las previsiones con las que el Constituyente y/o el legislador propugnaron, por la materialización de los fines del Estado, inspirados en una adecuada designación de su recurso humano. Dichas máximas, según se haya consignado en la respectiva norma, pueden expresarse, por ejemplo, en términos de edad, de experiencia y/o de formación académica, entre otros. Así, el elemento definitorio de esta condición es que a partir de ellas se fija “quiénes pueden” ocupar determinado cargo, a diferencia de otro tipo de circunstancias de inelegibilidad –como prohibiciones e inhabilidades– que, más bien, distinguen “qué conducta electoral se proscribe” y “quiénes no pueden” ser elegidos. Por su parte, las prohibiciones, como motivo de inelegibilidad –recuérdese que existen prohibiciones para los servidores y los ex servidores–, son proposiciones jurídicas que impiden la realización de una determinada conducta y que encuentran su justificación en “... el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades...”. En términos prácticos, aquellas son igualmente límites del acceso a la función pública, pero que, particularmente, llevan implícito un mandato de “no hacer”. (...) En ese orden, cabría decir que, en principio, las prohibiciones tienen como destinatario al nominador –que bien puede ser una autoridad pública, una corporación, la propia ciudadanía en ejercicio del voto popular o cualquiera que señale la Constitución o la ley– y obviamente, a la persona que resulte beneficiada con la designación. De otra suerte, también hay que decir que las prohibiciones buscan impedir que se presenten determinados acontecimientos que el Constituyente o el legislador han considerado nocivos para el ordenamiento jurídico. Son ejemplos de la Constitución: el artículo 126, que proscribe la práctica de favorecimiento electoral conocida como “yo te elijo, tú me eliges”; el 233, que consagra que los magistrados de las altas cortes “no podrán ser reelegidos”; o el 303, que prohíbe la reelección inmediata de los gobernadores departamentales, tal y como ocurre en el caso bajo examen. (...) Cabe decir que una lectura, desde una óptica distinta, de la noción de calidades y requisitos como circunstancia de inelegibilidad lleva a pensar que si bien estos definen expresamente quiénes pueden ocupar una determinada dignidad, al mismo tiempo

y en un plano abstracto delimitan el universo conformado por todos aquellos que no pueden hacerlo. Por abstracto que parezca, la implicación teórica del anterior enunciado es muy sencilla: si (i) las calidades y requisitos definen quiénes “pueden” acceder a un cargo, entonces (ii) los que no reúnen las calidades y requisitos “no pueden” acceder a un cargo. Y si (iii) las inhabilidades también expresan quiénes “no pueden” acceder a un cargo, entonces, (iv) la falta de calidades y requisitos puede ser informada también como una condición inhabilitante para el ejercicio de un cargo. Lo mismo ocurre con las prohibiciones, que, desde otro enfoque, involucran, además de la circunstancia que expresamente proscribe el Constituyente o el legislador, una consecuencia que prefigura una situación inhabilitante para el implicado.

CIRCUNSTANCIAS DE INELEGIBILIDAD – Causales de inhabilidad

Entre las razones de inelegibilidad, se destacan las causales de inhabilidad, que han sido definidas por esta Sala como “... *circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan a una persona acceder a un cargo público*”. En términos prácticos, son todas aquellas condiciones que, de forma expresa, definen “quiénes no pueden” ocupar un cargo. Existe la posibilidad de que las inhabilidades acaezcan antes de la respectiva designación, pero también durante el ejercicio del cargo. Empero, comoquiera que el proceso de nulidad electoral, según se explicó, se contrae al juicio de legalidad –en sentido amplio– del acto que declaró la elección, no son de su incumbencia las que ocurran con posterioridad.

PRECEDENTE – Concepto / PRECEDENTE – Aplicabilidad

En su acepción más simple, la Corte ha definido el precedente como “aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”. De lo anterior se desprende que la idea de precedente, así planteada, apareja un carácter vinculante para los operadores jurídicos, lo que quiere decir que las sentencias que anteceden la resolución de un caso particular constituyen un importante factor a considerar. Luego, en ese marco, cobra total importancia la discriminación entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. De ellos, sólo los dos primeros tienen fuerza vinculante para los operadores jurídicos. Así, mientras el carácter vinculante de las sentencias, en lo que tiene que ver con el *decisum*, se comprende desde la óptica de la modulación de sus efectos; en lo que atañe a la *ratio decidendi*, se cristaliza en la teoría de la obligatoriedad del precedente judicial. (...) Al precedente subyace un deber de acatamiento que solo en circunstancias excepcionales puede ser desatendido. Ahora bien, en tratándose de la jurisprudencia del Consejo de Estado, considerando la estructura y dinámica de la Corporación, para efectos de su implementación, se hace necesario realizar algunas precisiones adicionales. Se debe tener en cuenta que el Consejo de Estado está compuesto por salas, entre ellas, la de Consulta y Servicio Civil, y la de lo Contencioso Administrativo. Esta última, que es la que se encuentra investida de función jurisdiccional, a su vez, la integran cinco Secciones, de las cuales, dos de ellas, están divididas en Subsecciones –la Sección Segunda en dos; y la Tercera, en tres–. Cuando la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo adopta una decisión judicial, no cabe duda que la *ratio decidendi* de esta adquiere la connotación de precedente aplicable a los casos futuros, pues, de alguna forma, señala la posición unívoca del órgano de cierre en la jurisdicción contenciosa frente a un tema. Luego, constituye pauta jurisprudencial ineludible en el ejercicio de las células judiciales que la componen,

así como también de los operadores jurídicos de los que es superior funcional. De forma análoga, lo propio debe decirse de las providencias emanadas de la Sala Plena de sus Secciones, toda vez que a través de ellas se busca la superación de divergencias de criterios que devengan de la labor hermenéutica de las Subsecciones que hacen parte de la correspondiente Sección –dinámica que no aplica a todas las Secciones, pues, por ejemplo, la Sección Quinta, pues, como es sabido, no está dividida en subsecciones–. Como es lógico, esto no resulta suficiente cuando existen criterios dispares entre Secciones, pues, para ello, el órgano unificador es la Sala Plena.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: Medio de control de nulidad electoral – Fallo de única Instancia

Asunto: Fallo electoral de única instancia.

Agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, se profiere fallo, de única instancia, dentro del medio de control electoral iniciado contra la elección del señor **GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA** como Gobernador del Departamento de Caldas para el periodo constitucional 2016-2019.

I. ANTECEDENTES

1. LAS DEMANDAS

1.1. Radicado 2016-00024-00. El señor Miguel Antonio Cuesta Monroy solicitó la anulación del acto declaratorio de elección del señor **ECHEVERRI PIEDRAHITA** como Gobernador del Departamento de Caldas, para el periodo 2016-2019, contenido en el documento E26 GOB de 3 de noviembre de 2015. Como sustento de la demanda alegó que el acto acusado estaba viciado de nulidad, por lo siguiente:

a. El demandado fue elegido Gobernador, para el período constitucional **2012-2015**, por la coalición de partidos y movimientos Alianza Gobierno de Todos y para Todos, por lo que ejerció en propiedad el cargo desde el 1º de enero de 2012 hasta el 27 de junio de 2013.

b. El Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia de 28 de junio de 2012 (exp. 20110063400 y 20110063700) anuló el acto de elección del señor **ECHEVERRI PIEDRAHITA** como Gobernador para el periodo 2012-2015, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado mediante sentencia de 6 de mayo de 2013, quedando notificada y ejecutoriada.

c. El demandado se inscribió como candidato a Gobernador del Departamento de Caldas, período 2016-2019, por el movimiento Caldas Territorio de Oportunidades.

d. El 11 de septiembre de 2015, se solicitó al Consejo Nacional Electoral (CNE) la revocatoria de la inscripción del candidato a la Gobernación, la cual fue negada mediante Resolución 2736 de 2015.

e. El 3 de noviembre de 2015, se declaró la elección del señor **ECHEVERRI PIEDRAHITA** como Gobernador de Caldas 2016-2019.

f. Acorde con lo anterior, aquel incurrió en la violación del artículo 303 de la Constitución Política respecto a la prohibición de **reelección en el periodo siguiente**.

Con base en los anteriores argumentos el accionante solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto declaratorio de elección del señor **ECHEVERRI PIEDRAHITA** como Gobernador del Departamento de Caldas, contenido en el formulario E26 GOB de 3 de noviembre de 2015.

1.2. Radicado 2016-00025-00. El señor Rafael Calixto Toncel Gaviria requirió, igualmente, la anulación del formulario E26 GOB de 3 de noviembre de 2015, mediante el cual se declaró la elección del señor **ECHEVERRI PIEDRAHITA** como Gobernador del Departamento de Caldas.

Como sustento de la demanda alegó que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, por la causal 5 del artículo 275 del CPACA, toda vez que el Gobernador elegido está inmerso en la inhabilidad consagrada por el artículo 303 Superior de conformidad con la cual: *“Los gobernadores serán elegidos popularmente para periodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente”*.

El demandante pone de presente que el actual Gobernador, recientemente elegido para el periodo 2016-2019, previamente, había sido elegido para el periodo 2012-2015, por lo que está inmerso en la prohibición especial que al efecto establece la Constitución Política.

2. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Admisión de las demandas y decreto de la medida cautelar

2.1.1. Radicado 2014-00024-00. Mediante auto del 3 de marzo de 2016, la Sección Quinta determinó: i) admitir la demanda presentada contra el acto que declaró la elección del señor **ECHEVERRI PIEDRAHITA** como Gobernador del Departamento de Caldas 2016-2019, contenido en el formulario E26 GOB de 4 de noviembre de 2015 y ii) decretar la suspensión provisional del acto acusado.

En cuanto a esto último, la Sección Quinta, con base en las pruebas documentales obrantes hasta ese momento, determinó que el ciudadano **ECHEVERRI PIEDRAHITA** fue elegido, posesionado y fungió en calidad de Gobernador de Caldas para el período 2012-2015 y resultó **elegido** para el lapso 2016-2019, para el mismo cargo, de conformidad con lo establecido en la referida norma constitucional.¹

Para la Sección, el demandado incurrió en la prohibición de reelección inmediata del artículo 303 Constitucional, cuya interpretación, en su literalidad, era clara, sencilla y evidente, y aplicable al caso, en tanto se trató de **períodos institucionales consecutivos** de 4 años.

2.1.2. Radicado 2014-00025-00. La demanda fue originalmente radicada en el Tribunal Administrativo de Caldas, autoridad judicial que la inadmitió mediante auto del 19 de diciembre de 2015, debido a que la designación de las partes se había realizado de forma errónea. En la misma providencia se concedió el término de 3 días para que la demandante procediera a su corrección. El 14 de enero del año en curso, la parte actora presentó escrito de subsanación de la demanda visible a folios 77 y siguientes del expediente.

Ahora, en el mentado memorial de corrección, el demandante advirtió que según las actuales normas de competencia aplicables al asunto, el trámite y decisión de este tipo de controversias electorales radicaban, a partir de la entrada en vigencia del CPACA, en la Sección Quinta del Consejo del Estado en única instancia, razón por la cual solicitó remitir a esta Corporación el expediente de la referencia.

Con auto del 21 de enero de este año, el Tribunal Administrativo de Caldas: i) declaró su falta de competencia y ii) ordenó a su secretaría el envío de este asunto a la Sección Quinta del Consejo de Estado. Mediante auto de 8 de febrero de 2016, la Sala Electoral consideró que la demanda se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166 *ibídem*, por ende **ordenó su admisión** y las notificaciones correspondientes.

3. TRÁMITE DE RECUSACIONES

¹ En el Acto legislativo 02 de 2002, que modificó el artículo 303 de la Constitución Política, se incluyó que los periodos de los Gobernadores eran **institucionales** y no personales.

Mediante auto de 12 de mayo de 2016,² proferido por los demás integrantes de la Sección Quinta, dentro del radicado 2016-00024-00 se declaró infundada la recusación presentada por algunos coadyuvantes contra el Consejero Yepes Barreiro al considerar que no se encuentra incurso en las causales 1º y 2º del artículo 141 del CGP, puesto que al haber fallado un proceso anterior cuyo demandado era el mismo no implica *per se* un interés directo de este y en el trámite de la recusación no se demuestra el posible interés, de igual forma, la aclaración de voto frente al auto admisorio de la demanda del mismo no se constituye en prejuzgamiento, por lo tanto, no se configuran las causales invocadas por los solicitantes.

De otro lado, la Sección Primera, mediante auto de 14 de julio de 2016,³ rechazó la recusación formulada por algunos coadyuvantes de la parte demandada, contra todos los integrantes de la Sección Quinta, por considerar que se excedieron en sus facultades, puesto que, la parte a la cual coadyuvan no formuló recusación alguna y al contrario manifestó su rechazo frente a la solicitud de recusación.

4. AUTO MEDIANTE EL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN Y SOLICITUD DE REVOCATORIA

Inconformes con la decisión de suspender provisionalmente los efectos del acto acusado dentro del radicado 2014-00024-00, i) el demandado, ii) el señor Luis Fernando Jaramillo D y iii) el apoderado de los señores Luis Emilio Sierra G, Omairo Ayala C y el Sindicato Unitario Nacional de Trabajadores Seccional Caldas, presentaron recurso de reposición, contra el auto del 3 de marzo de 2016, y solicitud de revocatoria de la medida cautelar, que fueron resueltos mediante auto de 29 de agosto de 2016.

Mediante auto de 29 de agosto de 2016, la Sección Quinta decidió no reponer el numeral 2º del auto de 3 de marzo de 2016, que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto declaratorio de elección del señor ECHEVERRI PIEDRAHITA como Gobernador, contenido en el formulario E26 GOB y negar la solicitud de revocatoria de la medida cautelar.

5. CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS

5.1. Radicado 2016-00024-00

5.1.1. El apoderado del demandado: No se configuró el supuesto contenido en el artículo 303 de la Constitución, pues para ello, de acuerdo con una interpretación gramatical y sistemática, aplicada de forma restrictiva, es necesario que converjan dos factores –material y temporal–, que en este caso no se presentan, porque en razón de los efectos *ex tunc* del fallo de 6 de mayo de 2013 –según dijo, apoyados en jurisprudencia de esta Sección–, que anuló el acto de elección de su prohijado como Gobernador de Caldas, para el período 2012-2015, se tiene que este nunca ostentó tal calidad.

² Folio 649 del cuaderno principal No. 3 Radicado 2016-00024-00

³ Folio 1196 cuaderno principal No. 6 radicado 2014-00024-00

La finalidad de la norma es evitar que el servidor público se valga de su posición para afectar la intención de voto del electorado, y es claro que ello no ocurrió, en tanto el demandado se separó del cargo apenas 1 año y 5 meses después de haberlo ocupado en 2012. Por ello, considerar que por ese solo hecho se encontraba inhabilitado para el período siguiente, sería tanto como imponerle una restricción de más de 2 años y 7 meses (lo que le faltaba para completar el período), que desborda el régimen de inhabilidades en general.

El comportamiento del demandado y de los electores en general, estuvo amparado por la confianza generada por el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 30 de abril de 2015,⁴ que además, se cimentó en décadas de jurisprudencia del Consejo de Estado.

Entender que la nulidad electoral tiene efectos *ex nunc*, viola el debido proceso, la confianza legítima y la buena fe, por cuanto ello constituye un cambio jurisprudencial en materia de inhabilidades, que solo puede lograrse mediante una sentencia de unificación y aplicarse a futuro.

Los artículos 304 de la Constitución y 31.7 de la Ley 617 de 2000, no se violaron en la medida en que, en razón del fallo de nulidad electoral de 2013, el demandado no tenía la calidad de gobernador.

5.1.2. Los terceros impugnantes. Coincidieron con varios de los argumentos ofrecidos por la defensa. Sin embargo, de sus intervenciones, en especial, de las provenientes de los ciudadanos Alejandro Franco C, Luis Fernando Jaramillo D y Paola E Solano G, se recogen los siguientes hechos y argumentos adicionales:

Las causales de inhabilidad son taxativas y potestativas del legislador. Por tanto, lo consagrado en el artículo 303 Superior no corresponde a tal categoría, ya que las del gobernador están consignadas en la Ley 617 de 2000. En todo caso, la prohibición de reelección no recaía sobre el demandado, sino sobre el señor Julián Gutiérrez B, quien lo sucedió en el cargo de Gobernador para el periodo 2013-2015.

La Sección Quinta debe respetar lo resuelto por el CNE en relación con la revocatoria de la inscripción del demandado, así como el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil en torno a los efectos *ex tunc* de la nulidad electoral, por ser ambos vinculantes.

La acusación que el demandante endilga al acto de elección contraviene el sentido de la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo 2 de 2002, que institucionalizó el período del gobernador, y que propende porque la prohibición del artículo 303 Superior opera para el cargo y no para la persona.

⁴ C. P. Germán Bula Escobar, rad. 2248.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional defiende que las inhabilidades no se pueden extender a todo un período cuando la persona designada para ocuparlo se desvinculó con anterioridad a su culminación y, según lo resuelto por el Consejo de Estado en sentencia de 7 de mayo de 2015,⁵ se debe respetar la voluntad popular, aun cuando se elige a una persona que ha sido “destituida”.

5.2. Radicado 2016-00025-00. Las contestaciones refieren los mismos argumentos esbozados frente a la demanda No. 2016-00025-00, razón por la cual se exponen los puntos en los que se advierte algún elemento diferencial, así:

5.2.1. El apoderado del demandado: Los argumentos expuestos dentro de este trámite se subsumen en los que presentó dentro del proceso radicado No. 2016-00024.

5.2.2. El apoderado del Consejo Nacional Electoral: Las resoluciones de la entidad que representa, que negaron la revocatoria de la inscripción del demandado como candidato a la gobernación de Caldas para el período 2016-2019, se basaron en que la nulidad del acto de elección no fue concebida como causal de inhabilidad y que la jurisprudencia de la Sección Quinta previene que esta se produce con efectos *ex tunc*. Por ello, pidió que se desestimara cualquier responsabilidad que se le pudiera endilgar a su prohijada.

5.2.3. Los terceros impugnantes: Los argumentos expuestos dentro de este trámite se subsumen en los que presentaron dentro del proceso radicado No. 2016-00024.

6. ACUMULACIÓN DE LOS PROCESOS Y SORTEO DE CONSEJERO PONENTE

Mediante auto de 22 de septiembre de 2016,⁶ se decretó la acumulación de procesos y se ordenó tener como expediente principal el radicado con el número 110010328000201600025-00, así mismo se convocó a la diligencia de sorteo de Consejero Ponente. La que se llevó a cabo el 30 de septiembre de la misma anualidad, quedando como Ponente la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.⁷

7. AUDIENCIA INICIAL

A través de auto de 16 de noviembre de 2016,⁸ se citó a audiencia para el día 28 de noviembre, la cual se inició en esa fecha,⁹ se continuó el 27 de enero de 2017 y finalizó el 3 de marzo siguiente.

⁵ C. P. Gustavo Gómez Aranguren, rad. 2015-01310.

⁶ Folios 592 – 596 del cuaderno principal No. 3 Radicado 2016-00025-00

⁷ Folio 621 del cuaderno principal No. 4 Radicado 2016-00025-00

⁸ Folio 669 ídem

⁹ Folios 716-724 ídem

En esta etapa se reconocieron las personerías jurídicas a los apoderados del demandado, al CNE y de la impugnante Paola Smith Solano Gualdrón.

La Consejera Ponente decidió negar la excepción previa de inepta demanda presentada por el apoderado de la parte demandada, frente a la cual, interpuesto recurso de súplica, decisión que fue confirmada por los demás integrantes de la Sala el 7 de diciembre de 2016.¹⁰

En la sesión del 27 de enero de 2017¹¹ se **fijó el litigio** en los siguientes términos:

“Determinar si, de conformidad con las causales contenidas en los artículos 137 y 275.5 del CPACA, el acto de elección de **GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA** como gobernador del departamento de Caldas para el período 2016-2019, contenido en el respectivo formulario E-26 GOB, es nulo por (i) **infracción de las normas en las que debía fundarse** –artículos 125, 197, 303 y 304 de la Constitución, así como el 31.7 de la Ley 617 de 2000– y por (ii) **recaer en persona incurso en causal de inhabilidad**. Todo lo anterior, considerando que el demandado había sido elegido para el mismo cargo en el período inmediatamente anterior (2012-2015)”.

Lo anterior, a partir de los argumentos ofrecidos por las partes e intervinientes, – los cuales fueron previamente reseñados dentro de la audiencia inicial–, que se resumen, a título enunciativo, en i) el alcance y la finalidad de las normas invocadas como causales de nulidad; ii) la existencia de un eventual precedente de la Sección sobre los efectos (*ex nunc - ex tunc*) de las sentencias que declaran la nulidad electoral; iii) la confianza legítima a partir de los fallos judiciales; iv) la naturaleza vinculante que, en criterio de algunos, tienen los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación y las decisiones del CNE; v) las consideraciones sobre el carácter institucional del período del gobernador a partir de los antecedentes legislativos de la reforma constitucional de 2002 y vi) la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia.

La Consejera Ponente, luego de denegar algunas pruebas solicitadas por las partes, decisión que fue confirmada por los demás integrantes de la Sala de decisión el 14 de febrero de 2017,¹² decretó de oficio requerir al CNE y a la Secretaría General de la Gobernación de Caldas para que aportaran los documentos que den cuenta de la elección y posesión del señor **ECHEVERRI PIEDRAHITA** como gobernador de Caldas para el período 2012-2015.

Por último se ordenó el traslado de las pruebas aportadas y allegadas, prescindir de la audiencia de pruebas y que luego pasara el expediente al despacho para fijar la fecha de la audiencia de alegaciones y juzgamiento o para dictar auto con el que se ordene a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión y el traslado al Ministerio Público.

¹⁰ Folios 728-734 *idem*.

¹¹ Folios 809-831 del cuaderno principal No. 5 Radicado 2016-00025-00

¹² Folio 963-966

Frente a esta última decisión el apoderado del demandado interpuso recurso de reposición y puso de presente la existencia de una solicitud pendiente de resolver en relación a que el asunto sea fallado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por lo cual solicitó que previo a cualquier actuación las alegaciones y juzgamiento se lleve a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

En este punto la Consejera Ponente consideró que no se entendía como un recurso sino como reiteración de la solicitud, por lo que revocó la decisión y ordenó remitirlo a la Sala Plena para que la resuelva.

8. ALEGACIONES

El 4 de abril de 2017, teniendo en cuenta que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo determinó que las solicitudes para que la misma asuma el conocimiento de los procesos en los términos del artículo 271 del CPACA solo es para dictar sentencia, la Consejera Ponente ordenó correr el traslado a las partes para sustentar los alegatos y al Ministerio Público para rendir el concepto correspondiente.¹³

8.1. De los demandantes. Miguel A Cuesta M¹⁴ reiteró sus argumentos de la demanda e indicó que en las diligencias obran las pruebas que confirman que el demandado incurrió en la prohibición del artículo 303 constitucional, en tanto ejerció el cargo de Gobernador en dos periodos institucionales consecutivos.

Señaló que el argumento según el cual el demandado no fungía como gobernador en ejercicio del cargo al momento de su segunda elección, contradice la materialidad que indica que lo fue durante 1 año, 5 meses y 26 días del periodo institucional 2012-2015, hasta cuando se declaró la nulidad de su elección, siendo que la norma prohibitiva establece un periodo institucional y cualquier ejercicio que se haga dentro del periodo, cuenta como efectivo para la consecuencia electoral que de allí se deriva.

Rafael C Toncel G¹⁵ reitera sus argumentos de la demanda y solicitó que se declare la nulidad, además indicó que la acción de nulidad electoral propende por el imperio de la moralidad y probidad y que la Sala Electoral y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado han sido enfáticas en afirmar que los periodos institucionales tienen términos fijos de inicio y terminación y lo pueden desempeñar varias personas según circunstancias de faltas absolutas, y que la interpretación de los efectos *ex tunc* de la sentencia declaratoria de nulidad no puede sobreponerse a la inhabilidad constitucional consagrada por el constituyente.

8.2. Del demandado. El apoderado del demandado solicitó negar la pretensión de nulidad del acto de elección del gobernador de Caldas y de conformidad con la fijación del litigio de 27 de enero de 2017, señaló:

¹³ Folio 1037 del Cuaderno Principal No. 6

¹⁴ Folios 1073-1075 del Cuaderno Principal No. 6

¹⁵ Folios 1083-1086 del cuaderno principal No. 7

a. El entendimiento literal de la causal: Consideró que la norma constitucional refiere a los Gobernadores, que no podrán ser reelegidos en el periodo siguiente, esto es, el que esté en ejercicio del cargo y no alguien que ya no tienen la calidad de gobernador, que dicha prohibición no se extiende a quien “*ya ha sido elegido*” pues esto implica desconocer el alcance semántico del texto superior.

b. Inexistencia de la trasgresión a la finalidad de la disposición constitucional: Consideró que el propósito de la norma constitucional es impedir que quien siendo gobernador sea reelegido en el periodo inmediatamente siguiente al cual ejerce, pues tal continuidad va en contravía con la alternancia de poder, y que en este caso, el demandado dejó de ocupar el cargo 2 años y 6 meses anteriores a la culminación del periodo, y que no existe en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades un límite temporal tan amplio.

c. Las consecuencias derivadas de la nulidad del acto electoral según la jurisprudencia de la Sección Quinta: En este punto se reiteran los argumentos de la contestación y el recurso de reposición en cuanto a que la anulación de los actos administrativos tienen efectos *ex tunc*, esto es que una vez anulados desaparecen del mundo jurídico, incluso desde el momento en que nacieron surgieron viciados, y nuevamente indicó las sentencias de la corporación que consideró desconocidas.

Señaló que en las sentencias de 30 de abril de 1997, 18 de abril de 2005 y 3 de noviembre de 2005, el escenario fáctico es muy próximo puesto que se refiere a mandatarios locales y que, si bien es cierto, dista de algunos aspectos de transición de un modelo de periodos personales a otro de periodos institucionales esto no afecta la calidad del precedente.

Que si bien no se contraen a un problema jurídico idéntico si es semejante y, de igual forma, tampoco se está de acuerdo con el argumento de que las citadas providencias fueron dictadas en vigencia del CCA y no del CPACA, puesto que la nueva norma de esta última no se refiere a los efectos de la declaratoria de nulidad del acto electoral.

d. Los efectos *ex nunc* / *ex tunc* de la sentencia de nulidad del acto electoral: Señaló que es a partir de la sentencia de unificación de 7 de junio de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00 proferida por la Sección Quinta, en la cual se indicó que, el artículo 288 del CPACA, sobre los efectos de la anulación del acto acusado, lo que se debe aplicar a futuro, por ende, se debe garantizar en este caso el principio de confianza legítima sobre el entendimiento jurisprudencial que a dichas nulidades se les dio en el pasado.

e. El cambio de jurisprudencia respecto de los efectos de la sentencia anulatoria electoral frente a la confianza legítima: Reiteró el argumento del acápite anterior sobre el pronunciamiento de unificación y su confianza en que en este caso se aplique la postura judicial de antaño.

f. Del artículo 304 Constitucional: Señaló que la mención que hace el demandante sobre la supuesta vulneración del artículo 304 constitucional, escapa a cualquier razonamiento legal, pues la prohibición de reelección para los gobernadores es inmediata, de conformidad con el artículo 303.

g. Del numeral 7 del artículo 31 de la Ley 617 de 2000: Cualquier restricción al derecho de ser elegido debe analizarse de manera restringida y la norma señalada se refiere a una incompatibilidad.

h. De la competencia de la Sección Quinta para conocer del presente asunto: En vigencia del CCA, el conocimiento de los procesos de nulidad electoral de los Gobernadores recaía en cabeza de los Tribunales Administrativos, en el CPACA no se estableció como competencia del Consejo de Estado y en el trámite legislativo pese a haberse incluido la regla en el proyecto de ley, esta no fue incorporada en el catálogo de competencias del Consejo de Estado, por ende, le resulta incompatible que esta Corporación se arroge dicha competencia en virtud de la competencia residual del numeral 14 del artículo 149 del CPACA, puesto que dada la naturaleza departamental del cargo debería tener doble instancia.

Por último, solicitó tener en cuenta el concepto rendido por la doctora Ana C Osorio C, en el cual se reiteran los argumentos reseñados por el apoderado de la parte demandada y señaló los antecedentes al Acto Legislativo 2 de 2002, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre reelección inmediata del Presidente de la República para recabar en la tesis que la prohibición de reelección recae en el gobernador en ejercicio.

En el concepto se indicó que la motivación del cambio constitucional de periodos personales a periodos institucionales se debió a la necesidad de normalizar las elecciones y que la intención del constituyente estuvo lejos de extender implicaciones sobre las condiciones de elegibilidad de los ciudadanos.

Además de considerar desafortunada la interpretación de los efectos de la nulidad de los actos electorales considera crucial advertir al Consejo de Estado que su interpretación es contraria a la finalidad constitucional de establecer periodos institucionales a los cargos de alcalde y gobernador y que se está creando una inhabilidad no prevista en la Constitución ni en la ley.

Por último, recomendó reiterar a la Sala de conocimiento la solicitud de abordar el análisis del caso del señor gobernador de Caldas con respeto de los derechos fundamentales de elegir y ser elegido.

8.3. De los impugnadores. Los coadyuvantes Víctor J Bustacara V, Francisco J Rivera G, Luis F Jaramillo D, la apoderada de Paola S Solano G y el apoderado de Luis E Sierra G, Sindicato Unitario de Nacional de trabajadores Seccional de Caldas, entre otros, presentaron dentro del término legal escrito de alegatos en los que reiteraron argumentos ya esbozados por el demandado y ellos mismos, y además señalaron que:

El artículo 303 constitucional fue modificado por el Acto Legislativo 2 de 2002 y señaló que la Ley fijaría y reglamentaría lo atinente a la calidad, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores, lo cual a la fecha no existe. La declaratoria de elección no adolece de vicio alguno porque el acto de elección no tiene vocación para definir ni pronunciarse sobre las inhabilidades, razón por la cual se debió haber negado la medida de suspensión provisional. La confianza legítima generada por el pronunciamiento del CNE en el caso concreto.

8.4. Del Consejo Nacional Electoral. El apoderado dentro del término legal presentó alegatos de conclusión en los que solicitó en aras de la confianza legítima y seguridad jurídica no se declare la nulidad de la elección por considerar que el demandado no fue reelecto, puesto que, si bien es cierto, fue electo para los periodos 2012-2015 y 2016-2019, por este solo hecho no se configura la causal porque no terminó el primer periodo al ser anulada su elección por la JCA.

8.5. Concepto del Ministerio Público. Solicitó se desestimen las pretensiones de la demanda de conformidad con la fijación del litigio al considerar que desde la perspectiva de la Corte Constitucional resulta lógico concluir que en eventos como este, cuando es por decisión judicial –declaratoria de nulidad del acto de elección– que se determina el retiro del servicio, igualmente impone considerar que el periodo del elegido sólo se comprende hasta el momento de ejecutoria de la decisión, pues se debe hacer una interpretación restrictiva al ser un régimen prohibitivo.

Así mismo, señaló que siguiendo lo indicado por la Corte Constitucional es al legislador a quien corresponde determinar cuándo comienza y cuándo finaliza la vigencia de las incompatibilidades, así mismo de las inhabilidades y que no puede el operador de la norma imponerlas con cargo a todo el periodo. Igualmente los efectos de las sentencias de nulidad electoral deben ser fijados en la misma sentencia que declare la nulidad de la elección, y en el asunto en cuestión no se señaló, por ende no resulta viable que ahora se pretenda señalarle efectos a la misma, pues el efecto no se deduce ni se ha señalado en la ley como acontece en los eventos de nulidad regulados en la norma.

9. AUTOS MEDIANTE LOS CUALES SE ASUME COMPETENCIA POR IMPORTANCIA JURÍDICA Y DECLARA FUNDADO UN IMPEDIMENTO

Mediante auto de 9 de mayo de 2017, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asumió de oficio el conocimiento del asunto al considerar que la forma en la que fue trabada la *litis* entraña un necesario análisis sobre el estado de la jurisprudencia de la Corporación y su avenencia al contexto fáctico y jurídico actual, así mismo se declaró fundado el impedimento presentado por el Consejero William Hernández Gómez.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 14° del artículo 149 del CPACA¹⁶ 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 **GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA** como gobernador del departamento de Caldas.

Si bien es cierto la competencia del Consejo de Estado frente al estudio de legalidad del acto de elección de gobernadores, es cuestionada por la parte demandada por considerar que en los antecedentes del CPACA existía la norma pero luego no fue incluido en la conciliación del articulado y en este caso debe existir doble instancia, no son de recibo para esta Corporación puesto que al no existir norma específica ni concreta que radique la competencia en los tribunales administrativos opera, sin lugar a dudas, la norma residual invocada que otorga la competencia al Consejo de Estado, situación que ha sido asumida y reiterada por la Sección Quinta de esta Corporación en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en múltiples oportunidades¹⁷.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si de conformidad con las causales contenidas en los artículos 137 y 275.5 del CPACA, el acto de elección de **GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA** como gobernador del departamento de Caldas para el período 2016-2019, contenido en el respectivo formulario E-26 GOB, es nulo por (i) **infracción de las normas en las que debía fundarse** –artículos 125, 197, 303 y 304 de la Constitución, así como el 31.7 de la Ley 617 de 2000– y por (ii) **recaer en persona incurso en causal de inhabilidad**. Todo lo anterior, considerando que el demandado había sido elegido para el mismo cargo en el período inmediatamente anterior (2012-2015).

Lo anterior, claro está, a partir de los argumentos ofrecidos por las partes e intervinientes en el curso del proceso, que se resumen, a título enunciativo, en (i) el alcance y la finalidad de las normas invocadas como causales de nulidad; (ii) la existencia de un eventual precedente de la Sección sobre los efectos (*ex nunc - ex tunc*) de las sentencias que declaran la nulidad electoral; (iii) la confianza legítima a partir de los fallos judiciales; (iv) la naturaleza vinculante que, en criterio de algunos, tienen los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo

¹⁶ 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.*”

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2015-00035-00. Gobernador de Sucre. M.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 2015-00051-00. Gobernadora de la Guajira. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 2016-00001-00 y 2016-00006-00 Gobernador Boyacá. Rad 2016-00003-00. Gobernador de Sucre. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. 2016-00004-00 y 2016-00061-00. Gobernadora del Meta. M.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 2016-00005-00 Gobernador del Cesar. M.P. Rocío Araújo Oñate. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 2016-00010-00 y 2016-00030-00. Gobernador delAtlántico. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

de Estado y las decisiones del Consejo Nacional Electoral; (v) las consideraciones sobre el carácter institucional del período del gobernador a partir de los antecedentes legislativos de la reforma constitucional de 2002 y (vi) la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia.

Dentro de ese contexto, y teniendo en cuenta que varios de los reproches enlistados contienen puntos comunes, la Sala pasa a despacharlos tal y como a continuación se sigue.

3. REFERENTES NORMATIVOS

El asunto bajo examen gravita en torno a la violación de normas constitucionales y legales a partir de la eventual reelección inmediata en la que hubiera podido incurrir el ciudadano **GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA** y, por ende, en el vicio de legalidad que, a partir de ello, se yergue sobre el acto de elección enjuiciado.

Pues bien, para desentrañar tal planteamiento, resulta imperioso recordar que el artículo 303 de la Constitución Política es del siguiente tenor:

“ARTICULO 303. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 02 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento. **Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente**”.

La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales; y la forma de llenar estas últimas y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido”.

Ello implica, con total claridad, que, en circunstancias de normalidad, un gobernador elegido para ocupar el cargo durante determinado período institucional y que cumpla con tal cometido, no puede ser elegido nuevamente para el siguiente.

Sin embargo, esta claridad se diluye ante el evento en que esa segunda elección se acompañe de la nulidad, previamente declarada, del acto de elección que le

permitió ocupar el cargo durante una parte del período inmediatamente anterior, pues ello lleva al cuestionamiento de si esa primera elección existió o no.

De la resolución de este último aspecto depende también el posible quebrantamiento de otras normas constitucionales y legales, aducidas por la parte demandante, esto es, los artículos 125¹⁸, 197¹⁹ y 304²⁰ superiores, así como el 31.7²¹ de la Ley 617 de 2000, pues todas tienen como presupuesto la existencia de dos elecciones en períodos consecutivos.

Sin embargo, este punto de derecho no puede ser desentrañado sin entender el alcance de las circunstancias de inelegibilidad en abstracto, así como el comportamiento de la jurisprudencia aplicable al asunto en concreto (precedente), tal y como se verá en los subsiguientes epígrafes del presente proveído.

4. CIRCUNSTANCIAS DE INELEGIBILIDAD: FALTA DE REQUISITOS, VIOLACIÓN DE PROHIBICIONES Y CONFIGURACIÓN DE CAUSALES DE INHABILIDAD

¹⁸ **ARTICULO 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARAGRAFO. Adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

¹⁹ **ARTICULO 197.** Modificado por el art. 9, Acto Legislativo 02 de 2015. **El nuevo texto es el siguiente:** No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cubre al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente.

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya tenido la investidura de Vicepresidente o ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Auditor General de la República, Director General de la Policía, Gobernador de departamento o Alcalde.

²⁰ **ARTICULO 304.** El Presidente de la República, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderá o destituirá a los gobernadores.

Su régimen de inhabilidades e incompatibilidades no será menos estricto que el establecido para el Presidente de la República.

²¹ **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.

Las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.

Dicho en términos más estrictos, estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual funcionario antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido”.

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.

Desde luego, esa máxima no escapa al proceso de nulidad electoral que nace de lo normado en el artículo 139 del CPACA, el cual tiene como principal objetivo salvaguardar la legalidad de los actos de elección frente a los taxativos eventos que señala la ley²², que pueden guardar relación con el proceso de elección mismo o con las condiciones subjetivas que deben rodear al servidor designado.

Ello significa que, por su naturaleza, el estudio inherente a este tipo de procesos debe reducirse a la confrontación objetiva del supuesto de hecho que se censura y la previsión normativa que lo proscribe, sin que haya lugar a subjetivarlos, ya que, se insiste, lo que se juzga es la legalidad de la elección –incluidos sus actos preparatorios o de trámite- y no el derecho del funcionario designado o sus condiciones personales para ocupar el cargo; sin perjuicio de la comprensión de los principios superiores y derechos fundamentales como parte de la estructura normativa que soporta el acto electoral –como especie del acto administrativo–, los cuales no solo incumben a la persona involucrada en el trámite eleccionario, sino también a toda la sociedad en general como garantía de un sistema democrático, equitativo, transparente y justo, por mencionar algunos de sus atributos.

En ese orden de ideas, queda claro que el análisis efectuado desde la órbita de la acción de nulidad electoral, por sus especiales características, se abstrae de los componentes subjetivos de la circunstancia de inelegibilidad con bases en los

²² Entendida en su más amplia acepción, esto es, como norma jurídica.

cuales se promovió y, en cambio, se contrae a la verificación objetiva²³ de sus elementos de configuración, pues el control de legalidad del acto no contempla la voluntad del funcionario designado²⁴, aunque el resultado del examen pueda impactar sus intereses.

Tales consideraciones resultan comunes a las diferentes formas en las que se pueden manifestar todas las circunstancias de inelegibilidad, dentro de las cuales se destacan: (i) el incumplimiento de los requisitos establecidos para ocupar un cargo, (ii) ser designado con infracción de una prohibición normativa expresa y (iii) estar incurso en causal de inhabilidad.

Aunque en muchos de sus aspectos sea posible asimilar cada una de estas hipótesis –dado que tienen la misma consecuencia en el proceso de nulidad electoral–, de todos modos sí presentan algunos matices que resultan cardinales para definir su alcance y, de contera, destrabar la litis trabada en el *sub examine*.

Antes que nada, incumbe a la Sala destacar que el artículo 40.7 consagra el derecho fundamental a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”. Y en esa misma línea, el artículo 23.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todos los ciudadanos deben gozar del derecho y la oportunidad “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”, salvo circunstancias excepcionales que la misma norma prevé –edad, instrucción, sanción, etcétera–. Así también lo definen los artículos 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dicho esto, es oportuno precisar que en desarrollo de esta máxima, la Corte Constitucional, desde sus albores, ha defendido que la imposición de requisitos o calidades para un cargo no es incompatible con tales garantías. Así, por ejemplo, en la sentencia C-487 de 1993²⁵ refirió:

“... el buen éxito de la gestión estatal y, por ende, el bien común, dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas a las que se confía la delicada responsabilidad de alcanzar las metas señaladas por la Constitución. Ello se expresa no solamente en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, lo cual asegura la legitimidad de la investidura (elección o nombramiento), sino [en] la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir aquel en quien recaiga la designación, las cuales pueden ser

²³ Tal como lo ha reiterado esta Sección en múltiples pronunciamientos, entre los cuales destacan las siguientes sentencias: (i) 6 de mayo de 2013, C. P. Alberto Yepes Barreiro, exp No. 17001-23-31-000-2011-00637-01, actora: Pilar Rosario Ruiz Castaño y otro, demandado: Gobernador del Departamento de Caldas; (ii) 26 de junio de 2013, C. P. Alberto Yepes Barreiro, exp. No. 27001-23-31-000-2012-00024-02, actora: Andrea Carolina Durán Movilla y otros, demandado: Gobernador del Chocó; y (iii) 3 de agosto de 2015, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. No. 11001-03-28-000-2014-00051-00, actor: Iván Medina Ninco, demandado: Representante a la Cámara por Huila.

²⁴ Sin perjuicio de las garantías procesales que le asisten en el respectivo trámite judicial.

²⁵ M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

señaladas directamente por la Constitución o, en sustitución de ella, por la ley...”.

Bajo la misma línea argumentativa, en dicha providencia, el Alto Tribunal también destacó que “... *todo requisito, por su misma naturaleza y finalidad, busca precisamente establecer diferencias tendientes a garantizar el adecuado desempeño de un cargo...*”.

En ese orden de ideas, no resulta extraño que la falta de las calidades y requisitos exigidos para acceder a determinado empleo público constituya una circunstancia de inelegibilidad, pues su omisión afectaría notablemente las previsiones con las que el Constituyente y/o el legislador propugnaron, por la materialización de los fines del Estado, inspirados en una adecuada designación de su recurso humano. Dichas máximas, según se haya consignado en la respectiva norma, pueden expresarse, por ejemplo, en términos de edad, de experiencia y/o de formación académica, entre otros.

Así, el elemento definitorio de esta condición es que a partir de ellas se fija “quiénes pueden” ocupar determinado cargo, a diferencia de otro tipo de circunstancias de inelegibilidad –como prohibiciones e inhabilidades– que, más bien, distinguen “qué conducta electoral se proscribe” y “quiénes no pueden” ser elegidos.

Por su parte, las prohibiciones, como motivo de inelegibilidad –recuérdese que existen prohibiciones para los servidores y los ex servidores–, son proposiciones jurídicas que impiden la realización de una determinada conducta y que encuentran su justificación en “... *el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades...*”²⁶. En términos prácticos, aquellas son igualmente límites del acceso a la función pública, pero que, particularmente, llevan implícito un mandato de “no hacer”.

En su comprensión gramatical, prohibir significa “*vedar o impedir el uso o la ejecución de algo*”²⁷. Luego, dentro del marco de las circunstancias de inelegibilidad, debe colegirse que lo que está vedado es, precisamente, elegir o designar.

Esta conclusión, por obvia que parezca, de una vez, permite identificar el destinatario de la restricción, pues sabiendo lo que es prohibido, es dable inferir para quién lo es; y en este caso, es evidente que aquella recae sobre los sujetos encargados de ejecutar la conducta proscribida.

En ese orden, cabría decir que, en principio, las prohibiciones tienen como destinatario al nominador –que bien puede ser una autoridad pública, una corporación, la propia ciudadanía en ejercicio del voto popular o cualquiera que

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-311 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁷ Diccionario de la Lengua de España, edición 23.

señale la Constitución o la ley– y obviamente, a la persona que resulte beneficiada con la designación.

De otra suerte, también hay que decir que las prohibiciones buscan impedir que se presenten determinados acontecimientos que el Constituyente o el legislador han considerado nocivos para el ordenamiento jurídico.

Son ejemplos de la Constitución: el artículo 126, que proscribe la práctica de favorecimiento electoral conocida como “yo te elijo, tú me eliges”; el 233, que consagra que los magistrados de las altas cortes “no podrán ser reelegidos”; o el 303, que prohíbe la reelección inmediata de los gobernadores departamentales, tal y como ocurre en el caso bajo examen.

Finalmente, entre las razones de inelegibilidad, se destacan las causales de inhabilidad, que han sido definidas por esta Sala como “... *circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan a una persona acceder a un cargo público*”²⁸. En términos prácticos, son todas aquellas condiciones que, de forma expresa, definen “quiénes no pueden” ocupar un cargo.

Existe la posibilidad de que las inhabilidades acaezcan antes de la respectiva designación, pero también durante el ejercicio del cargo. Empero, comoquiera que el proceso de nulidad electoral, según se explicó, se contrae al juicio de legalidad –en sentido amplio– del acto que declaró la elección, no son de su incumbencia las que ocurran con posterioridad.

Así mismo, antes de adentrarse en las cuestiones propias de las inhabilidades, es menester precisar que la cualificación de estas debe ser comprendida de manera armónica con las nociones esbozadas en precedencia, especialmente en torno a la falta de requisitos y a la violación de prohibiciones como circunstancias de inelegibilidad.

Tal prevención resulta cardinal en la medida en que lo hasta ahora explicado en torno a las 3 figuras obedece a una interpretación estrictamente gramatical e inductiva de las formas en las que se manifiestan y por medio de las cuales podría distinguirse una de otra.

Y aunque tal disertación ofrece algunas claridades desde el punto de vista fenomenológico, resulta insuficiente para describir con total amplitud la complejidad que entraña la validez del acto electoral a partir del factor subjetivo, esto es, no desde los parámetros que deben observarse en torno al procedimiento eleccionario en sí mismo –v gr. legitimidad, votación, escrutinio, mayorías, etcétera–, sino desde la verificación de aquellas condiciones que resultan predicables de la persona nombrada, elegida o llamada a ocupar un cargo público.

En ese orden de cosas, cabe decir que una lectura, desde una óptica distinta, de la noción de calidades y requisitos como circunstancia de inelegibilidad lleva a

²⁸ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 50001-23-31-000-2012-00087-02, demandado: CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO DE VICHADA.

pensar que si bien estos definen expresamente quiénes pueden ocupar una determinada dignidad, al mismo tiempo y en un plano abstracto delimitan el universo conformado por todos aquellos que no pueden hacerlo.

Por abstracto que parezca, la implicación teórica del anterior enunciado es muy sencilla: si (i) las calidades y requisitos definen quiénes “pueden” acceder a un cargo, entonces (ii) los que no reúnen las calidades y requisitos “no pueden” acceder a un cargo. Y si (iii) las inhabilidades también expresan quiénes “no pueden” acceder a un cargo, entonces, (iv) la falta de calidades y requisitos puede ser informada también como una condición inhabilitante para el ejercicio de un cargo.

Lo mismo ocurre con las prohibiciones, que, desde otro enfoque, involucran, además de la circunstancia que expresamente proscribe el Constituyente o el legislador, una consecuencia que prefigura una situación inhabilitante para el implicado.

Tal comprensión no ha sido ajena al desarrollo jurisprudencial de esta Corporación que la aplicado a otro tipo de figuras. Así, por ejemplo, en fallo de 7 de junio de 2016²⁹, en armonía con lo desarrollado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-515 de 2013 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio) y SU-625 de 2015 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), explicó que una incompatibilidad de alcalde se convertía en una inhabilidad para ejercer otros cargos de elección popular después de la culminación del mismo.

En similares términos puede relacionarse la inhabilidad con las otras dos variables, para concluir, de un lado, que (i) la ausencia de aquella sugiere una condición de elegibilidad; o del otro, que (ii) su existencia envuelve una prohibición electoral, pues de antemano, el ordenamiento ha descartado la elegibilidad de quienes se hallen incurso en causal de inhabilidad.

Toda esta correlación ideológica impacta a su vez la forma en la que se pueden analizar los supuestos de hecho que, a partir de las distintas circunstancias de inelegibilidad estructuran las causales de nulidad electoral plasmadas en el CPACA, que en su artículo 275, en lo pertinente, dice:

“Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad”.

²⁹ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, demandada: GOBERNADORA DE LA GUAJIRA.

Nótese que el citado numeral establece dos hipótesis: la primera, que “[s]e elijan candidatos que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales”; y la segunda, que “[s]e elijan candidatos o se nombren personas (...) que se hallen incursas en causales de inhabilidad”.

En ellas no encuadrarían las prohibiciones como circunstancias de inelegibilidad, aunque, claramente sí las otras dos –(i) calidades y requisitos e (ii) inhabilidades–. Ello, si se les mira desde el explicado enfoque plano que no mira las consecuencias que subyacen a tales formas. Por ende, el cargo de nulidad basado en una prohibición, así visto, tendría, necesariamente, que ser analizado como una infracción de norma superior, según el cristal de las causales contenidas en el artículo 137 *ejusdem*, al cual remite el inciso primero del artículo 275 de esa codificación.

En cambio, un examen que parta de la interpretación correlacionada, enunciada en líneas previas, admitiría que el juez de lo contencioso aborde la prohibición electoral en línea con lo normado en el artículo 275.5 del CPACA, a partir de la condición inhabilitante que de ella se desprende y viceversa.

En ese orden, es claro que las circunstancias de inelegibilidad, cualesquiera que sean, pueden ser miradas tanto a la luz del artículo 137 como del 275.5 del CPACA. Todo dependerá de la forma en la que sea trabada la discusión, pero particularmente del concepto de violación que se endilgue al respectivo acto de elección.

Sobre este punto, resta decir que aunque ese tipo de disquisiciones, a simple vista, puedan acusarse de no ser indispensables para destrabar una determinada controversia, la experiencia ha demostrado que en el discurrir de la jurisprudencia sí resultan convenientes para preservar el vigor y la salud del orden jurídico establecido.

Dentro de ese contexto, cabe decir que lo discurrido en el asunto de la referencia se circunscribe a la eventual violación de una prohibición constitucional, que es la contenida en el artículo 303 de la Constitución y en armonía con las demás normas Superiores que invocan los demandantes, así como al posible quebrantamiento de la incompatibilidad consagrada en el artículo 31.7 de la Ley 617 de 2000, que, a las voces de las citadas sentencias SU-515 de 2013 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio) y SU-625 de 2015, constituye materialmente una inhabilidad.

Y bajo esa lógica serán analizados los cargos que delinearán el problema jurídico esbozado en el capítulo anterior.

5. GENERALIDADES SOBRE EL PRECEDENTE

En su acepción más simple, la Corte ha definido el precedente³⁰ como *“aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”*³¹.

De lo anterior se desprende que la idea de precedente, así planteada, aparece un carácter vinculante para los operadores jurídicos, lo que quiere decir que las sentencias que anteceden la resolución de un caso particular constituyen un importante factor a considerar.

Luego, en ese marco, cobra total importancia la discriminación entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. De ellos, sólo los dos primero tienen fuerza vinculante para los operadores jurídicos. Así, mientras el carácter vinculante de las sentencias, en lo que tiene que ver con el *decisum*, se comprende desde la óptica de la modulación de sus efectos; en lo que atañe a la *ratio decidendi*, se cristaliza en la teoría de la obligatoriedad del precedente judicial³².

Ergo, el estudio contenido en este acápite se enfoca a esta segunda construcción doctrinal, según la cual existe una estrecha relación entre la noción de precedente a través de la cual se crea una norma de derecho y de su *ratio decidendi*.

Ello se explica en que, según el dicho de la Corte, ***“lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la ratio decidendi de esa sentencia previa, - o de varias si es del caso- , que resulta ser uno de los referentes fundamentales que debe considerar necesariamente un juez o autoridad determinada, como criterio de definición de la solución de un caso específico”***³³.

Sobre el particular, se ha dicho que ***“la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”***³⁴ (negritas propias). Se trata de un elemento que constituye el factor determinante para dar respuesta al problema jurídico que entraña la sentencia.

Este elemento resulta de crucial importancia para el ejercicio de la actividad jurisdiccional, principalmente el de las altas cortes, en la medida en que de él derivan los presupuestos que deberán tener en cuenta los jueces y magistrados en los subsiguientes fallos.

Al igual que lo referido frente al *decisum*, uno de los factores de mayor trascendencia de la *ratio decidendi* está en su fuerza vinculante, no solo en lo

³⁰ Y así lo ha aceptado esta Sección: Cfr. (i) sentencia de 5 de febrero de 2015, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. 11001-03-15-000-2014-01312-01, actor: FIDEL DE JESUS LAVERDE Y OTRA; y (ii) sentencia de 19 de febrero de 2015, C. P. Alberto Yepes Barreiro, exp. 11001-03-15-000-2013-02690-01, actor: JOSELÍN FLÓREZ PEÑA.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

³² Auto 071 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

³³ Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁴ *Ibídem*.

atinente a la providencia que los contiene, sino respecto de las que en lo sucesivo se profieran, por la misma o por otra autoridad judicial.

En esos términos, resulta simple la comprensión del concepto de *ratio decidendi*. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la extracción de este elemento en asuntos puntuales. Al respecto, la propia Corte ha reconocido:

“La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto”³⁵.

Para lograr la identificación de este factor de tanta relevancia en la providencia, se deben atender las pautas señaladas por la Corte Constitucional en la sentencia T-292 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), así:

“Puede considerarse que se ha identificado adecuadamente la *ratio* de una **sentencia de constitucionalidad**, cuando: **i)** La sola *ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como *ratio* del fallo; **ii)** la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y **iii)** la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Esta Corporación ha indicado que la *ratio decidendi* sobre un tema jurídico puede consolidarse ‘en una oportunidad posterior’, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la *ratio* de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha *ratio*; de manera tal que le permiten al juez o quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada” (negritas propias).

Ahora, si bien en dicha providencia la Corte se refirió a la *ratio* de las sentencias de constitucionalidad, es lo cierto que las mismas pautas se pueden aplicar, *mutatis mutandi*, a cualquier tipo de providencia, bajo una estructura lógica que integre un silogismo jurídico conformado por **(i)** un presupuesto fáctico que pueda plantearse de forma genérica, **(ii)** una consecuencia jurídica asociada al mismo, y **(iii)** la aplicación al caso concreto. Esa conjugación entre el presupuesto fáctico

³⁵ Sentencia C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

genérico y su consecuencia, conforman la *ratio decidendi*, esto es, el porqué de la decisión.

Entonces, cuando se alude a una razón de la decisión planteada de forma genérica, realmente, se apunta a una regla jurisprudencial que pueda ser comprendida, aun sin las especificidades del caso concreto; en este sentido, al interior de esta Corporación se ha dicho que “... *ha de entenderse por precedente judicial vinculante únicamente la ratio decidendi de una sentencia en la cual el Consejo de Estado haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, y que dicha ratio decidendi se define como el fundamento jurídico-normativo directo y razón suficiente de la decisión material adoptada en su parte resolutive, en términos específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico*”³⁶.

Dando ese significado al precedente, el Consejo de Estado ha coincidido con la Corte Constitucional en que la importancia de ese mandato imperativo que deviene de la tesis, que al respecto se ha ido estructurando por vía de jurisprudencia, se explica en lo siguiente:

“1) El principio de igualdad, que es vinculante para todas las autoridades, e incluso, para algunos particulares que exige, que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; 2) El principio de cosa juzgada, que otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas, seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto, el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; 3) La autonomía judicial, que no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; 4) Los principios de buena fe y confianza legítima, que imponen a la Administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; 5) Por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior”³⁷.

En esos términos, cuando se trata de validar la aplicabilidad de un precedente judicial a un asunto en particular, resulta necesario que el operador jurídico verifique que “... (i) *En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una **regla relacionada con el caso a resolver** posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un **problema jurídico semejante**, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los **hechos del caso** o las **normas juzgadas en la sentencia anterior** deben ser semejantes o plantear un **punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente**”³⁸.*

³⁶ Consejo de Estado, auto de 9 de marzo de 2014, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente No. 11001-03-25-000-2013-01123-00.

³⁷ Consejo de Estado, sentencia de 31 de mayo de 2012, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardilla

³⁸ Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La relevancia de dichos factores es tal que “...será razonable que ‘cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente’. Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”³⁹.

En fin, al precedente subyace un deber de acatamiento que solo en circunstancias excepcionales⁴⁰ puede ser desatendido.

Ahora bien, en tratándose de la jurisprudencia del Consejo de Estado, considerando la estructura y dinámica de la Corporación, para efectos de su implementación, se hace necesario realizar algunas precisiones adicionales.

Se debe tener en cuenta que el Consejo de Estado está compuesto por salas, entre ellas, la de Consulta y Servicio Civil, y la de lo Contencioso Administrativo. Esta última, que es la que se encuentra investida de función jurisdiccional, a su vez, la integran cinco Secciones, de las cuales, dos de ellas, están divididas en Subsecciones –la Sección Segunda en dos; y la Tercera, en tres–.

Cuando la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo adopta una decisión judicial, no cabe duda que la *ratio decidendi* de esta adquiere la connotación de precedente aplicable a los casos futuros, pues, de alguna forma, señala la posición unívoca del órgano de cierre en la jurisdicción contenciosa frente a un tema. Luego, constituye pauta jurisprudencial ineludible en el ejercicio de las células judiciales que la componen, así como también de los operadores jurídicos de los que es superior funcional.

De forma análoga, lo propio debe decirse de las providencias emanadas de la Sala Plena de sus Secciones, toda vez que a través de ellas se busca la superación de divergencias de criterios que devengan de la labor hermenéutica de las Subsecciones que hacen parte de la correspondiente Sección –dinámica que no aplica a todas las Secciones, pues, por ejemplo, la Sección Quinta, pues, como es sabido, no está dividida en subsecciones–. Como es lógico, esto no resulta suficiente cuando existen criterios dispares entre Secciones, pues, para ello, el órgano unificador es la Sala Plena.

Ahora, ello no quiere decir que la falta de sentencias de esta naturaleza constituya la inexistencia del precedente ni que las demás secciones –Primera, Cuarta y Quinta– no puedan emitir sentencias de unificación⁴¹, pues mientras los fallos

³⁹ Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁰ Señaladas por la Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴¹ Debe quedar claro que estas secciones también pueden unificar, entre otros casos, cuando hay más de una postura sobre determinado tema, o cuando hay disparidad de criterios entre tribunales administrativos, o cuando se requiere frente a algún tema que no ha sido tratado.

unificados se avienen a lo consagrado en los artículos 270 y 271 del CPACA; el precedente, por su parte, lo constituye la regla de decisión adoptada en una determinada providencia, que resulta aplicable a un caso con presupuestos fácticos y jurídicos semejantes.

6. PRECEDENTE APLICABLE AL CASO

La Sala considera necesario analizar el comportamiento de la jurisprudencia en relación con dos aspectos que resultan cardinales para resolver el problema jurídico del presente proveído: (i) la prohibición de reelección inmediata contenida en el artículo 303 de la Constitución Política y (ii) los efectos de los fallos que declaran la nulidad del acto de elección o de cualquier otro.

Para ello se realizará un estudio sobre las sentencias más significativas de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y, particularmente, de su Sección especializada en asuntos electorales; así como de algunas de la Corte Constitucional en la que también se alude a esos temas.

Sección Quinta, C. P. Miren de la Lombana de Magyaroff, sentencia de 30 de abril de 1997, radicación No. 1656, actor: Gregorio Hernández Rodríguez

<p>El 30 de octubre de 1994 fue elegido José Guillermo Gómez Mancera como alcalde de Sesquilé (Cundinamarca). El 19 de enero de 1996 el Consejo de Estado Anuló la Elección. El día 9 de junio de 1996 se realizaron nuevas elecciones y el señor Gómez Mancera volvió a ser elegido. Esta última elección se demandó con fundamento en la violación del artículo 314 de la Constitución⁴².</p>

<p>La Sección Quinta determinó que la segunda elección no estaba viciada de nulidad. Estimó que el acto de elección enjuiciado, en la sentencia en comento, no contrariaba la norma prohibitiva constitucional (314) de la reelección de alcaldes para el periodo siguiente, puesto que, la <i>“anulación de un acto administrativo implica que las cosas vuelven al estado en el cual estaban antes de proferirse el acto viciado, en este caso el declaratorio de la elección anulada”</i>.</p>

<p>De esta manera, no podía admitirse que el demandado hubiera sido designado alcalde Municipal del referido ente municipal, para el período 1995-1997, pues esta elección había sido declarada nula por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sin perjuicio de la autonomía e independencia de los actos administrativos proferidos en vigencia de aquel.</p>

⁴² En esa época era del siguiente tenor: *“En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos de tres años, no reelegible para el período siguiente”*.

Reelección inmediata	Efectos de la anulación
La elección se dio antes del A.L. 02 de 2002. El período del cargo era personal ⁴³ ; contrario a lo que hoy ocurre, que es institucional ⁴⁴ .	Se aplicó la teoría de los efectos ex tunc : El demandado no había sido alcalde, pues, por cuenta de un fallo, la primera elección no existió.

Sección Quinta, C. P. María Nohemí Hernández Pinzón, sentencia de 18 de abril de 2005, radicación No. 25000-23-24-000-2003-01040-01 (3482), actor: José Antonio Luna Pisco y Otro

El 29 de octubre de 2000, Moisés Sarmiento Jiménez fue elegido **alcalde de Guatavita** (Cundinamarca) para el período 2001-2003. El 14 de marzo de 2002 el Consejo de Estado anuló su elección; hasta el 31 de diciembre de 2003 hubo alcalde interino. El 26 de octubre de 2003 fue elegido nuevamente el señor Sarmiento Jiménez, para el período 2004-2007. Esta última elección se demandó con fundamento en la violación del artículo 314 de la Constitución⁴⁵.

La Sección Quinta concluyó que no había nulidad, luego de argumentar que la prohibición requiere que *“un mismo ciudadano haya sido elegido alcalde municipal o distrital para el período inmediatamente siguiente”*; y que *“si con la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa se ha desvirtuado la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo (...) de elección, resulta innegable que la elección así anulada ha desaparecido del mundo jurídico”*.

Reelección inmediata	Efectos de la anulación
La primera elección se dio para un período personal de 3 años , antes del A.L. 02/02; la segunda, bajo el	Se aplicó la teoría de los efectos ex tunc : El demandado no había sido alcalde, pues, por cuenta de un fallo, la

⁴³ Aunque la norma no señalaba expresamente el tipo de período, la Corte Constitucional, en las sentencias C-011 de 1994, C-586 de 1995 y C-448 de 1997 aseguró que era institucional; incluso, en los fallos SU-640 de 1998 y SU-168, calificó como “vía de hecho” los pronunciamientos del Consejo de Estado en los que sostenía que el período de alcaldes y gobernadores era institucional, entre ellos la sentencia de 25 de noviembre de 1997, dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (C. P. Mario Alario Méndez, rad. S-746). Ello, valga precisar, llevó a la Sección Quinta a rectificar su posición y, en orden a ello, en sentencia de 29 de septiembre de 2000 (C. P. Roberto Medina López), acogió el criterio jurisprudencial de la Corte.

⁴⁴ En la actualidad la norma señala: *“Los gobernadores serán elegidos popularmente para **períodos institucionales de cuatro (4) años** y no podrán ser reelegidos para el período siguiente”*

⁴⁵ En esa época era del siguiente tenor: *“En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para **períodos de tres años, no reelegible para el período siguiente**”*.

<p>marco del régimen de transición consagrado en el art. 7⁴⁶ del A.L. 02/02⁴⁷.</p> <p>Además, extrañamente entre una elección y otra hubo alcalde interino, en lugar de nuevas elecciones, sin ver que esa posibilidad estaba reservada para vacancia absoluta a falta de 18 meses de terminarse el período institucional de 4 años, no el personal de 3 años.</p>	<p>primera elección no existió.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------

<p>Sección Quinta, C. P. Reinaldo Chavarro Buritica, sentencia de 3 de noviembre de 2005, radicación No. 25000-23-24-000-2004-00796-01 (3792), actor: Víctor Jesús Arévalo Moreno</p>	
<p>La Sección Quinta NUEVAMENTE se ocupó de examinar si, con la elección del señor Sarmiento Jiménez como alcalde de Guatavita para el período 2004-2007, se desconocía el artículo 314 de la Constitución.</p>	
<p>En la referida sentencia se precisó el alcance gramatical del vocablo “reelegir”, y se establecieron las condiciones necesarias para la configuración de la relección inmediata de alcaldes, exigiendo para ello “<i>que la misma persona sea elegida en períodos consecutivos para la misma dignidad (y) ii) que efectivamente haya continuidad en el ejercicio del cargo en los períodos consecutivos</i>”.</p>	
<p>A partir de tales premisas, se negó la nulidad. Se encontró demostrado el primer requisito; aunque no el segundo, por cuanto la primera designación del demandado había sido anulada por el Consejo de Estado. En relación con este hecho, se afirmó que “<i>la anulación de los actos administrativos produce efectos ex tunc lo cual se interpreta como si el acto no hubiera existido jamás</i>”.</p>	
<p>Reelección inmediata</p>	<p>Efectos de la anulación</p>
<p>La primera elección se dio para un</p>	<p>Se aplicó la teoría de los efectos ex</p>

⁴⁶ “Artículo transitorio. Todos los Alcaldes y Gobernadores que inicien sus períodos **entre la vigencia del presente Acto Legislativo y el 31 de diciembre del año 2003**, ejercerán sus funciones por un período equivalente a la mitad del tiempo que haga falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007. Sus sucesores se elegirán para un período que terminará el mismo 31 de diciembre del año 2007. ||

Todos los Gobernadores y Alcaldes **elegidos con posterioridad al 29 de octubre del año 2000 y antes de la vigencia del presente acto legislativo**, ejercerán sus funciones por un período de tres años. Sus sucesores se elegirán para un período que termina el 31 de diciembre de año 2007. || En todo caso, el último domingo del mes de octubre del año 2007, se elegirán alcaldes y Gobernadores para todos los Municipios, Distritos y Departamentos del país, para períodos institucionales de cuatro años, que se iniciarán el 1° de enero del año 2008”

⁴⁷ Esta norma entró en vigencia el 6 de agosto de 2002.

<p>período personal de 3 años, antes del A.L. 02/02; la segunda, bajo el marco del régimen de transición consagrado en el art. 7⁴⁸ del A.L. 02/02.</p> <p>Además, extrañamente entre una elección y otra hubo alcalde interino, en lugar de nuevas elecciones, sin ver que esa posibilidad estaba reservada para vacancia absoluta a falta de 18 meses de terminarse el período institucional de 4 años, no el personal de 3 años.</p>	<p>tunc: El demandado no había sido alcalde, pues, por cuenta de un fallo, la primera elección no existió.</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sección Quinta, C. P. Filemón Jiménez Ochoa, sentencia de 29 de mayo de 2009, radicación No. 11001-03-28-000-2007-00036-00, actor: Jorge Andrés Barrera Chaparro y Beatriz Eugenia González

Mediante esta providencia, la Sección Quinta determinó que la elección del señor Antonio Emiliano Rivera Bravo, como **Secretario de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes**, para el período 2006-2010, estaba viciada de nulidad.

Para arribar a dicha conclusión, la Sala estableció que el procedimiento eleccionario se había adelantado irregularmente, pues lejos de haberse iniciado nuevamente desde el momento de la inscripción de candidatos, el procedimiento fue retomado desde el momento en que se presentó el vicio que causó la declaratoria de nulidad de la elección anterior, declarada por el Consejo de Estado en sentencia de 23 de marzo de 2007.

La referida célula legislativa optó por reiniciar el proceso de elección anulado a partir del momento en que acaeció la irregularidad que dio origen al fallo de nulidad de 2007. Y ello provocó que el Consejo de Estado declarara la nulidad del nuevo trámite eleccionario, con sustento en que *“el reconocimiento de que desde su expedición estaba viciado. Razón por la cual, la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, es decir, que desaparece el velo de su aparente legalidad, desde el momento mismo de su emisión, lo que hace que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su expedición, no teniendo vocación de generar ningún efecto jurídico”*.

Reelección inmediata	Efectos de la anulación
El tema analizado no gira en torno a la	Se aplicó la teoría de los efectos ex

violación de la prohibición de reelección, sino entorno al vicio de expedición irregular del acto electoral atacado que, valga destacar, fue emitido por una corporación pública.	tunc: La anulación del acto conlleva su desaparición del mundo jurídica. No es posible enderezar el trámite de un acto inexistente; toca empezar de nuevo.
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sección Quinta, C. P. María Nohemí Hernández Pinzón sentencia de 11 de junio de 2009, radicación No. 68001-23-15-000-2007-00677-02, actor: Joaquín Alberto Neira Rondón

Se demandó la elección del señor José Luis Gómez Patiño, como **Diputado de la Asamblea Departamental de Santander** para el período 2008-2011, con base en las inhabilidades de los artículos 38.7, 39 y 33 de la Ley 617 de 2000 (parentesco con persona que ejerció autoridad)

El demandante alegó que la hermana del funcionario electo desempeñó el cargo de Personera Municipal de Barichara, ejerciendo autoridad administrativa y civil, *“hasta el 12 de abril de 2007, cuando debió dejarlo”* en razón de la declaratoria de nulidad del acto que la designó como tal.

El Consejo de Estado consideró que debía prosperar el cargo alegado porque si bien *“...la atribución de los efectos ex tunc o retroactivos a la nulidad, es claramente una consecuencia lógica de la ubicación de su causa...”*, la hermana del demandado había proferido actos administrativos en ejercicio de autoridad civil y administrativa, los cuales se reputaban independientes y autónomos frente al acto electoral. De esta manera, la desaparición del mundo jurídico del acto de elección, no acarrea la de los administrativos posteriores.

Reelección inmediata	Efectos de la anulación
No se habló de la prohibición de reelección, sino de una inhabilidad por parentesco acompañado de ejercicio de autoridad.	Se aplicó la teoría de los efectos ex tunc: La hermana del demandado nunca fue personera; no obstante, sí ejerció autoridad.

Sección Quinta, C.P. Mauricio Torres Cuervo, sentencia de 8 de abril de 2010, radicación No. 11001-03-28-000-2009-00003-00, actor: Wilson Alfonso Daza Cárdenas

La Sala Electoral analizó si se había desconocido la parte resolutive del fallo de 22 de mayo de 2008, mediante el cual el Consejo de Estado declaró la nulidad del acto de elección de la Directora de Corpoguajira, para el período 2007-2009.

A juicio del demandante, Corpoguajira debía reanudar el trámite eleccionario desde la actuación procedimental que dio lugar a la nulidad electoral.

La Sección Quinta negó las pretensiones de la nueva demanda, por cuanto, de la parte resolutive del fallo de 22 de mayo de 2008, no se desprendía que “los efectos de la nulidad decretada se limitaran al acto administrativo de elección, individualmente considerado y no afectarían por tanto su actuación administrativa preparatoria, como erradamente lo entiende el demandante”, pues la anulación de los actos administrativos produce efectos *ex tunc*.

Reelección inmediata	Efectos de la anulación
No se examinó ninguna prohibición de reelección, sino un vicio de expedición irregular de un acto electoral expedido por una Corporación Autónoma.	Se aplicó la teoría de los efectos ex tunc : el primer fallo del Consejo de Estado conllevó la inexistencia del acto anulado

Sección Quinta, C. P. Mauricio Torres Cuervo, sentencia de 3 de marzo de 2011, radicación No. 76001-23-31-000-2009-00483-02, actor: José Guillermo Gómez Hoyos

En dicho caso, se denegó la solicitud de nulidad del acto de elección del señor Erik Daniel Mina Tobar como **Personero del municipio de Candelaria**.

El accionante manifestó que el demandado había sido designado Personero Municipal de Candelaria el día 8 de enero de 2008. No obstante, la elección fue declarada nula, mediante sentencia del 5 de febrero de 2009, proferida por esta Sala Electoral. Así mismo, sostuvo que el demandado fue nuevamente elegido para ocupar dicha dignidad el día 18 de marzo de 2009, con violación del artículo 95⁴⁹ (por remisión del 174.a⁵⁰) de la Ley 136/94.

La Sala señaló que el cargo no tenía vocación de prosperidad, puesto que los efectos de la declaratoria de nulidad de la elección primigenia como Personero de La Candelaria eran *ex tunc*, lo que implicaba que el acto administrativo jamás existió en el mundo jurídico.

Reelección inmediata	Efectos de la anulación
Aunque las particularidades del caso pueden llevar al plano de una prohibición de reelección inmediata, es lo cierto que se trató de una inhabilidad, con un período de carencia	Se aplicó la teoría de los efectos ex tunc : El fallo de nulidad electoral condujo a la inexistencia de la primera elección. Ergo, la Sección concluyó

⁴⁹ "Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital: (...) 5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección."

⁵⁰ ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien: a) Esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, en lo que le sea aplicable;"

(12 meses) que recaía sobre la inscripción de candidaturas, elecciones y designaciones, extendida a varios empleos públicos (personeros, alcaldes, contralores), que no consulta el carácter institucional del período de alcalde.	que en ese entonces no fue personero.
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------

Sección Quinta, C. P. Alberto Yepes Barreiro, sentencia de 20 de marzo de 2014, radicación No. 11001-03-28-000-2012-00006-00, actor: José Guillermo Gómez Hoyos

Mediante sentencia del 20 de marzo de 2014, proferida dentro del radicado No. 11001-03-28-000-2012-00006-00, la Sección Quinta del Consejo de Estado denegó las pretensiones de la demanda formulada en contra del acto de elección de algunos miembros del Consejo Nacional Electoral, para terminar el período institucional 2010-2014, elección efectuada el 15 de diciembre de 2011.

El accionante hizo referencia a la prohibición contenida en el artículo 264 constitucional, que señala que los miembros del Consejo Nacional Electoral *“podrán ser reelegidos por una sola vez”*. A su juicio, la elección de 15 de diciembre de 2011 materializaba una segunda reelección de los demandados, luego de haber sido elegidos el 30 de agosto de 2006 y el 30 de agosto de 2010 para ocupar esta misma dignidad.

La Sección Quinta indicó que esta última elección había sido declarada nula, mediante sentencia del 6 de octubre de 2011, en la cual se modularon los efectos de la parte resolutive del fallo, con el fin de impedir que la organización electoral quedara acéfala para los comicios electorales que se iban a desarrollar en los subsiguientes días. Así, los magistrados del Consejo Nacional Electoral seguirían *“fungiendo como tales, para todos los efectos legales”*, hasta el 15 de diciembre de 2011, fecha en la que el Congreso de la República debía realizar la correspondiente designación, de acuerdo con lo ordenado, en su momento, por la Sala.

De esta manera, una vez que la Sección Quinta precisó el carácter institucional del período de 4 años de los miembros del Consejo Nacional Electoral, manifestó que la norma prohibitiva constitucional *“debe entenderse referida a que no se desempeñe el cargo por más de dos periodos institucionales”*, esto es, por más de 8 años.

Concluido ello, afirmó que con la elección de 15 de diciembre de 2011, los demandados no habían desempeñado el cargo por más de dos períodos

institucionales, a saber, por más de 8 años.	
Reelección inmediata	Efectos de la anulación
<p>La Sección se refirió a la elección de magistrados del Consejo Nacional Electoral, los cuales fueron designados por el Congreso de la República, lo cual descarta que, entonces, se haya examinado un trámite eleccionario para un cargo de elección popular. Esa sola diferencia impide que pueda ser considerado como un precedente aplicable al caso.</p> <p>Así mismo, deviene oportuno indicar que la prohibición de reelección en el caso de los miembros del Consejo Nacional Electoral, en dicho fallo, fue analizada partiendo de que <i>“la finalidad del artículo 264 Superior, al establecer el periodo como institucional y no personal, es que este coincida con el de su elector, esto es, con el del Congreso de la República, finalidad que se justifica si se toma en cuenta que los partidos políticos se encuentran representados dentro del CNE, justamente, por el origen netamente político de este último”</i>.</p> <p>Luego, el argumento de la coincidencia de periodos entre el nominador (Congreso de la República) y los servidores elegidos (Magistrados del CNE), descarta cualquier similitud con el presente asunto, toda vez que en este no puede hablarse de un periodo del nominador, pues quien elige es el pueblo.</p>	<p>No se utilizó la teoría de los efectos ex tunc, <i>pero tampoco la de los ex nunc</i>. Dicho fallo no se pronunció sobre los efectos de la nulidad en el tiempo.</p>

De acuerdo con el anterior análisis, para esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es claro, de un lado, que (i) no existe identidad de supuestos fácticos o jurídicos entre los casos resueltos en aquellas providencias y el asunto de la referencia, en cuanto concierne a los elementos propiamente dichos de la prohibición contenida en el artículo 303 superior; y del otro, que, (ii) a pesar de

ello, sí existe una línea sólida y pacífica en torno a los efectos *ex tunc* que emergen de las sentencias que declaran la nulidad de un acto de elección.

Lo primero, porque los casos abordados por la jurisprudencia difieren del presente en el **marco jurídico** aplicado –especialmente en cuanto a las disposiciones sobre el tipo de período, vigentes al momento en que se profirieron los correspondientes actos de elección acusados–, en la **finalidad**⁵¹ de las causales de inelegibilidad otrora precisadas –garantizar la igualdad, la moralidad, la idoneidad, la legitimidad, etcétera– o en el tipo y forma de **nominación** –voto popular o no–; todo lo cual resulta determinante al momento de definir el alcance de las normas que se reputan infringidas en el asunto de la referencia.

Lo segundo, en la medida en que en todas las providencias reseñadas existe un común denominador, y es el siguiente: en aquellos casos en los que, para demostrar en nulidad electoral la estructuración de determinada circunstancia de inelegibilidad, algún demandante ha querido atribuir valor material a un acto de elección que posteriormente fue anulado, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha entendido como inexistente ese supuesto, bajo la lógica de que en virtud de una providencia judicial anterior se resolvió que aquel no nació a la vida jurídica.

Esta lógica no es ajena al entendimiento de esta Sala Plena ni al de sus secciones especializadas en asuntos no electorales. Como prueba de ello, basta enunciar las siguientes sentencias:

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
<ul style="list-style-type: none">• Sentencia de 15 de marzo de 1981. C.P. Alfonso Henao Arango. Expediente 629 (anales 1º semestre de 1981).
En esta oportunidad la Sala Plena del Consejo de Estado, además de afirmar

⁵¹ “Teniendo en cuenta que las inhabilidades pueden tener diverso origen y perseguir distintos objetivos, pueden identificarse dos tipologías: i) según su procedencia jurídica y ii) la finalidad que persiguen. Dentro del primer grupo se encuentran las inhabilidades relacionadas con la comisión de conductas reprochables que impiden al sancionado ejercer determinada actividad. En el segundo se ubican las prohibiciones de tipo legal que surgen de hechos objetivamente verificables que impiden a determinadas personas ejercer actividades específicas por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades. Sobre las diferencias entre estos dos grupos la jurisprudencia ha precisado: (i) “En uno de los grupos están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se desenvuelve en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política... el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de asegurar la moralidad y eficiencia de la función pública. También puede el Estado imponer sanciones en ejercicio del poder de policía o de la intervención y control de las profesiones, con el fin de prevenir riesgos sociales’.(...) (ii) El segundo grupo contiene las inhabilidades relacionadas con la protección de principios, derechos y valores constitucionales, sin establecer vínculos con la comisión de faltas ni con la imposición de sanciones. Su finalidad es la protección de preceptos como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos” (Corte Constitucional, sentencia C-612 de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos.

que los efectos de la sentencia anulatoria dentro de una acción y proceso electoral son erga omnes, también señaló que el acto que se acusó y anuló, desde el mismo momento en que surgió a la vida jurídica, no puede servir de sustento a pretensión alguna.

- **C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Radicado No. 11001-03-15-000-2010-00411-00(ca). Actor: Gobierno Nacional. Demandado: Presidencia de la Republica.**

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al realizar el control de legalidad en virtud del artículo 20 de la Ley 137 de 1994, del Decreto 1038 de 30 de marzo de 2010 afirmó, como si de una obviedad se tratara, que “los pronunciamientos de legalidad sobre actos administrativos tienen efectos ex tunc”.

En lo que atañe a las diferentes Secciones que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la posición jurisprudencial frente al carácter retroactivo de los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos ha sido una constante, que confirma la tesis sostenida por el Pleno de la corporación en el año de 1915⁵², formulada en los siguientes términos:

“(...) la nulidad (...) produce el resultado de que las relaciones jurídicas de las partes, vuelvan al estado que tenían antes del acto o contrato nulo. (...) Por tanto, declara la nulidad de una ordenanza por la autoridad de lo contencioso administrativo (...) necesariamente deben reestablecerse las cosas, en lo que sea físicamente posible, al estado que tenían antes de la vigencia de la ordenanza, esto es, se consideran inválidos los efectos producidos por ella.”

Bajo esa línea se destacan las siguientes providencias:

Sección Primera del Consejo de Estado

Desde el año de 1973 y bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941, por medio de la cual se estableció un nuevo estatuto general sobre la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativo, reconoció los efectos retroactivos de la nulidad de los actos administrativos, en el contexto de una acción de plena jurisdicción adelantada por una sociedad comercializadora de aceites de cocina en contra de la Superintendencia Nacional de Precios.

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de junio de 1915. Sin número de radicación. Demandante: Compañía del puente de Portillo y otro. En: Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Universidad Externado de Colombia. Pág. 429.

En aquella época, la referida Sala de Decisión de esta corporación conoció, en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la cual se declaró la nulidad de los actos administrativos expedidos por la susodicha Superintendencia, que imponían una multa a la sociedad demandante por indebida especulación.

Bajo este contexto, afirmó que, toda vez que la anulación de este tipo de actos producía efectos *ex tunc*, es decir, desde la fecha de su expedición, la compañía accionante tenía derecho a reclamar el reintegro de los intereses *“desde cuando pagó la multa hasta que se haga efectivo su reintegro.”*⁵³

No obstante, en el año de 1989, esta posición fue matizada por parte de la Sección Primera, a la luz del reciente Código Contencioso Administrativo – Decreto Ley 01 de 1984 – en el entendido de que la nulidad de los actos administrativos de carácter general producía efectos *ex nunc*, esto es, hacia el futuro, a partir de una cierta semejanza entre éstos y las leyes desde un criterio material.

En palabras de esta Sala de Decisión *“(…) las sentencias de nulidad de actos administrativos de carácter general (…) no tienen efectos retroactivos (…) esas sentencias tienen efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro, porque si bien los actos administrativos de carácter general, con fundamento en el criterio orgánico y en sentido formal no son leyes, si (sic) lo son con fundamento en el criterio material, porque, al igual que la ley, también mandan, prohíben o permiten.”*⁵⁴

Pero, a pesar de lo anterior, la referencia a los efectos *ex nunc* de los fallos de declaratoria de nulidad de los actos administrativos, proferidos por esta Sección, puede catalogarse de esporádica, habida cuenta de que la postura general ha sido la de que la anulación de este tipo de actos retrotrae las cosas al estado anterior a la expedición del mismo.

En este orden y en vigencia de la Carta Política de 1991, la Sección Primera del Consejo de Estado pudo sostener que las consecuencias jurídicas que conlleva la nulidad de los actos administrativos desde su expedición, permitía decretar la anulación del Decreto 1749 de 28 de diciembre de 1992, por el cual el alcalde del municipio de Cali estableció la capacidad transportadora de vehículos tipo automóvil o taxi en esta ciudad, a pesar de que la sentencia anulatoria de una de las disposiciones reglamentarias que otorgaban dicha competencia al burgomaestre, había quedado en firme con posterioridad a la expedición del

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 21 de agosto de 1973. Rad. N°. 2011. C.P. Humberto Mora Osejo.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 9 de marzo de 1989. Rad. N°. 112.

acto acusado.

Así las cosas, señaló que *“contrariamente a lo afirmado por la apelante, la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, esto es, desde la génesis o formación del acto, lo cual hace que desaparezcan los fundamentos de derecho que le sirvieron de sustento de la vida jurídica al acto que se acusa, tornándolo en ilegal.”*⁵⁵

Es este mismo fundamento, el que ha permitido a la mencionada Sección aceptar la posibilidad de efectuar el juicio de legalidad respecto de actos sobre los cuales ha operado el fenómeno del decaimiento, ante la desaparición de los fundamentos fácticos y jurídicos que explicaban su existencia.

Por consiguiente, ha admitido el control jurisdiccional de circulares con carácter de actos transitorios, que han perdido fuerza ejecutoria, como consecuencia de la expedición de la reglamentación definitiva en la materia, pues, contrario a lo que sucede con la acción de nulidad, que ataca los elementos del acto administrativo al momento del nacimiento, *“...la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica.”*⁵⁶

Igualmente, el carácter retroactivo de los efectos de la declaratoria de nulidad sirvió a la Sección Primera, en el año 2009, para distanciar las figuras de la inexecutable de la ley y la nulidad de los actos administrativos, pues mientras la primera dispone, en principio, de efectos que se proyectan hacia el futuro, salvo modulación operada por la Corte Constitucional, la segunda tiene efectos *ex tunc*, comoquiera que *“retrotrae la situación jurídica a la anterior (sic) a la expedición del acto anulado.”*⁵⁷

Finalmente, los efectos *ex tunc* de las sentencias de nulidad no sólo han conllevado a que la jurisprudencia de la Sección Primera señale que las situaciones se retrotraen al estado anterior a la expedición del acto, por lo cual se predica su inexistencia, sino que al tiempo ha facultado al operador jurídico para hacer las declaraciones necesarias en aras de salvaguardar el interés

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 21 de abril de 1995. Rad. N°. 2639. C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 16 de febrero de 2001. Rad. N°. 11001-03-24-000-1995-03531-01(3531). C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 21 de mayo de 2009. Rad. N°. 25000-23-27-000-2003-00119-01. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

general, como puede ser la cancelación de cualquier afectación sobre un bien de uso público indebidamente enajenado por una entidad territorial⁵⁸.

Sección Segunda del Consejo de Estado

En sentencia de 28 de febrero de 1992, Consejero Ponente Arturo Orjuela Góngora, se ratificó la mencionada regla según la cual la nulidad de los actos administrativos implicaba la producción de efectos hacia el pasado, por lo cual el acto nulo, se tenía como inexistente.

En esta ocasión, el apoderado de la parte actora impugnó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de todo lo actuado hasta el momento e inadmitió la demanda instaurada en contra de la Empresa de Teléfonos de Bogotá por falta de jurisdicción, con fundamento en el cambio de naturaleza jurídica de ésta, ordenado por los Acuerdos 21 de 1987 y 1º de 1992 del Concejo de la ciudad.

A juicio del recurrente, la anulación del primero de estos acuerdos, que le daba a la mencionada entidad el carácter de empresa industrial del Estado, *“no podía servir de fundamento para proferir el proveído gravado”*.

La Sala especializada en asuntos laborales administrativos del Consejo de Estado decidió revocar la providencia objeto del recurso de alzada y, en su lugar, admitió la demanda presentada, toda vez que, la invalidación del acuerdo que modificaba la naturaleza jurídica de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, implicaba su nulidad desde el mismo momento en que había sido expedido, esto es, con anterioridad a la fecha de desvinculación del actor, por lo que la relación de éste con la autoridad empleadora se regía por el derecho público y, por contera, la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la competente para resolver este litigio.

Con ponencia del mismo Consejero y partiendo del carácter retroactivo de las consecuencias de la nulidad de los actos de naturaleza administrativa, la Sección Segunda determinó, en febrero de 1998, que la resolución, por medio de la cual una funcionaria fue retirada del servicio, bajo el argumento de no haber superado el puntaje mínimo previsto en la convocatoria para proveer el cargo que ostentaba en la época, era nula, pues el acuerdo que dispuso convocar a concurso había sido anulado con posterioridad – 2 años luego⁵⁹.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 18 de septiembre de 2014. Rad. N°. 52001-23-31-000-2005-01421-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 19 de febrero de 1998. Rad. N°. 17070. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

En este sentido, la Sección especializada en asuntos laborales de esta corporación, manifestó que, comoquiera que la declaratoria de nulidad de los actos administrativos *“tiene por excelencia efectos ex tunc”*, ello llevaba a la anulación de los actos administrativos proferidos bajo su égida, salvaguardando, claro está, los derechos adquiridos en forma particular y concreta por parte de las personas.

Por otra parte, el hecho de que los efectos de la nulidad de un acto administrativo consistan *“en dejar la situación jurídica como se encontraba en el momento anterior a la expedición del mismo”*⁶⁰, ha permitido a esta Sección advertir que la anulación del acto, por medio del cual se declara la insubsistencia de un funcionario, comporta la vigencia del acto de nombramiento de éste.

Dicha postura fue, igualmente, ratificada en decisión de 11 de diciembre de 2003⁶¹, en la que la Sección Segunda del Consejo de Estado tuvo que precisar los efectos de la declaratoria de nulidad del Decreto 2668 de 31 de diciembre de 1998, a través del cual el Gobierno Nacional derogó los Decretos 610 y 1239 de 1998, por los cuales se creó un derecho económico laboral respecto de determinados funcionarios de la Rama Judicial.

Ello, por cuanto, en sentir del Ministerio Público, la referida declaratoria de nulidad no incidía en el reconocimiento de derecho alguno en favor de la demandante, pues la disposición reglamentaria anulada había derogado los decretos que sustentaron la creación de la prestación económica, con anterioridad a su entrada en vigencia, con lo cual ningún derecho se había creado en beneficio de los empleados de la Rama Judicial.

La Sección Segunda de esta corporación recordó, en aquella época, que los efectos de la nulidad administrativa se proyectaban hacia el pasado, lo que dejaba *“la situación jurídica en el estado en que se encontraba antes de la expedición del acto declarado nulo”*, lo cual se traducía en el pago de los derechos establecidos en las disposiciones reglamentarias derogadas por el acto administrativo anulado.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia de 10 de febrero de 2000. Rad. N°. 14364. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Rad. N°. 25000-23-25-000-1999-3971-01(2024-01). C.P. Evelio Suárez Suárez.

De esta misma manera y dando aplicación al régimen de transición erigido por la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la referida Sala de Decisión en asuntos laborales del Consejo de Estado, ha explicado la diferencia entre la revocatoria directa, consagrada en el artículo 73 del CCA y la declaratoria de nulidad operada por el juez de lo contencioso administrativo.

En efecto, mientras la primera de estas instituciones sólo produce efectos hacia el futuro, *ex nunc*, habida cuenta de que el acto administrativo a través del cual se materializa la revocatoria crea nuevas situaciones jurídicas, la declaratoria de nulidad dispone de efectos *ex tunc*, esto es, desde siempre⁶².

Ahora bien, la tesis de los efectos “desde siempre” de la nulidad de los actos administrativos ha sido convalidada bajo la égida del CPACA, entre otros, en el fallo de 23 de junio de 2016.

En aquella oportunidad, la Sección Segunda del Consejo de Estado ratificó posición consistente en que la declaratoria de nulidad de un acto dispone de un carácter retroactivo; por consiguiente, la anulación del acto, por medio del cual se revoca un acto administrativo anterior, acarrea como principal consecuencia la vigencia de este último.

A pesar de ello, la Sección Segunda confirmó la sentencia denegatoria del Tribunal Administrativo del Huila, pues la nulidad decretada respecto del acto revocatorio, sólo implicaba “*declarar la vigencia del acto anterior, más no su legalidad o ilegalidad y mucho menos su cumplimiento*”, ya que para ello existían los medios de control pertinentes.

Sección Tercera del Consejo de Estado

Ha, igualmente, abrigado la postura a partir de la cual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos y contratos que celebran las entidades públicas se extienden al origen o nacimiento de estos actos jurídicos, por lo que el juicio de legalidad que se desplegaba sobre éstos debía tener en cuenta los preceptos normativos vigentes al tiempo de su expedición, en una dinámica que se denominó “*legalidad ex tunc*”⁶³.

Ya bajo la vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 – Código Contencioso

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 29 de enero de 2015. Rad. N°. 25000-23-25-000-2011-01324-01(3077-13) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alfonso Castilla Saiz, sentencia del 16 de agosto de 1973, radicación No. 1973-N1302, actor: Eduardo Martínez Méndez.

Administrativo – la referida Sección estimó que, comoquiera que los efectos de la anulación de un acto administrativo se proyectaban hacia el pasado, como si el acto no hubiese existido, no era procedente considerar la nulidad de un acto por la violación de otro que había desaparecido del ordenamiento jurídico bajo estas circunstancias⁶⁴.

En este mismo orden, precisó, en sentencia de 27 de septiembre de 2006⁶⁵, que la jurisdicción contencioso administrativa puede revisar la legalidad de un acto administrativo cuando su fundamento normativo ha sido objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad, pues los efectos del decaimiento normativo operan hacia el futuro, a menos que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley que fundamenta un acto administrativo, haya modulado en el tiempo los efectos del fallo.

Por consiguiente, en este mismo fallo admitió que la única manera de que un acto se invalide desde el momento de su expedición, es mediante una sentencia que así lo declare, dentro de una acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho; sentencia que por su naturaleza declarativa de una situación invalidante ab initio del acto que revisa, sí tiene efectos *ex tunc* o hacia el pasado.

Ahora bien, el carácter retroactivo de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos ha sido entendido por la Sección Tercera del Consejo de Estado como el propósito principal de las sentencias de nulidad⁶⁶, puesto que su objetivo es eliminar del ámbito jurídico el acto o contrato que ha surgido en contravención del ordenamiento normativo al que se hallaba sujeto, con el fin de privarlo de la totalidad de sus efectos y aun cuando ya éstos se hubieren producido.

Dicho en otros términos, la declaratoria de nulidad afecta la validez del acto o contrato desde el mismo momento de su celebración, lo cual implica que tiene efectos *ex tunc*.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, sentencia del 10 de marzo de 2005, radicación No. 1992-07961-01(7961), actor: German Cavelier Gaviria.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 27 de septiembre de 2006. Radicación No. 2000-08402-01(18402), actor: Ricardo Cifuentes Salamanca

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia del 20 de febrero de 20014, radicación No. 2001-01678-01(27507), actor: Javier Ignacio Pulido Solano.

Lo anterior, fue asimismo ratificado en el fallo de 29 de mayo de 2014⁶⁷, en el que la Sección Tercera reiteró que la sentencia de nulidad producía efectos *ex tunc*, es decir, que se deben reconocer los efectos de la nulidad decretada judicialmente desde el momento en que se expidió el acto anulado.

Sección Cuarta del Consejo de Estado

En tratándose de las decisiones de la **Sección Cuarta** de esta Corporación, que morigera, en principio, la posición jurisprudencial comentada, lo cierto es que dicha idea se relativiza si se tienen en cuenta las reglas de origen pretoriano establecida por esta Sala de Decisión en asuntos tributarios.

Lo anterior, por cuanto la Sección Cuarta admite el carácter retroactivo de los efectos producidos por las sentencias de nulidad, luego de que el acto anulado dispone de un carácter particular. Así lo sostuvo en sentencia de 3 de marzo de 2011, en el que adujo que “[e]l fallo de nulidad de un acto de carácter particular produce efectos *ex tunc*”⁶⁸, con lo cual el mismo se tiene por inexistente.

Ahora bien, en cuanto a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de carácter general, sus efectos deben determinarse, siguiendo para ello la doctrina jurisprudencial erigida por esta Sala de Sección, a partir de la naturaleza consolidada o no de la situación que afecta dicha anulación.

Por lo anterior y frente a las situaciones consolidadas, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de carácter general no tiene incidencia alguna, con lo cual se acepta que sus efectos respecto de ellas son *ex nunc*; contrario de esto, las situaciones jurídicas no consolidadas se ven directamente comprometidas por las sentencias de nulidad, “*lo que significa que en este caso sus efectos son ex tunc, por ello la sentencia de nulidad en relación con estos últimos actos produce efectos retroactivos.*”⁶⁹

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), sentencia del 29 de mayo de 2014, radicación No. 2004-02098-01(33832), actor: Personero Municipal de Pereira y otro

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. William Giraldo Giraldo. sentencia del 3 de marzo de 2011, radicación No. 2001-01193-01(17741), actor: Acevedo Silva LTDA.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 3 de agosto de 2016. Rad. N°. 68001-23-31-000-2010-00689-01(21616). C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Así las cosas, el estudio jurisprudencial de las diferentes decisiones proferidas por las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado permiten arribar a una conclusión: el vacío legislativo en relación con los efectos de las declaratorias de nulidad de los actos administrativos, ha sido suplido por parte de la jurisprudencia en el entendido de que éstos son retroactivos, sin que por ello puedan obviarse ciertas menciones esporádicas a tesis contrarias.

Por si ello no fuera suficiente, esta comprensión ha trascendido también al espectro de la jurisdicción constitucional, tal y como lo muestran las siguientes sentencias de la Corte Constitucional:

Corte Constitucional
<ul style="list-style-type: none">• Sentencia SU-484 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería. <p>La Corte Constitucional, al resolver acciones de tutela de trabajadores del Hospital Materno Infantil y del Hospital San Juan de Dios en las que se solicitó la protección de los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas y justas, al mínimo vital y a la seguridad social, señaló que en virtud de la sentencia del Consejo de Estado del 8 de marzo de 2005, en la que se declaró la nulidad de los Decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998⁷⁰, produce como consecuencia que la Fundación San Juan de Dios desapareció del mundo jurídico, es decir, que los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen al momento anterior a la expedición de los autos anulados, entonces se trataba de una institución de salud departamental, es decir efectos <i>ex tunc</i>.</p> <p>Así mismo, señala la Corte que “de acuerdo al principio de la buena fe y todas las reglas en que aquella se manifiesta, exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se ha obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las normas propias del tráfico jurídico.</p> <p>En este orden de ideas, el desconocimiento unilateral de los términos de un acuerdo o convención por alguna de las partes, burla el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, lo cual, en ocasiones, se traduce en el rompimiento del principio de la confianza legítima”</p>

⁷⁰ que otorgaban al Hospital San Juan de Dios la naturaleza jurídica de fundación de utilidad común

- **Sentencia T-121 de 8 de Marzo de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.**

En este fallo de tutela la Corte al revisar una tutela de una exempleada del Hospital san Juan de Dios, reitera la posición ya enunciada y afirma sin lugar a dudas que *“la anulación de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión. El Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ha adoctrinado que la diferencia entre la declaración de nulidad, y la de inexequibilidad, parte del supuesto que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe volver al estado anterior a su vigencia. Ahora bien, los efectos ex tunc no generan un inmediato restablecimiento de las situaciones que se hayan causado en vigencia de la norma retirada del ordenamiento jurídico, en cada caso, debe examinarse si se encuentran situaciones jurídicas consolidadas, las cuales, en atención al principio de seguridad jurídica, no pueden alterarse”*.

7. CASO CONCRETO

Ese entendimiento, al ser propio de los efectos de todas las sentencias que declaran la nulidad, es transversal al ordenamiento jurídico y, por ende, tal y como está plasmado, se convierte en un elemento inherente a la misma y de forma inexorable condiciona la aplicación de todas las circunstancias de inelegibilidad y dentro de las cuales, naturalmente, se encuentra la prohibición contenida en el artículo 303 de la Constitución Política.

Pues, para que esta prohibición se configure es necesario (i) que alguien sea elegido Gobernador para determinado período institucional y (ii) que esa misma persona sea elegida para el período institucional siguiente; entonces, es claro que, cuando por causa de una sentencia judicial la primera elección dejó de existir, desaparece el primer supuesto de la prohibición, por ende, la no infracción de la norma constitucional no sobrevendrá por el simple hecho de acaecer el mencionado segundo presupuesto material.

Esto es así porque los elementos de cualquier circunstancia de inelegibilidad son concurrentes, es decir, que su estructuración depende de que se verifiquen todos sus ingredientes, pues, a falta de uno, esta no tendría el potencial de constituirse en un verdadero límite al derecho fundamental a elegir y ser elegido (art. 40 C. P.).

Y particularmente, en tratándose de la acción de nulidad electoral desarrollada en el artículo 139 del CPACA, es menester recabar en que su consolidación se mira es en punto al acto de elección respecto del cual se predica el quebrantamiento del orden jurídico.

En otras palabras, la legalidad del acto enjuiciado debe mirarse en perspectiva con lo que era legal –en sentido amplio– en el momento en que nació a la vida jurídica.

Dentro esa lógica, no puede considerarse *contra legem* que el acto de elección del ciudadano **GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA** haya surgido bajo el imperio de una prohibición alcanzada por una interpretación judicial sobre los efectos, *ex tunc* de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, que constituía un auténtico precedente para el caso en cuestión, conforme con el cual la nulidad de su elección para el período constitucional 2012-2015, aparejó el desvanecimiento de uno de los elementos configuradores de la prohibición de reelección inmediata respecto del período 2016-2019, habida cuenta que, si por una orden judicial se tuvo que nunca hubo una primera elección, entonces mal podría hablarse de “reelección”; máxime cuando tal providencia en ningún momento señaló una consecuencia distinta a la que históricamente ha expresado la Corporación en relación con los alcances del fallo.

En ese orden de cosas, es claro que no están llamados a prosperar **los cargos planteados en relación con la presunta infracción de las normas en las que debía fundarse** –artículos 125, 197, 303 y 304 de la Constitución, así como el 31.7 de la Ley 617 de 2000– el acto de elección enjuiciado, así como el **recaer en persona incurso en causal de inhabilidad**. Todo lo anterior, considerando que a la luz de la jurisprudencia constitucional y contenciosa, el demandado nunca fue elegido para el mismo cargo en el período inmediatamente anterior (2012-2015); que era en últimas, la condición necesaria para la confrontación del caso con cualquiera de los mencionados artículos. Por tal motivo, esta Sala considera que es lo propio negar las pretensiones de las demandas de nulidad electoral.

III. DECISIÓN

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

FALLA:

Primero: NEGAR las pretensiones de las demandas de nulidad electoral promovidas por los ciudadanos MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY y RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA.

Segundo: ORDENAR el levantamiento de la medida cautelar.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Presidente
Aclara voto

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Salva voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Salva voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Aclara voto

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Aclara voto

MILTON CHAVES GARCÍA

Aclara voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Aclara voto

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Aclara voto

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Salva voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Salva voto

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Aclara voto

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Salva voto

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Aclara voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Aclara voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Aclara voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Aclara voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Salva voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Salva voto

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Aclara voto

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Salva voto

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Aclara voto

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Aclara voto

ALBERTO YEPES BARREIRO
Salva voto

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Salva voto

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: ACLARACION DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMUDEZ, MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Y CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Con el acostumbrado respeto, manifestamos las razones por las cuales aclaramos nuestro voto en la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con la cual se resolvió *“NEGAR las pretensiones de las demandas de nulidad electoral promovidas por los ciudadanos MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY y RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA”*.

Si bien compartimos la decisión adoptada por la mayoría, en cuanto a que la pretendida nulidad, en este caso, no estaba llamada a prosperar, en nuestro criterio, las razones que sostienen tal resolutive debieron acompañarse de otras de igual o mayor peso jurídico respecto de las que quedaron plasmadas en la sentencia, en la cual, valga recordar, se tuvo como base la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los efectos *ex tunc* de los fallos que declaran la nulidad de un acto de elección y, en general, de cualquier acto administrativo.

No puede perderse de vista que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, según quedó consignado en auto de 9 de mayo de 2017, asumió el conocimiento del asunto para pronunciarse sobre determinados temas que, en opinión de los suscritos consejeros era oportuno desarrollar en mayor medida, a pesar de la contundencia y acierto de la tesis que la colegiatura acogió en el fallo en cuestión.

Así, de un lado, (i) era menester ahondar en el tema de la confianza legítima producida por los fallos judiciales y, del otro, en razones por las cuales esa confianza legítima impedía aplicar un criterio diferente en relación con la prohibición contenida en el artículo 303 de la Constitución Política y la tradicional tesis de los efectos *ex tunc* de los fallos que declaran la nulidad de un acto electoral; (ii) criterio que, en nuestra opinión, debía ser modificado con miras a ser

aplicado en las sucesivas elecciones –no para el caso de la referencia–, de acuerdo con las razones que a continuación se detallan.

1. De la confianza legítima en los fallos judiciales

Adentrarse en el estudio de la confianza legítima implica de suyo hacer referencia a la inveterada discusión de sus fundamentos constitucionales.

De las tesis que pregonan como único sustento el principio de la buena fe⁷¹, es posible pasar a las posiciones que ubican su sustento en otros referentes superiores⁷², e incluso a líneas argumentativas que pregonan su existencia a partir de una multiplicidad de fundamentos⁷³.

En cualquiera de los casos, la confianza legítima se presenta como una de las manifestaciones del establecimiento de un orden justo al interior del Estado colombiano, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º⁷⁴ de la Carta Política de 1991.

En este sentido, el orden justo plasmado por el Constituyente supone, sin hesitación alguna, la existencia de *“un marco de reglas estables y previsibles”*⁷⁵, en el que los asociados puedan desenvolverse⁷⁶, pues lo contrario conllevaría la anarquía y la confusión social.

Por lo anterior, esta facultad en beneficio de los ciudadanos, consistente en fundar sus comportamientos y sus conductas en un ambiente jurídico constante y duradero, comporta la aparición de la confianza en las relaciones que se materializan entre los administrados y las autoridades públicas, como bien jurídico tutelable en el ordenamiento, toda vez que *“la confianza en el Estado no es sólo deseable, sino también jurídicamente exigible”*⁷⁷

En palabras de la Corte Constitucional, la confianza legítima *“propugna por la edificación de un ambiente de tranquilidad en la relación que construyen los asociados frente a las autoridades públicas o los particulares (...)”*⁷⁸,

⁷¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Ref. nº. 44001-23-33-000-2013-00059-01. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷² VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Pág. 185 – 186. “Mientras algunos defienden la tesis de que su verdadero sustentáculo es el principio de la buena fe, para otros ese soporte está dado por distintos principios valores, y derechos de estirpe constitucional...”

⁷³ Ibídem. “Hay también quienes le atribuyen un fundamento plural, en el sentido de señalar que su soporte constitucional está dado al mismo tiempo por varios principios de jerarquía superior...”

⁷⁴ “Son fines esenciales del Estado: (...) defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y **la vigencia de un orden justo.**”

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 2014-01114. 26 de febrero de 2015. C.P: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁷⁶ Corte Constitucional. C-131 de 2004. M.P: Clara Inés Vargas.

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E).

⁷⁸ Corte Constitucional. T-308 de 2011. M.P: Humberto Sierra Porto.

materializando de esta forma el asentamiento de un orden justo; objetivo primordial del Constituyente.

Por otra parte, a pesar de que el mencionado principio de protección no cuenta con una consagración expresa en el texto fundamental de 1991 y su subsistencia haya debido ser decantada de diversas disposiciones constitucionales —como se anticipó precedentemente— lo anterior no se ha constituido en obstáculo para que la jurisprudencia⁷⁹ haya reconocido en éste un carácter autónomo respecto de sus soportes.

Así, este referente axiológico dispone de una proyección independiente, que tiende a salvaguardar las expectativas legítimas de los asociados frente a los cambios abruptos e inesperados en las actuaciones de las diferentes entidades que componen el Estado.

En estos términos, la confianza legítima se constituye en una **garantía** que ofrece *“protección a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados respecto a la estabilidad y proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas y propiciadas o toleradas por el propio Estado.”*⁸⁰

Se trata entonces de una figura jurídica que resguarda las posibilidades razonables que han surgido en el intelecto de los administrados frente a las circunstancias siempre cambiantes que puedan experimentarse en los diversos ordenamientos jurídicos.

En este orden, el principio establece una obligación en cabeza de las autoridades, pues toda modificación operada sobre el régimen normativo, debe acompañarse de un período de transición, con el fin de que los particulares adecúen sus actuaciones a una nueva realidad jurídica.

Por ende, la confianza legítima no ampara las *“situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido”*⁸¹, toda vez que éstas resultan, generalmente, inmodificables.

Más bien abriga ella las posiciones jurídicas susceptibles de alteración, por lo cual su cometido se centra en salvaguardar las *“...expectativa[s] en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente.”*⁸² De esta manera, su objeto de protección se circunscribe a las expectativas generadas en relación con las actuaciones del Estado, en incluso también de los particulares en ejercicio de funciones públicas.

⁷⁹ Corte Constitucional. T-437 de 2012. M.P. Adriana María Guillén.

⁸⁰ VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Pág. 152 - 153.

⁸¹ Corte Constitucional. C-1049 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas.

⁸² *Ibíd.*

Partiendo del hecho de que la mayor parte de las conductas desplegadas por las autoridades estatales disponen de la identidad jurídica para engendrar expectativas legítimas en los particulares⁸³, la protección de la confianza legítima se presenta como un principio fundante en la actividad del Estado⁸⁴.

Significa lo anterior que ninguna entidad se encuentra facultada para transfigurar súbitamente las reglas de juego que han guiado sus relaciones con los asociados, sin que se ofrezca un período de gracia para que estos últimos adapten sus comportamientos al nuevo contexto normativo.

Así, resulta probable que el actuar estatal se constituya en fuente de expectativas legítimas⁸⁵ y que las mismas, sean defraudadas en sede administrativa, legislativa o judicial⁸⁶.

De esta manera, en el contexto de los vínculos que se tienden entre los administrados y la administración, la confianza generadora de expectativas legítimas en favor de los ciudadanos, puede fundarse, sin pretender la exhaustividad, en la autorización o tolerancia que ésta ofrece a ciertas situaciones irregulares que se desarrollan de manera habitual⁸⁷, en la reiteración de posturas y criterios que orientan y determinan el actuar administrativo, así como en la aprobación o aceptación de la inscripción de ciudadanos para el acceso a cargos de elección popular, previa verificación de los requisitos necesarios para tal efecto. En este punto, especial mención merecen los conceptos emitidos por las autoridades de naturaleza administrativa o no que, si bien en principio no se encuentran imbuidos de obligatoriedad alguna y, por consiguiente, no podrían constituir hechos ciertos, plausibles y unívocos que permitan desprender la confianza, objeto de tutela judicial, lo anterior se relativiza si se toma en cuenta de que, en ciertos asuntos, los mismos constituyen verdaderas decisiones que afectan los derechos o intereses de los administrados.

Y es que a decir verdad no resulta coherente con la fórmula política del Estado Social de Derecho, acogida por el Constituyente de 1991, que pretende poner en el centro del actuar estatal al ciudadano, admitir que, bajo el pretexto del carácter no vinculante de los conceptos, pueda falsearse la confianza de los administrados, pues se reitera que, yendo más allá de las formalidades, dichas apreciaciones cuentan con la identidad jurídica suficiente para determinar las decisiones de los particulares, más aún si las mismas son proferidas por autoridades que, no

⁸³ VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. pág. 347: *“El principio de protección de la confianza legítima domina toda la actividad estatal en su conjunto, abarca dentro de su amplio espectro las actuaciones de todas las autoridades que ostenten una posición soberana frente al ciudadano, sean cuales fueren sus funciones y su campo de actividad.”*

⁸⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2016-00539-00 (AC). 31 de marzo de 2016. C.P: Alberto Yepes Barreiro.

⁸⁵ Concepto que se ubica entre las nociones de mera expectativa y derecho adquirido.

⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E).

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

perteneciendo a la administración pública, disponen de una alta legitimidad en las materias sujetas a consulta.

Por otra parte, el principio de la confianza legítima irradia igualmente las actuaciones de los operadores jurídicos, ya que su ámbito de aplicación *“no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados, sino que irradia la actividad judicial.”*⁸⁸(Negrilla fuera de texto.)

Y es que de igual manera como los asociados exigen que la administración pública sea coherente en su actuar, luego de que ésta decide asuntos de similar naturaleza, los ciudadanos cuentan⁸⁹, igualmente, con el derecho a que sus expectativas legítimas se amparen frente a la aplicación e interpretación que de la ley efectúan los operadores jurídicos⁹⁰, puesto que, *“el derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en el Estado como administrador de justicia”*⁹¹.

En este contexto, lejos de ejercer una función unívoca, la confianza legítima ha cumplido una multiplicidad de cometidos en sede jurisdiccional, habida cuenta de que ha sido empleada tanto por quienes acuden a las instancias judiciales para dirimir sus litigios y controversias como por quienes tienen a su cargo la administración de esta parcela del poder público.

En el primero de los casos, el principio de la confianza legítima ha sido utilizado por los particulares como un **instrumento para la protección de sus derechos y libertades fundamentales**, como en aquellos supuestos en los que se han visto involucrados comerciantes informales, donde, bajo la égida del referido principio, la Corte Constitucional ha amparado el derecho fundamental al trabajo de éstos frente a decisiones de la administración que vienen a trastocar su expectativas legítimas creadas con anterioridad⁹².

Este carácter instrumental ha sido igualmente entendido como un requisito *sine qua non* para la puesta en marcha de la carta de derechos contenida en la Constitución Política de 1991⁹³.

Como referente axiológico usado por los operadores jurídicos, la protección de la confianza legítima ha sido empleada como limitante respecto de los principios de independencia y autonomía que caracterizan la función jurisdiccional.

En este sentido, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha sostenido que *“(…) cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance*

⁸⁸ Corte Constitucional. C-131 de 2004. M.P: Clara Inés Vargas.

⁸⁹ VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado, pág. 468.

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E).

⁹¹ Corte Constitucional. C-836 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

⁹² Corte Constitucional. Sentencia T-386 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁹³ Corte Constitucional. C-836 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto...”, dicha interpretación auténtica no puede ser desconocida por los jueces, “bajo el argumento de la primacía de los principios de autonomía e independencia que caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, **en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones**, sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional.”⁹⁴ (Subrayado y negrilla fuera de texto.)

Asimismo, la confianza legítima que suscitan en los administrados las diferentes actuaciones de los operadores jurídicos, ha originado, correlativamente, una obligación en cabeza de éstos, luego de que deciden apartarse de los precedentes judiciales, toda vez que la carga argumentativa en estas circunstancias tiende a reforzarse, “... pues (...) el viraje repentino e injustificado de las líneas jurisprudenciales puede llegar a entrañar la violación de derechos, principios y valores de raigambre constitucional”⁹⁵.

Finalmente, el comentado principio ha sido usado como “validador” de los nuevos parámetros de interpretación respecto de las normas que establecen causales de inelegibilidad. En ese sentido, la Sala especializada en asuntos electorales del Consejo de Estado ha manifestado que:

“Pese a que la Sala ha fijado una nueva subregla jurisprudencial en lo que respecta a la interpretación del numeral 5º del artículo 179 Constitucional, **es importante resaltar que en el sub iudice se debe dar aplicación al principio de confianza legítima, para efectos de validar el nuevo parámetro de interpretación del artículo constitucional**, esto es, aquel que entiende que la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Superior se configura desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular hasta el día en el que efectivamente se declare la elección del candidato.” (Negrillas fuera de texto.)

Esta connotación de la confianza legítima, cuyo principal objetivo es atemperar los traumatismos que conllevan el cambio o reforma en la aplicación o interpretación de las disposiciones normativas por parte de los jueces.

Sin embargo, no todas las expectativas suscitadas por las autoridades jurisdiccionales en su labor de interpretación del ordenamiento, pueden constituir objeto de tutela jurídica, mediante la invocación del principio de la confianza legítima. En estos términos, sólo las expectativas ciertas, fundadas y plausibles son susceptibles de protección⁹⁶.

⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2016-00100-00 (AC). 7 de abril de 2016. C.P: Lucy Jeannette Bermúdez.

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E).

⁹⁶ VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado, pág. 159.

Así las cosas, con el objetivo de determinar si una situación de confianza es o no protegible jurisdiccionalmente, la jurisprudencia de esta Corporación⁹⁷, en algunos casos con apoyo en la doctrina⁹⁸, ha erigido un test, fundado en diversos presupuestos, que se enuncian a continuación:

- **Existencia de una base objetiva de la confianza**

En cuanto a este parámetro, se advierte que para que pueda demostrarse la existencia de una base objetiva de la confianza, la jurisprudencia de esta Corporación ha exigido⁹⁹, de una parte, que se presenten signos externos concluyentes, entendidos como comportamientos estatales “... *homogéneo(s) y constante(s) que conlleve(n) a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza. Se configura cuando existe un proceder continuo, ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima*”¹⁰⁰. Y de otra, que dichos signos externos deben poseer la vocación de originar expectativas en los asociados.

- **Legitimidad de la confianza**

No basta con la existencia de una base objetiva que permita generar confianza en los asociados. Se requiere igualmente que la confianza que éstos albergan sea legítima, es decir, que sea justificada a partir de los hechos inequívocos que pueden identificarse en la realidad.

En este punto, huelga advertir que el carácter legítimo de la confianza debe ser diferenciado de su carácter legal, pues si bien, en muchos de los casos, ésta se aviene a las disposiciones normativas del ordenamiento, ello no siempre resulta así.

En palabras de la doctrina “(...) *cuando se habla de confianza legítima se está haciendo referencia a la confianza justificada, esto es, a aquella que se soporta en circunstancias objetivas, plausibles, razonables, y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles.*”¹⁰¹

- **La toma de decisiones u oposiciones jurídicas cimentadas en la confianza**

⁹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Rad. n°. 35967. 2 de mayo de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E).

⁹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Rad. n°. 27578. C.P. 12 de noviembre de 2014. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 22367(AC): 31 de agosto de 2015. C.P: Ramiro de Jesús Pasos Guerrero

¹⁰¹ VALBUENA HERNÁNDEZ GABRIEL. De la defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado, pág. 165.

Este presupuesto hace referencia a que las conductas y actuaciones que fundan la confianza de los ciudadanos, dispongan de una identidad jurídica tal, que estos últimos desplieguen comportamientos *“que pongan de manifiesto su confianza ante el actuar estatal.”*¹⁰²

Ahora bien, si los anteriores presupuestos permiten columbrar la existencia de una situación generadora de confianza que amerita ser salvaguardada por el ordenamiento, lo cierto es que su amparo sólo puede predicarse, luego de que la misma resulta defraudada por maniobras sorpresivas e intempestivas de los operadores judiciales, que no son acompañadas de medidas de transición.

De allí que la activación del principio de protección de la confianza legítima se encuentre supeditada, en lo que al campo de la jurisdicción atañe, al resquebrajamiento de las expectativas plausibles de quienes acuden a ella en aras de poner término a los conflictos y controversias en los cuales están inmiscuidos.

Lo anterior, puede tener lugar, entre otros supuestos, luego de que los operadores jurisdiccionales deciden apartarse o modificar los criterios que sirvieron de base en el pasado a interpretaciones y aplicaciones razonables, consistentes y uniformes de la ley, sin que por ello la confianza legítima pueda ser entendida en estos asuntos como una “camisa de fuerza” que impida la evolución de la jurisprudencia.

En efecto, la confianza legítima en la decisión de los jueces no implica una “inamovilidad” en las posturas jurisprudenciales, pues es función de la jurisprudencia adaptar el derecho legislado a las circunstancias siempre cambiantes que presenta la realidad, lo que conlleva naturalmente a un dinamismo del derecho pretor.

Un entendimiento de este principio, en los términos expuestos, haría nugatoria la posibilidad de evolución de las reglas existentes en los diferentes sistemas jurídicos, puesto que de igual forma como los hechos preceden al derecho, la jurisprudencia precede, por regla general, la positivización de las normas¹⁰³.

Así las cosas, la confianza legítima brinda garantías a los administrados, luego de que los operadores jurídicos deciden efectuar cambios en la hermenéutica de las previsiones normativas que componen el ordenamiento jurídico colombiano.

Dentro de las manifestaciones más conspicuas de este referente axiológico, en este punto específico, figuran, además de la carga argumentativa que deben desarrollar los jueces en las providencias en las que operan las modificaciones de origen jurisprudencial, instituciones como la de la **jurisprudencia anunciada**, que se presenta como una salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales de los asociados.

¹⁰² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 2014-00034-00. 26 de marzo de 2015. C.P: Alberto Yepes Barreiro (E).

¹⁰³ En este sentido, puede mencionarse la expedición de la Ley 1437 de 2011, que en muchas de sus previsiones normativas, introduce las reglas decantadas por la jurisprudencia de las diferentes secciones del Consejo de Estado.

En punto a la carga argumentativa que debe ser desplegada por los jueces, el inciso 3º del artículo 103 del CPACA dispone que “[e]n virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.”

Y esto es así, por cuanto, como se expresó de manera precedente, “(...) el viraje repentino e injustificado de las líneas jurisprudenciales puede llegar a entrañar la violación de derechos, principios y valores de raigambre constitucional.”

Empero, se ha entendido que no basta para proteger las expectativas legítimas de los asociados respecto de la aplicación e interpretación que de la ley efectúan los jueces, el establecimiento de una carga argumentativa reforzada, cuando éstos alteran las subreglas jurisprudenciales.

A la par de esta obligación, las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado¹⁰⁴ han erigido el instituto de la **jurisprudencia anunciada** que matiza las consecuencias de las alteraciones interpretativas de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, comoquiera que propugna por una aplicación modulada en el tiempo –hacia el futuro– de las nuevas previsiones hermenéuticas.

Ello, fue puesto en ejercicio, entre otros asuntos que han sido de conocimiento de dicha Sección¹⁰⁵, en el fallo de 7 de junio de 2016¹⁰⁶, en el que se modificó el extremo temporal inicial de las inhabilidades contenidas en los artículos 31.7, 32. 7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Lo anterior, se presenta no sólo como una garantía en favor de los administrados, que se sitúan en los extremos de la Litis que origina el cambio, sino también como una salvaguarda en beneficio de los ciudadanos que encuentran en ésta, un periodo de transición, en el cual podrán adecuar sus actuaciones a las nuevas vicisitudes que caracterizan la realidad jurídica.

En este sentido, la Sección Especializada en los asuntos electorales de esta Corporación ha expresado:

“Entonces, cuando la autoridad judicial opta por cambiar o rectificar el precedente y los criterios que lo fundamentan con el que ha venido tratando o decidiendo determinado asunto, **debe revisar la necesidad de tomar medidas de adaptación o ajuste, de modo que no sorprenda al**

¹⁰⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. nº. 11001-03-28-000-2015-00051-00C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 7 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez.

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. nº. 11001-03-28-000-2014-00061-00. Sentencia de 9 de abril de 2015. C.P. Susana Buitrago Valencia.

¹⁰⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. nº. 11001-03-28-000-2015-00051-00C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 7 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez.

ciudadano que resultará afectado por la nueva postura...^{107.} (Negrilla fuera de texto)

De esta forma, la jurisprudencia anunciada debe ser entendida como una figura que permite hacer mella a los traumatismos que acarrear las trasformaciones de las posiciones jurisprudenciales, en garantía siempre de los derechos de quienes pretenden acceder a la administración de justicia.

Ahora bien, como manifestación de la confianza legítima, la operatividad del instituto de la jurisprudencia anunciada pende de la acreditación de los presupuestos de ésta, por lo cual su puesta en marcha sólo puede materializarse, luego de que se demuestra que, efectivamente, la posición jurisprudencial que es objeto de alteración, se constituye en base objetiva de confianza, a la luz de parámetros de reiteración y coherencia, e incluso existencia, comoquiera que por razones lógicas no es preciso invocar una defraudación a la confianza legítima, cuando no existe unificación jurisprudencial respecto de una materia determinada.

En estos términos, la jurisprudencia anunciada debe ser entendida como un condicionamiento temporal que se efectúa respecto de las modificaciones, cambios o alteraciones que sufren las tesis jurisprudenciales construidas, pues las mismas entrarán a regir sólo hacia el futuro, como *“medidas enderezadas a minimizar los efectos deletéreos de la acción estatal, prodigando de esta manera un trato considerado y deferente a quienes están llamados a soportar la frustración de sus esperanzas plausibles y a asumir la pérdida de las oportunidades a ellas vinculada*

A partir de tales consideraciones es claro que, al existir una sólida línea en relación con los efectos *ex tunc* de los fallos que declaran la nulidad de un acto electoral –tal y como se demostró en la providencia respecto de la cual aclaramos nuestro voto– es claro que en el asunto de la referencia no podían prosperar las pretensiones de la demanda –como en efecto no prosperaron–, pues ello conllevaría la el quebrantamiento de importantísimos principios de raigambre constitucional, que también deben ser considerados dentro del examen objetivo de legalidad que se surte en la jurisdicción contenciosa, dado el carácter normativo de la Carta Política.

Y dentro de ese mismo contexto, ha de decirse, entonces, que, de haberse introducido alguna modificación en la jurisprudencia de esta Corporación a través del fallo en cuestión, lo propio sería que esta operara para casos futuros; modificación que, en nuestro criterio, era necesaria, tal y como se mostrará en lo sucesivo de la presente aclaración de voto.

¹⁰⁷ Recordemos que en los términos del Profesor L. Recasens Siches el derecho no tiene finalidades concretas o particulares, sino que implica ideas de finalidades funcionales, las cuales son plenamente universales. Así, el autor indica que aquellas son: a) otorgar certeza y seguridad; b) resolver los conflictos de intereses; y c) organizar, legitimar y restringir del poder político. Sobre el tema Cfr. Luis Recasens Siches, *“Tratado General de Filosofía del Derecho”*, (México: Porrúa, 5ª Edición, 1975) p. 224.

2. Del cambio jurisprudencial respecto de los efectos de los fallos que declaran la nulidad de un acto de elección.

Para los suscritos consejeros, si bien es cierto existe una posición sólida sobre el carácter retroactivo que tiene la anulación de un acto en vía judicial –teoría que lleva a la inexistencia jurídica del mismo–, y que debía ser aplicada al asunto estudiado por la Sala, en virtud de la seguridad jurídica, la igualdad y la confianza legítima de la que han de estar imbuidas las providencias judiciales; no lo es menos que tal tesis merece ser replanteada con miras a que sea aplicada en elecciones futuras, de tal suerte que, en principio, la prohibición de reelección inmediata de gobernadores, contenida en el artículo 303 de la Constitución Política, no se vea enervada por una figura que, a pesar de su arraigo en nuestro sistema normativo, no deba de ser una ficción jurídica que, para ese tipo de asuntos resta valor material a la realidad de la elección anulada.

En ese orden de ideas, lo acertado hubiera sido, se insiste, negar la nulidad de la elección en cuestión –como en efecto se hizo–, pero unificar la jurisprudencia de la Corporación, para invertir la regla general en relación con los efectos del acto anulatorio, para que, en las sucesivas elecciones, se entendiera que estos son *ex nunc*, sin perjuicio de que, según las particularidades de cada caso, el juez –unipersonal o colegiado– pudiera determinar algo distinto. Entiéndase por tales, las situaciones propias del problema jurídico sometido al correspondiente examen judicial, y no las de algún demandado en particular, pues el juicio que por vía de la acción consagrada en el artículo 139 del CPACA es uno *objetivo de legalidad*, que mira el acto electoral en relación con el orden jurídico, más no la las circunstancias de índole subjetivo de aquellos sujetos que se puedan ver afectados con la decisión.

Un análisis pormenorizado de esa intelección, con seguridad, tendría que haber llevado a la Corporación, en su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (art. 237.1 C. P.) y de reformador autorizado de la jurisprudencia en la jurisdicción (art. 37.6 LEAJ), a cambiar la posición institucional antedicha, con miras a lograr una mayor armonía entre la efectividad de la prohibición contenida en el artículo 303 de la Constitución y los efectos de los fallos anulatorios del acto administrativo que declara una elección; máxime cuando, a pesar de lo reiterado de la tesis sobre dichos efectos, era la primera vez que el Consejo de Estado tenía la posibilidad de estudiar tal prohibición, aplicada en su plenitud, luego de la reforma política que introdujo el Acto Legislativo 02 de 2002 que institucionalizó los períodos de alcaldes y gobernadores –tal y como quedó sentado en la providencia respecto de la cual aclaramos nuestro voto–.

Y en tal sentido, era imperioso que la Sala se hubiera ocupado de demostrar por qué los efectos de los fallos que declaran la nulidad de una elección deberían tener, en principio, efectos *ex nunc* –salvo que el juez en cada caso estime fundadamente algo distinto– y, por contera, que la circunstancia de inelegibilidad contenida en el referido precepto constitucional no podría enervarse por mediar un

fallo contencioso en tal sentido, por las razones que los suscritos consejeros pasamos a explicar.

En primer lugar, es menester precisar que una larga tradición jurídica permite definir el acto administrativo como el instrumento a través del cual se manifiesta, por excelencia, la voluntad de la administración. Empero, en tratándose de procesos que culminan con la provisión de cargos de elección popular, es la voluntad del electorado la que se exterioriza en una contienda democrática, dentro de la cual la administración se limita a verificar la corrección de los procedimientos empleados y a reflejar en actos certificatorios el deseo que el pueblo ha exteriorizado en las urnas. De ahí que el acto electoral, precedido del voto popular, deba ser considerado como un acto declarativo.

A partir de lo anterior, se hace necesaria la presencia de criterios diferenciadores en el juicio de legalidad que recae sobre el acto electoral. No puede perderse de vista que, en el proceso de nulidad electoral (art. 139 CPACA), lo que se busca preservar es la democracia misma, y todos los valores que junto con ella garantizan que el principio de soberanía popular no se vea ensombrecido por factores que alteren la transparencia y probidad de la contienda, como formas de garantía en abstracto del derecho fundamental a elegir y ser elegido, como forma de expresión del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40 C. P.), con los cuales se privilegia el derecho del elector a una contienda que respete los límites democráticos por sobre el eventual derecho de acceso a un cargo por parte del candidato.

Este interés jurídico superior denota a su vez uno de los pilares sobre el cual descansa la institucionalidad y el equilibrio jurídico de la Nación, y adquiere una mayor valía en la medida en que como forma legitimadora de la autoridad estatal contribuye también a la paz como valor supremo, en tanto se opone a la arbitrariedad, a través de formas preestablecidas para el acceso a los cargos públicos que gobiernan sus destinos y que encarnan el sentir de la sociedad que en ellos se ve representada.

Ello amerita que el juicio de legalidad del acto electoral se lleve a cabo de conformidad con las particularidades de la función electoral, y su condigna implicación jurídica no puede ser otra que la confrontación con el ordenamiento electoral, con miras a restablecerlo; pero, claro está, desde la perspectiva que le imprime el hecho de tratarse de un proceso judicial diseñado para una acción pública, que, por tal, no persigue el acaecimiento de consecuencias individuales – aunque puedan darse –, sino el exaltamiento del interés general y la preservación de los valores democráticos que inspiran nuestro modelo electoral.

Una mirada acorde con dichos criterios, conlleva que los efectos de la sentencia que declara la nulidad del acto de elección recaigan de forma inmediata sobre el acto que perturbó las reglas dispuestas por el Constituyente y por el legislador para el acceso a cargos de elección popular, para que, a partir de ese momento, cesen tales inconsistencias.

Sin embargo, debe quedar claro que las consecuencias de la decisión judicial que la declara, no pueden proyectarse hacia el pasado –tal y como indiscriminadamente lo ha venido admitiendo la Corporación–, pues ello implicaría desbordar la órbita de la acción electoral y el fallo que la resuelve, dado que sería tanto como retrotraer las cosas al estado anterior a la elección, lo cual redundaría en un total desafuero frente al diseño de jurisdicción por ramas y su sistema de competencias, así como respecto del orden y la estabilidad administrativa.

Nótese que, al margen de que el acto electoral estuviera eventualmente viciado por contrariar las normas que lo rigen, es lo cierto que el servidor electo, en ejercicio de las funciones inherentes al cargo, desarrolla actividades que comprometen la voluntad de la administración: celebra contratos, realiza nombramientos, o adopta políticas públicas, entre otras tantas medidas de las cuales puede disponer; máxime si se trata del primer mandatario de un ente territorial, cuya elección, en la más drástica de las hipótesis podría verse anulada el mismo día en el que deba culminar su mandato.

Así las cosas, dar efectos retroactivos a la anulación del acto electoral, traería consigo resultados indeseados en lo que refiere a la prohibición de reelección inmediata de que trata el artículo 303 superior y a otras de similar estirpe, habida cuenta que se produciría una afectación transversal de todos los actos jurídicos que tengan como presupuesto el ejercicio de la autoridad administrativa del funcionario electo –sin perjuicio, claro está, de las situaciones jurídicas consolidadas–; y ello, además de los problemas estructurales que generaría, se insiste, desborda la órbita del juez de lo electoral, cuya misión debe contraerse al restablecimiento del segmento normativo cuya preservación en abstracto le fue asignada, sin invadir esferas propias de otras autoridades judiciales o administrativas.

Y es que no puede ser otro el entendimiento, pues resulta un contrasentido asumir que la extinción de uno de los presupuestos de derecho o de hecho –expedición por autoridad competente– no opera en desmedro de la legalidad de otros actos administrativos –y demás expresiones de la voluntad de la administración– que expidió el funcionario cuya elección eventualmente resulte anulada, pues tal hipótesis bien podría avenirse a la figura del decaimiento; y aunque este es un aspecto cuyo control no compete al juez de lo electoral, sí constituye un escenario que debe considerar para medir el impacto de su decisión y resolver el problema jurídico que entraña el presente acápite.

Ahora, el hecho de que tal consecuencia no opere de forma automática, no se opone a que admitir efectos *ex tunc* de la sentencia habilite el ejercicio de otras acciones. Por tanto, resultaba cardinal disipar cualquier duda que al respecto surgiera, con miras a evitar que un mal entendimiento sobre un aspecto técnico de la sentencia electoral, propicie espacios ajenos a su cometido constitucional y legal.

Luego, se recaba en que el fallo que declara la nulidad del acto electoral debe tener efectos *ex nunc*, es decir, irretroactivos o, lo que es lo mismo, a futuro.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que si bien el acto electoral expresa, en este caso, la voluntad popular, no puede desconocerse que el procedimiento de reconocimiento –por mandato constitucional y/o legal– lo realiza una entidad de derecho público, lo cual, de suyo, le imprime al acto mediante el cual lo concreta una presunción de legalidad, que impone entonces que las situaciones que de ella emerjan se entiendan acordes con el sistema jurídico, hasta que la autoridad competente determine lo contrario.

De otra suerte, cualquier entendimiento que se oponga a ese contexto ideal conduciría hacia una desfiguración del régimen de prohibiciones e inhabilidades, así como de los propósitos que lo orientan.

En el caso que ocupó la atención de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se discutió si el demandado incurrió en la prohibición de reelección en períodos consecutivos para el cargo de Gobernador, tomando en consideración que el acto que determinó su elección para el período pasado fue anulado por el Consejo de Estado.

Pues bien, sobre el particular, resulta imperioso destacar que las prohibiciones e inhabilidades hacen parte de un régimen objetivo de causales de inelegibilidad, que se abstraen de la situación particular del candidato al cargo de elección popular –que es lo que en esta oportunidad se demandó– y, en cambio, se constituyen en un condicionante del acceso al mismo, como un límite constitucionalmente admisible a libertades públicas que procura la salvaguarda de la integridad del principio democrático y del interés general.

Esto significa que para la configuración de tal contravención no hace falta mirar que tan efectiva fue la defraudación de los valores electorales y sus bienes jurídicos, sino el potencial que tiene el aspirante de obtener las ventajas y provechos que se proscriben del carácter deóntico de la pugna eleccionaria.

En este orden de ideas, el hecho de que, en últimas, se termine anulando el acto de elección, no se opone al hecho de que, en el entretanto en el que estuvo vigente, este le permitió al virtual depositario del mandato popular encarnado, desplegar, en todo su esplendor –o por lo menos le dio el potencial de hacerlo– los poderes de los que le inviste el ejercicio del cargo público; y así también, activar los mecanismos de orden político, administrativo y económico, entre otros, para situarse en una posición de privilegio frente a sus contendores en el subsiguiente proceso eleccionario.

Así las cosas, desde un enfoque teleológico, resulta evidente que dar efectos *ex tunc* a la sentencia de nulidad electoral, por lo menos en lo que a la prohibición analizada se refiere, lesionaría gravemente el interés general y redundaría en una flagrante defraudación del sistema electoral y su régimen de prohibiciones e inhabilidades, además de trastocar el principio de alternancia política del que está imbuido, en este caso, el ejercicio del cargo de gobernador; mucho más si para ello hay que acudir a una ficción jurídica que resta valor material a hechos ciertos

y contrastables como lo es el ejercicio de actividades propias del mandato electoral.

Otra de las razones que se adhieren a lo explicado es que, a partir de la nulidad electoral, no se puede retrotraer las cosas al estado anterior, salvo que el juzgador decida otra cosa para el caso concreto, y esto es así porque en la actualidad el período de alcaldes y gobernadores es institucional, y ello implica que, materialmente, es imposible retrotraer las cosas al estado anterior a la elección, pues ello supondría forzar una ficción conforme con la cual habría que volver las cosas al momento en que se iba a elegir a un candidato para un período institucional que, en todo caso, acaeció o está por acaecer, lo cual resulta claramente incompatible con toda lógica, pues, en estas circunstancias la realidad de la elección y del ejercicio del cargo superan la ficción que por vía jurisprudencial ha hecho carrera en el sistema jurídico colombiano.

En similar sentido, resulta pertinente acotar que ese entendimiento de los efectos de la nulidad es propio del ordenamiento civil, y en algunos casos, se ha aplicado por **analogía**, en materia contenciosa.

No obstante, ese entendimiento resulta insuficiente a la luz de los nuevos postulados que imprime la Constitución de 1991 **(que hasta hoy esta Corporación no había tenido la oportunidad de contrastar con su inveterada tesis de los efectos ex tunc de la nulidad de los actos administrativo, pues, como se demostró en la sentencia respecto de cual aclaramos nuestro voto, no existe un pleno precedente sobre el estudio de los elementos del artículo 303 Superior luego de su reforma)**, dado que la nulidad de los actos electorales exige analizar unas realidades que el juez no puede desconocer y porque la misma resulta contraria al hecho que en los actos se diferencian los elementos de la existencia, la validez y la eficacia.

Es claro que aquella teoría civilista indiscriminadamente usada, a pesar de su gran utilidad para muchos otros casos, no ha sido analizada desde la órbita del proceso electoral, cuyas pautas ahora vienen prefijadas por un nuevo paradigma constitucional, que impone que tales ficciones y presunciones sean atemperadas por los jueces, a efectos de materializar los principios, reglas y derechos reconocidos por la Constitución, con miras a hacerlos acordes con los postulados de justicia y prevalencia del interés general, entre otros.

En ese contexto, urge reexaminar los conceptos de existencia, validez y eficacia como justificación del alcance que realmente concierne a los efectos del fallo anulatorio, en tanto en los actos electorales estos son diferenciables y, por tanto, no es coherente que se desconozcan los efectos que el acto que es declarado nulo surtió durante su existencia, como tampoco lo es acudir a una **ficción**, según la cual *“todo vuelve a su estado anterior, como si el acto nunca hubiese existido”*,

pues esta solución, se vuelve sobre una idea que, se repite, choca con la realidad electoral¹⁰⁸.

Así, por ejemplo, se ha precisado que el efecto retroactivo no puede afectar **las situaciones jurídicas consolidadas**¹⁰⁹ en razón del principio de seguridad jurídica y el respeto de la cosa juzgada; e igualmente, bajo la égida de una extrapolación de reglas del derecho privado, se había considerado que la nulidad del acto administrativo tenía efectos desde su expedición, y que podía afectar las situaciones no consolidadas o las que al tiempo de **producirse el fallo eran objeto de debate o susceptibles de ser controvertidas ante las autoridades judiciales o administrativas**¹¹⁰, al igual que aquellas que por afectar derechos de terceros no pudieran entenderse como consolidadas¹¹¹.

Sin embargo, es lo apropiado entender que tal *teoría* no puede tener aplicación en todos los campos del derecho público, especialmente en aquellos como el electoral, en donde lo que prevalece es el respeto por la democracia y los derechos del electorado, y no los intereses particulares del elegido.

Así las cosas, para los suscritos consejeros, resulta perspicuo que la prohibición para ser reelegido no desaparece por el hecho de que el juez electoral haya declarado la nulidad del acto de elección que determinó su designación en el período inmediatamente anterior.

De esta manera, admitir la inexistencia del acto de elección, producto del carácter retroactivo de los efectos de las sentencias de nulidad, defrauda el efecto útil de la prohibición contenida en el artículo 303 constitucional, que tiende a excluir cualquier clase de favorecimiento en las contiendas electorales para la designación de gobernadores.

En efecto, las teorías jurídicas no pueden constituir el instrumento de defraudación de los postulados plasmados en la Constitución; por el contrario, deben ser los medios que permitan alcanzar los fines esenciales del Constituyente.

¹⁰⁸ Tal y como en su momento lo indicó la Sección Quinta en el auto de 29 de agosto de 2016, dictado dentro del trámite de la referencia.

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 31 de mayo de 1994. Expediente No. 7245. En el mismo sentido, Sección Primera, sentencia de 21 de mayo de 2009, referencia 25000-23-27-000-2003-00119-01. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 23 de julio de 2009, referencia 76001-23-31-000-2002-00452-0116404. Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. De igual manera, autores como Luis Enrique Berrocal Guerrero, siguiendo la línea jurisprudencial descrita, defienden esta misma tesis. Él, en particular sostiene: “La nulidad de los actos administrativos tiene, por regla general, efectos a partir de la fecha de expedición de los mismos, debido a que se tiene como si el acto no hubiera existido, es decir, que la decisión de anulación tiene efectos retroactivos (ex tunc), de modo que permite asumir que las cosas vuelven al estado anterior al de la expedición del acto anulado, salvo las situaciones individuales que se hubieran consolidado. [...]”. Luis Enrique Berrocal Guerrero, “Manual del Acto Administrativo”, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Quinta Edición, Bogotá, 2009.

¹¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 18 de octubre de 2008. Expediente Acumulado No.11001-03-28-000-2010-00014-00. Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro.

A título ilustrativo, basta mostrar que, entender que la nulidad electoral operó con efectos *ex tunc* para el caso de la prohibición en comento, podría llevar a extremos más nefastos que el de la reelección inmediata en períodos distintos, pues también se habilitaría la posibilidad de reelección en el mismo período. Así, un candidato que resulte electo a pesar de estar inhabilitado, podría encontrar en la nulidad electoral el medio para sanear tal irregularidad, ratificándose en el cargo en el campo de unas elecciones atípicas.

Y si bien podría pensarse que tal hipótesis estaría cubierta por la inhabilidad legal de ejercicio de autoridad (Ley 617/00), ello sería un error jurídico cardinal, en la medida en que tal intelección supedita la eficacia de la Constitución, así como los propósitos y fines que subyacen a sus prohibiciones, a la capacidad que tenga el legislador de moldear nuevas circunstancias de inelegibilidad.

En ese contexto, es preciso reiterar el carácter normativo de la Carta Política y cualquier tipo de interpretación que pueda llevar a su defraudación, y para ello la teoría de los efectos *ex nunc* es la que mejor se aviene a este cometido, y así debió quedar expresado en la sentencia dictada dentro del trámite contencioso de la referencia, con la precaución, claro está, de que, esta tendría como excepción el hecho de que el juez –unipersonal o colegiado– considere que, por razones de interés superior o por la necesidad de preservar el orden jurídico, la modulación de sus fallos tenga que obedecer a otro tipo de efectos, lo cual, en todo caso, tendrían que plasmar de forma inequívoca en cada una de las providencias en las que prospere una nulidad electoral.

En los anteriores términos dejamos sentada nuestra aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: ACLARACION DE VOTO DE MILTON CHAVES GARCÍA

Comparto la sentencia aprobada mayoritariamente por la Sala Plena Contenciosa, en cuanto negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por los señores Miguel Antonio Cuesta Monroy y Rafael Calixto Toncel Gaviria contra la elección del señor Guido Echeverri Piedrahita como gobernador del departamento de Caldas.

No obstante lo anterior, considero que los argumentos principales de la decisión adoptada por la Sala, en su gran mayoría, fueron los relacionados con los efectos de las providencias que declaran la nulidad de los actos de elección. Sin embargo, la prohibición que consagra el artículo 303 de la Constitución Política debió ser estudiada con más detalle, por las siguientes razones:

En la sentencia del 23 de mayo de 2016, se expuso que:

“Pues, para que esta prohibición se configure es necesario (i) que alguien sea elegido Gobernador para determinado período institucional y (ii) que esa misma persona sea elegida para el período institucional siguiente; entonces, es claro que, cuando por causa de una sentencia judicial la primera elección dejó de existir, desaparece el primer supuesto de la prohibición, por ende, la no infracción de la norma constitucional no sobrevendrá por el simple hecho de acaecer el mencionado segundo presupuesto material.”

En la providencia debieron precisarse dos aspectos importantes como son: ii) la intención del constituyente derivado con la expedición del A.L. 02 de 2002 y ii) el sentido natural y obvio de la expresión “reelección”.

El proyecto de A.L. 01 de 2002 presentado por el Gobierno Nacional pretendía la aprobación de la reelección de alcaldes y gobernadores. Sin embargo, el

constituyente derivado no aceptó la propuesta. Adicionalmente, modificó la norma constitucional en cuanto a que los períodos dejarían de ser personales para ser institucionales y amplió el período de 3 a 4 años.¹¹²

En ese momento, el constituyente manifestó que la prohibición de reelección tiene como finalidad garantizar el principio de igualdad entre los candidatos, puesto que el gobernante en ejercicio podría abusar del ejercicio del cargo para obtener votos favorables, lo que sería una ventaja considerable respecto de aquellos que aspiran por primera vez.¹¹³

Entonces, el cambio de períodos personales a institucionales de alcaldes y gobernadores fue una situación independiente de la prohibición de reelección, por lo que, claramente, el constituyente no pretendía crear una nueva inhabilidad.

Igualmente, es preciso explicar que el concepto mismo de “reelección”¹¹⁴, en su sentido natural y obvio, es entendido por los ciudadanos como volver a elegir al gobernante que en ese momento ejerce el cargo.

La Sección Quinta de esta Corporación¹¹⁵, al interpretar una norma de contenido similar, señaló entre los requisitos para que se configure la prohibición de reelección, que: *“efectivamente haya continuidad en el ejercicio del cargo en los períodos consecutivos”*.

Con todo respeto,

MILTON CHAVES GARCÍA

¹¹² El proyecto fue aprobado en la plenaria del Senado el 19 de junio de 2002. Ver Gaceta 245/02.

¹¹³ El tema fue debatido así:

- Debate en el Senado:

“El tema de la reelección inmediata de Alcaldes, Gobernadores, Diputados y Concejales, está muy bien sustentado en la exposición de motivos de los autores del proyecto y en las ponencias de la Cámara de Representantes. Nos parece que vale la pena debatir el tema y por eso lo respaldamos en los términos aprobados por la plenaria de la Cámara. No sería justo soslayar este tema respecto del cual consideramos que la mayor preocupación debe estar en que los controles fiscal, disciplinario, penal, interno, patrimonial, etc., funcionen a cabalidad para que el cargo no implique una ventaja frente a las aspiraciones de quienes no lo ostentan, es decir, que no se abuse de él para obtener la reelección.” (ver Gaceta 632/01)

- Debate en la Cámara de Representantes:

“La ampliación del período y la reelección por una sola vez para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles hace necesario que las actuales normas sobre financiación de campañas y acceso a los medios de comunicación para garantizar la vigencia del principio de igualdad entre todos los candidatos, ya que aquellos que se encuentran desempeñando el cargo y se postulan para la reelección tendrían una ventaja considerable sobre aquellos que aspiran al respectivo cargo por primera vez.” (Ver Gaceta 511/01)

¹¹⁴ Según la Real Academia de la Lengua Española reelegir significa volver a elegir.

¹¹⁵ Ver sentencia del 3 de noviembre de 2005, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, Sección Quinta del Consejo de Estado, Rad.: 2004-00796-01 (3792).

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: ACLARACION DE VOTO DE STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, DANILO ROJAS BETANCOURTH Y ROBERTO AUGUSTO SERRATO

Compartimos la decisión adoptada mayoritariamente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 23 de mayo de 2017, en la que se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por los señores Miguel Antonio Cuesta Monroy y Rafael Calixto Toncel Gaviria, contra la elección del señor Guido Echeverri Piedrahita como Gobernador del Departamento de Caldas.

Como sustento del fallo, se determinó que no se configuraba la prohibición de reelección contenida en el artículo 303 de la Constitución Política, debido a que se constató que existe una línea sólida y pacífica en la jurisprudencia de la Corporación, en torno a los efectos *ex tunc* de las sentencias que declaran, para el caso, la nulidad del acto de elección.

Aun cuando compartimos lo decidido en la providencia, nos permitimos aclarar el voto, en cuanto consideramos que, en el marco de lo dispuesto en el artículo 303 de la Constitución Política, en cada caso se deben analizar las particularidades del mismo, toda vez que no se puede predicar igual consecuencia cuando una persona es elegida para un periodo, pero no ejerce el cargo por alguna circunstancia -incluso que no depende de ella- o lo ejerce al inicio, o al final, o durante todo el periodo, y pretende la reelección para el periodo siguiente.

De ese modo, es importante que la Corporación analice las situaciones propias y particulares, pues no a todas las circunstancias que en torno al citado artículo surjan respecto de los gobernadores, se debe aplicar la mencionada prohibición de manera objetiva y sin interpretación alguna.

Además, estimamos que igualmente en cada uno de esos casos, el juez puede consignar en forma expresa en el fallo, sus efectos.

En ese sentido dejamos plasmados los argumentos que nos llevaron a presentar la presente aclaración.

Con el debido respeto,

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

ROBERTO AUGUSTO SERRATO

Fecha ut supra

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO DE JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS

Con el debido respeto, expreso a continuación los motivos que me mueven a aclarar en forma individual el voto en la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el asunto de la referencia.

En efecto, bajo unos lineamientos comunes formulados en un texto que me fue remitido vía email expresé mi decisión de suscribir una aclaración colectiva del voto. Sin embargo, puedo advertir que a esa aclaración se le adicionaron motivos que van más allá de la confianza legítima fundada en las decisiones judiciales, motivos que este Magistrado no comparte.

Sea lo primero resaltar que la causa del problema que se ventiló por la Sala en este caso, radicó en la indefinición de los efectos del fallo, tanto por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, en la sentencia de 28 de junio de 2012, como por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la Sentencia de 6 de mayo de 2013, por medio de las cuales se anuló el acto de elección de Guido Echeverri Piedrahita como Gobernador de Caldas para el periodo 2012-2015.

Esa la razón por la que, a falta de norma positiva que gobernara la materia, compartí la decisión de la Sala, en consideración al seguimiento de la línea jurisprudencial que ha observado el Consejo de Estado sobre los efectos *ex tunc* de los fallos que declaran la nulidad de un acto de elección, pues así lo imponía la debida observancia del principio de **confianza legítima en las decisiones judiciales**, así como me opuse a dar basamento a la aplicación directa de este principio en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o en la decisión del Consejo Nacional Electoral acerca de la elegibilidad del señor Guido Echeverri Piedrahita, puesto que estos estaban estructurados con fundamento en la línea jurisprudencial de la Corporación y por tanto, resultaba, no sólo innecesario sino peligroso sentar, sin la suficiente

fundamentación, un antecedente, cuya aplicación indiscriminada, a futuro, pudiera resultar lesivo del principio de legalidad por desdibujamiento del sistema de fuentes formales de derecho.

Al punto tomé en consideración que salvo una sentencia de nulidad electoral expedida por la Sección Quinta del Consejo de Estado¹¹⁶, y los casos en los que las sentencias no se han pronunciado sobre sus efectos, la regla general de la Corporación ha sido atribuirle efectos *ex tunc* a la declaratoria de nulidad del **acto administrativo particular**.

Ciertamente, la realidad desafía este tipo de reglas, y esa la razón por la cual, un primer acercamiento a casos como el que fue objeto de estudio en la Sentencia, mueve a quien no está individualmente comprometido con decisiones antecedentes, a considerar que el acto acusado se ha expedido al margen de la teleología de la normativa superior, para el caso, del artículo 303 de la Constitución. Este entendimiento particular, sin embargo, debe ceder ante la fuerza del principio de igualdad que hoy más que nunca, obliga a la jurisdicción a realizar ejercicios de disciplina y auto control para evitar los cambios abruptos y repentinos de las líneas jurisprudenciales. En casos como este, el miembro de la Sala no puede perder de vista que el juez es colegiado, y que ese juez colegiado, en ejercicio de su función de "*decir el derecho*" (que no otra cosa es la *jurisdictio*), ha hecho pronunciamientos que no sólo definieron litigios particulares, sino que simultáneamente dijeron lo que decía la norma general para los casos análogos, trazando así lineamientos que la sociedad y cada uno de sus miembros creen, pueden ser seguidos confiablemente.

Esa línea jurisprudencial puede ser modificada, sí, pero sin sobresaltos y sin defraudación de la confianza legítima, bien éste que en casos como el que ocupó la atención de la Sala, no sólo se predica, respecto del elegido, sino de quienes atendieron el llamado al elector, y obraron conforme a unas condiciones de elegibilidad que respondían a los trazados de la jurisprudencia.

Es claro que en casos como éste, la línea jurisprudencial no parece responder adecuadamente a la teleología normativa, y a juicio de este Magistrado, la Sala debía proveer una solución que rectificara, sin detrimento de la confianza legítima. Y para el efecto, podía, o bien establecer la obligación para el juez contencioso administrativo, de definir ineluctablemente los efectos de su sentencia en todos los casos en que se anule el acto de elección, alternativa que se propuso y fue derrotada, o bien, haciendo uso de una institución como la de la **jurisprudencia anunciada**, aunque a mi juicio no era la más aconsejable. Pero, no se hizo, ni lo uno, ni lo otro, y por el contrario, se obró de forma tal que parecería que actuaciones como la que en este caso se acusaron por inconstitucionales, pudieran repetirse a futuro, justamente, con aplicación, ahora reforzada, del principio de la confianza legítima.

¹¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 6 de octubre de 2011 (Expediente 11001032800020100012000 (2010-00120)), que declaró la nulidad de la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral en el año 2011, y decidió que la sentencia sería de aplicación diferida, apartándose insularmente del criterio observado precedentemente respecto de los efectos *ex tunc* de la nulidad de los actos particulares, para evitar las consecuencias nocivas que éste tendrá para la organización electoral y para la democracia.

Para remedio, habrá de entenderse, a través de este tipo de aclaraciones, que se empieza a abrir una tendencia jurisprudencial que a futuro le resta confianza al lineamiento hasta ahora observado en esta jurisdicción.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.

JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO DE CARMELO PERDOMO CUÈTER

Con mi acostumbrado respeto, procedo a aclarar el voto en relación con la providencia adoptada en la sala plena de lo contencioso-administrativo en el asunto del epígrafe, por cuyo conducto se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad electoral respecto de la elección del demandado como gobernador del departamento de Caldas para el período 2016-2019.

Prima facie resulta oportuno destacar que la eficacia de la nulidad decretada mediante sentencia judicial respecto de actos administrativos¹¹⁷, sean o no de naturaleza electoral¹¹⁸, comporta carácter retroactivo (*ex tunc*)¹¹⁹, ya que dicha

¹¹⁷ ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1970, p. 338: «Los efectos de la anulación, como eliminación del acto por un vicio de estructura tal como para determinar una especie de precariedad de la situación jurídica surgida del mismo, deben producirse necesariamente *ex tunc*, lo que se concreta en la llamada retroactividad de la anulación, fenómeno sobre el que la doctrina está de acuerdo, aunque se discuta respecto al modo en que esto debe ser entendido»

BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional Ltda, séptima edición, Bogotá, 2016, p. 563: «...la nulidad de los actos administrativos tiene, por regla general, efectos a partir de la fecha de expedición de los mismos, debido a que se tiene como si el acto no hubiera existido, es decir, que la decisión de anulación tiene efectos retroactivos (*ex tunc*), de modo que permite asumir que las cosas vuelven al estado anterior al de la expedición del acto anulado, salvo las situaciones individuales que se hubieran consolidado. Es una posición suficientemente decantada y consolidada en la jurisprudencia como en la doctrina».

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, 10ª edición, Bogotá, 1998, p. 223. «...La sentencia produce efectos retroactivos, lo cual quiere decir que se entiende que el acto no ha existido jamás. Sin embargo, esta característica no siempre se presenta en forma absoluta, pues en la práctica se presentan situaciones que es imposible desconocer, caso en el cual corresponderá al juez dar directivas a la administración sobre la forma de restablecer la situación anterior a la norma anulada».

¹¹⁸ De acuerdo con la línea jurisprudencial plasmada en la sentencia de 23 de mayo de 2017 de la sala plena de lo contencioso administrativo, la sección quinta de esta Corporación es «...sólida y pacífica en torno a los efectos *ex tunc* que emergen de las sentencias que declaran la nulidad de un acto de elección», pues «...en todas las providencias reseñadas existe un común denominador, y es el siguiente: en aquellos casos en los que, para demostrar en nulidad electoral la estructuración de determinada circunstancia de inelegibilidad, algún demandante ha querido atribuir valor material a un acto de elección que posteriormente fue anulado, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha entendido como inexistente ese supuesto, bajo la lógica de que en

anulación implica sustraer de la órbita jurídica¹²⁰ el acto que resultó ilegal, como si nunca hubiese existido¹²¹, es decir, que esta ficción jurídica conlleva retrotraer los efectos del acto hasta antes de su expedición¹²², pero con la excepción de dejar a salvo las situaciones particulares que se hayan consolidado bajo su vigencia, en atención tanto a los derechos adquiridos¹²³ como a la seguridad jurídica¹²⁴.

Ahora bien, en el evento de que el acto administrativo cuya nulidad haya sido decretada por el juez administrativo sea de naturaleza electoral, han de tenerse en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas que pudieron suscitarse hasta antes de la ejecutoria del fallo que declara su anulación, en aras de preservar el orden jurídico justo, máxime cuando estamos ante servidores que fueron escogidos por voluntad ciudadana, a través del ejercicio del voto popular.

Consecuentemente con lo anterior, tal como se dejó anotado, pese a que la eficacia de la nulidad del acto electoral es *ex tunc*, dicho en otras palabras, como si el candidato nunca hubiese sido elegido, se insiste en que hay situaciones jurídicas de tipo político, administrativo, económico, entre otras, que seguirán

virtud de una providencia judicial anterior se resolvió que aquel no nació a la vida jurídica», pp. 41 y 42.

¹¹⁹ El Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera, con sentencia de 21 de agosto de 1973. C. P. Humberto Mora Osejo, afirmó que la anulación de actos sancionatorios producía efectos *ex tunc* (desde la fecha de expedición), por lo que el demandante tenía derecho a reclamar el reintegro de la multa y sus intereses. Asimismo, en fallo de 21 de mayo de 2009, expediente 25000-23-27-000-2003-00119-01, C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, se explicó que la nulidad de actos administrativos «*retrotrae la situación jurídica a la anterior a la expedición del acto anulado*».

¹²⁰ La Corte Constitucional, con sentencia T-415 de 2016, reiteró el criterio de esta Colegiatura sobre el tema, al decir que «*El Consejo de Estado ha determinado que las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo tienen efectos "ex tunc", es decir desde la expedición del mismo, en la medida que así se posibilita el restablecimiento del orden jurídico cuando haya resultado vulnerado por la vigencia del respectivo acto.*

La explicación de esta tesis se ha dado, por ejemplo, cuando se ha pronunciado sobre la legalidad de actos administrativos que al momento del pronunciamiento respectivo, ya han sido derogados y que a pesar de ello, el Consejo de Estado consideró la necesidad de determinar la legalidad o ilegalidad del mismo en consideración a que la derogatoria de un acto administrativo no reestablece la vulneración del orden jurídico que se haya dado como consecuencia de la ejecución del mismo».

¹²¹ La sección tercera del Consejo de Estado, en providencia de 20 de febrero de 2014, expediente 2001-01678-01(27507), C. P. Danilo Rojas Betancourth, reiteró que la nulidad de un acto administrativo tiene efectos *ex tunc*.

¹²² Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 14 de junio de 1915: «*la nulidad...produce el resultado de que las relaciones jurídicas de las partes, vuelvan al estado que tenían antes del acto o contrato nulo...Por tanto, declara la nulidad de una ordenanza por la autoridad de lo contencioso administrativo...necesariamente deben reestablecerse las cosas, en lo que sea físicamente posible, al estado que tenían antes de la vigencia de la ordenanza, esto es, se consideran inválidos los efectos producidos por ella*».

¹²³ El Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 19 de febrero de 1998, expediente 17070. C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, se pronunció acerca del tema en el sentido de que la anulación de un acto tiene efectos *ex tunc*, pero se salvaguardan los derechos adquiridos.

¹²⁴ La sección cuarta de esta Corporación, en fallo de 3 de marzo de 2011, número interno 17741, C. P. William Giraldo Giraldo, precisó que «*El fallo de nulidad de un acto de carácter particular produce efectos ex tunc. El fallo de nulidad de un acto de carácter general no afecta situaciones consolidadas, esto quiere decir que sus efectos son ex nunc, pero sí afecta las no consolidadas, lo que significa que, en este caso, sus efectos son ex tunc, por ello la sentencia de nulidad en relación con estos últimos actos produce efectos retroactivos*».

vigentes, en aras de la seguridad jurídica¹²⁵, como por ejemplo en caso de los contratos celebrados por el servidor público, dada su presunción de legalidad, deberá proseguirse con su ejecución, pues no puede aceptarse que la anulación del acto electoral genere una falta de competencia sobreviviente, que implique la invalidez de todos los actos y contratos que haya celebrado el servidor mientras estuvo vigente su nombramiento.

A manera de conclusión de lo anotado, la eficacia de la sentencia de anulación de un acto administrativo de contenido electoral tiene dos connotaciones: (i) la atañedora a que una vez decretada la ilegalidad de dicho acto, desaparece del mundo jurídico bajo la ficción jurídica de que la designación del candidato nunca se dio, y (ii) la concerniente a que conservan su validez los actos y contratos que haya celebrado el servidor durante el interregno comprendido entre su posesión y la ejecutoria de la respectiva decisión judicial que anula el acto¹²⁶.

En el caso que ocupó la atención de la Sala, se tiene que al decretar esta jurisdicción la nulidad de la elección del accionado como gobernador de Caldas por el período 2012-2015, al configurarse la inhabilidad contenida en el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, se ordenó la realización de nuevas elecciones por el período faltante, conforme al acto legislativo 2 de 2002¹²⁷, que, en lo pertinente, prevé que *«Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el*

¹²⁵ En similar sentido, lo expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 26 de febrero de 2004, expediente 1551, C. P. Gustavo Aponte Santos, al aducir que *«Si bien el juzgamiento de la legalidad del acto administrativo general se realiza respecto de la observancia o no de las normas legales a las cuales debía sujetarse su expedición, esta situación jurídica debe distinguirse de la intangibilidad de los actos individuales producidos durante su vigencia, pues en aras de la seguridad jurídica de las relaciones del Estado con sus administrados, la decisión no debe afectar la existencia, fuerza ejecutoria y validez de dichos actos administrativos de carácter particular. En efecto, es bueno recordar que están de por medio situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos que han de ser garantizados, máxime cuando esos actos continúan amparados por la presunción de legalidad».*

¹²⁶ Consejo de Estado, sección quinta, fallo de 30 de abril de 1997, radicado 1656, C. P. Miren de la Lombana de Magyaroff: *«Reiteradamente se ha dicho que la anulación de un acto administrativo implica que las cosas vuelven al estado en el cual estaban antes de proferirse el acto viciado, en este caso el declaratorio de la elección anulada. Esto no implica que los actos proferidos por el funcionario en el ejercicio de su cargo sean también nulos de manera automática. Lo anterior se debe a que el acto, mientras no sea declarado nulo, se presume legal y las actuaciones del funcionario ajustadas a derecho. Desde el momento en que deja de ser válido, deja también de producir efectos.*

En el sub judice, el demandado fue elegido Alcalde del municipio de Sesquilé para el período comprendido entre los años 1995 - 1997. En el momento que esta Corporación, mediante sentencia del 19 de enero de 1996, confirmó la providencia del Tribunal por medio de la cual se declaró la nulidad del acto declaratorio de elección del señor Gómez Mancera como alcalde de Sesquilé, se entiende que la situación vuelve a la época en la cual no se había realizado.

Así las cosas, mal podría afirmarse que la figura de la reelección puede configurarse y, en consecuencia, no prospera el cargo».

¹²⁷ *«Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles».*

gobernador elegido» (artículo 1^o¹²⁸).

Por lo tanto, comoquiera que la nulidad del acto administrativo de carácter electoral conllevó que se produjeran nuevos comicios en virtud de la precitada norma, el caso se enmarca en la regla general de la eficacia de la anulación (efectos *ex tunc*), pero lo contrario hubiese implicado que esta fuese de carácter *ex nunc*, ya que al designarse en su reemplazo una persona del mismo partido, grupo político o coalición por el período restante, conllevaría lógicamente a que esta siga el mismo plan o programa de gobierno que el anterior, por lo que resultaría razonable que los efectos de la nulidad se den a partir de la ejecutoria de la correspondiente sentencia.

Por consiguiente, la prohibición de reelección inmediata dependía de la realización de un nuevo sufragio, pues dado que la sentencia de nulidad así lo ordenó, habría de tenerse como nunca designado al candidato cuya elección fue anulada, con la salvedad de que los actos y contratos celebrados durante el ejercicio de su cargo conservan su validez.

A partir de los anteriores prolegómenos, aclaro mi voto por cuanto debió explicarse la eficacia de la sentencia que anula un acto administrativo de contenido electoral respecto de las citadas hipótesis que consagra el artículo 303 constitucional.

Cordial y atentamente,

CARMELO PERDOMO CUÉTER

¹²⁸ Que modificó el artículo 303 de la Constitución Política.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO DE JORGE OCTAVIO RAMIREZ

Aunque acompañó la decisión que se adoptó en la sentencia del 23 mayo de 2017, de manera respetuosa me permito **aclarar el voto**, en los siguientes puntos:

(i) Los efectos de la anulación de actos administrativos son retroactivos (*ex-tunc*), según lo ha señalado esta Corporación en jurisprudencia reiterada, tanto de la Sala Plena como de sus Secciones, y tal como se refirió al decidir el fondo del asunto.

Esos efectos deben aplicarse tratándose de la anulación de actos electorales, al tratarse de una especie de actos administrativos (declarativos o de constatación¹²⁹), que verifican o constatan la voluntad popular.

Es cierto que el acto electoral goza de ciertas especificidades o particularidades, pero las mismas no imponen, ni justifican una regla diferente en la materia, como sería, a modo de ejemplo, el otorgamiento de efectos *ex-nunc* a la decisión que los anula.

Primero, porque no se desconocería la voluntad popular, pues el acto electoral seguiría cumpliendo con su función (constatar la voluntad del electorado); cuestión diferente es que se hubiere elegido a quien se encontraba incurso en una causal de inhabilidad (inelegibilidad).

¹²⁹ "Actos de la administración [que] se limitan a constatar de manera auténtica una situación y no procede[n] a ninguna modificación de los hechos constatados..." Stassinopoulos, *Tratado de los Actos Administrativos*.

Segundo, porque los efectos retroactivos de la anulación de un acto electoral no son un restablecimiento del derecho, sino expresión de la protección y mantenimiento de la legalidad del ordenamiento, lo cual debe realizarse desde el momento mismo en que ella fue quebrantada, salvo que se trate situaciones consolidadas, derechos adquiridos, o expectativas legítimas merecedoras de tutela jurídica.

Tercero, porque la anulación no apareja, de manera automática, la invalidez o pérdida de efectos de aquellos actos expedidos en vigencia del acto electoral anulado.

(II) En el presente asunto no debía examinarse la vulneración del principio de confianza legítima, toda vez que existía un precedente que resultaba aplicable a la materia, según se dispuso en la providencia correspondiente.

Atentamente,

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO DE STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Con el respeto que me generan las decisiones de la corporación, debo manifestar mi desacuerdo por la forma en que se motivó la proferida en el asunto de la referencia.

Esto es, si bien acompaño la providencia en cuanto la Sala Plena asumió el conocimiento del asunto para proferir **sentencia de unificación**, y declarar la **sustracción de materia** respecto de las solicitudes presentadas, me separo de los motivos esgrimidos por la Sala para sustentar el fallo.

1. Debo advertir, como quedó constancia de ello en el proyecto de auto presentado inicialmente a la Sala Plena –fl. 2–, que además de los mencionados en el resuelve, otros ciudadanos coadyuvaron la solicitud de que el asunto fuera llevado a Sala Plena por *“importancia jurídica y trascendencia social”*¹³⁰. No obstante, se resolvió rechazar la solicitud argumentando que se excedió el límite de la coadyuvancia. Sobre este punto, cabe efectuar varias precisiones.

Por una parte, debe recordarse que se está ante una acción constitucional y pública –artículo 40 C.P.– regida por el principio *pro actione* y por derecho fundamental a participar en el ejercicio del control político tal como se deriva, entre otros, de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 40 de la Constitución. La pregunta que surge

¹³⁰ Entre ellos, Alejandro Franco Castaño, Francisco Javier Rivera Giraldo, Paola García González y Simón Botero Echeverri, Víctor Julio Bustacada Velandia y de Carlos Augusto Calderón Betancur invocando la calidad de apoderado del Consejo Nacional Electoral. En el proyecto se decía: *“[c]on auto de 29 de agosto, las tres primeras solicitudes fueron rechazadas por la consejera ponente al haber sido interpuestas por terceros que excedieron el límite de la coadyuvancia. Y la última no fue tramitada porque el peticionario no acreditó la calidad con la que actuó”*.

de inmediato es la siguiente: ¿cómo entender que, en el marco de una acción pública de nulidad electoral, a los coadyuvantes les esté vedado solicitar que el asunto sea llevado por “importancia jurídica” y “trascendencia social” a Sala Plena?

Sin perjuicio de que la providencia que rechazó las solicitudes de coadyuvancia no fue recurrida, porque no puede serlo, debe tenerse presente que la coadyuvancia, en el caso de las acciones constitucionales, solo puede ser restringida en el sentido en que el solicitante no puede ir más allá en cuanto su intervención no retrotrae la petición que coadyuva. Así las cosas, no se podrían presentar nuevos cargos. Lo anterior, en aplicación del principio de congruencia y garantía del derecho de defensa.

Por el contrario, considerar que no se puede coadyuvar la solicitud para que el asunto sea llevado a Sala Plena por “importancia jurídica” y “trascendencia social”, desconoce, claramente, el principio *pro actione* propio de una acción pública que, como ya se mencionó, rige el acceso a la administración de justicia, en particular los mecanismos de participación ciudadana en el ejercicio del control político.

Justo en este sentido, debe llamarse la atención acerca de que alguna de las consideraciones contradicen los lineamientos vertidos en providencia del 7 de diciembre de 2016, aunque otros ratifican su vigencia¹³¹.

Así, en la parte inicial de los considerandos se sostiene –se destaca–:

*El artículo 37.5 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia previene que es función especial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado “[r]esolver los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica o trascendencia social **si**, por estimar fundado el motivo, resuelve asumir competencia”.*

Ello quiere decir que existe cierto margen de libertad por parte del referido pleno para decidir si avoca o no el conocimiento de un determinado asunto, pues, hace parte del arbitrio judicial la percepción sobre la importancia o la trascendencia de un determinado caso, que es, en últimas lo que permitirá declarar fundado o no el motivo para asumir competencia.

No obstante, ese margen de interpretación varía en tratándose de la hipótesis contemplada en el artículo 37.6

¹³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia de 7 de diciembre de 2016, Rad. Números, 11001032800020140013000, 11001032800020140012900, 11001032800020140013300 y 11001032800020140013600. Actores: Waldir Cáceres Cuero, Pablo Bustos, Carlos Mario Isaza Serrano y Nixon Alfredo Vahos Pérez. Demandado: Edgardo José Maya Villazón (Contralor General de la República). Acción de nulidad electoral, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Con salvamento de voto de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo.

de dicha preceptiva, en cuanto refiere a la función especial de [c]onocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar las (sic.) jurisprudencia de la Corporación’.

Una cuidadosa lectura de esta previsión normativa permite observar que no existen condicionamientos de índole procedimental o argumentativo para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se ocupe de los cambios o reformas a la jurisprudencia de este alto Tribunal.

No se trata, entonces, de cualificar la connotación de un determinado asunto jurídico, esto es, señalar si es “importante” o “trascendente”, sino de vislumbrar si la cuestión a debatir entraña una razonable potencialidad para incidir en el estado actual de la jurisprudencia.

Se alude, más bien, a un criterio de mayor objetividad, en la medida en que se aparte de dos hechos conocidos: (i) la existencia de un criterio jurisprudencial vigente y (ii) la litis trabada en un determinado proceso. Esto, desde luego, atado a la significancia que tenga la institución o figura jurídica que pueda resultar afectada al final del debate.

Ello se explica en la necesidad de dar coherencia a la jurisprudencia y de garantizar la igualdad y seguridad jurídica en las sucesivas decisiones judiciales, puesto que cuando una determinada tesis ha hecho carrera en las distintas secciones, así no haya mediado pronunciamiento de la Sala Plena Contenciosa que así lo indujera, es necesario precaver que las modificaciones que en el seno de alguna de ellas se pueda dar, estén blindadas por este pleno, siempre que se advierta que ello pueda la proliferación de criterios disímiles entre las secciones en relación con un mismo punto de derecho –sin que ello sea óbice para que las secciones puedan hacer lo propio en los asuntos que no trasciendan su especialidad”.

(...)

Si se contrasta la motivación de la providencia en el asunto de la referencia, con la proferida el 7 de diciembre del 2016, salta a la vista, como, en aquella ocasión se pretendió fijar reglas para que los conceptos jurídicos indeterminados del inciso 3º del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 dejen de serlo “acorde con los principios constitucionales que propenden por la búsqueda de los fines sobre los cuales se erige nuestro Estado Social de Derecho y en especial aquellos que

gobiernan la administración de justicia” con el propósito de llevar estos conceptos jurídicos indeterminados “hacia un espacio de mayor precisión, identificación y concreción”.

Como lo expuse en salvamento de voto a la referida decisión, a cuya lectura ahora remito, no corresponde a los jueces:

“fijar con carácter erga omnes criterios abstractos y generales dirigidos a determinar conceptos jurídicos que el propio legislador resolvió dejar indeterminados, precisamente, con el fin de dotarlos de la elasticidad y flexibilidad indispensables para que el juez, a la luz de la circunstancias del asunto puesto a sus consideración, los perfile y concrete”.

Aunque la Sala no logró el fin buscado, pues para realizar su tarea de determinación usó expresiones tanto o más indeterminadas, tales como

“alta connotación dentro del mundo jurídico” o “capacidad de incidir en mundo jurídico de forma transversal y determinante, bien sea porque toca bienes o instituciones materiales o inmateriales que figuran dentro de la más elevada escala de protección estatal” o “demanda de construcción de un parámetro de interpretación que resulta necesario para el orden normativo mismo, propugna por un avance significativo en la tradición jurídica nacional o internacional, el Constituyente o legislador le han dado esa connotación, o porque el desarrollo jurisprudencial así lo sugiere”. O “la necesidad que ve la respectiva Sala de abordar un tema que reviste un interés jurídico superlativo dada su novedad, dificultad teórica y/o práctica o impacto sobre el ordenamiento jurídico”.

Lo cierto es que impuso cargas que, como la providencia que aclaro lo confirma, terminan por generar una asimetría de poder a favor del juez. Exigencias desconocedoras del derecho a la tutela judicial efectiva y ajenas al principio *pro actione*.

Asimetría de poder que se puso en evidencia en la presente ocasión, comoquiera que, para que la Sala Plena asuma el conocimiento **ex officio** del asunto, con base en el artículo 37.6 de la Ley 1437 de 2011 no se requiere nada distinto a “[c]onocer de los procesos que le remitan las secciones **para cambiar o reformar las (sic) jurisprudencia de la Corporación**” –fl. 4–. Tema, este último, que no se corresponde con las solicitudes elevadas por las partes e intervinientes “tanto en el curso individual de los procesos, como en su trámite conjunto... para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asumiera el conocimiento en temas específicos” –fl. 2–.

Pese a que, como la propia Ponente lo sostuvo¹³²:

“... se trata de la solicitud de algunos sujetos procesales de que la Sala Plena asuma el conocimiento del asunto. Dice que el demandado explica la importancia en que se trata de un cargo de Gobernador, al que accedió popularmente y que es el Departamento de Caldas.

La decisión mayoritaria apoyó la argumentación en la **facultad oficiosa de la Sala para modificar su jurisprudencia**. Con esa actuación, espero que para evitar la asimetría de poder a favor del juez y en detrimento de las partes y los intervinientes que actúan como coadyuvantes no se les siga aplicando la providencia del 7 de diciembre de 2016, esto es, no requieran demostrar hasta qué punto el tema objeto de sus solicitud *“será capaz de incidir en el mundo jurídico de forma transversal y determinante”*.

En el curso de las deliberaciones en la Sala Plena señalé, que el derecho es una ciencia social y, como tal, plagada de indeterminaciones. De ahí que la Sala no logre definir asuntos de difícil o imposible determinación. En otros términos: el ordenamiento jurídico está compuesto por un conjunto amplio de normas, algunas de las cuales dejan escaso o nulo margen de apreciación al juzgador y otras abren un espacio amplio de interpretación, a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Esto sucede, precisamente, respecto de conceptos tan abstractos como *“importancia jurídica”* o *“trascendencia social”*. De entrada, estas dos expresiones denotan gran indeterminación legislativa y la Sala no puede pretender trocar en determinado lo que el legislador, en su sabiduría, consideró que debía quedar como una cláusula abierta para ser precisada por el juez en cada caso particular.

Es más, como es difícil o imposible determinar estos conceptos –y de ello fue consciente el legislador, toda vez que, por más esfuerzo que se haga, continuarán careciendo de contornos precisos y definidos–, entonces, la pretensión de determinarlos en abstracto termina por correr a favor del juez, que fue, justamente, lo que ocurrió en el asunto de la referencia. La exigencia de determinación en abstracto se convierte, a la postre, en un pretexto para que el juez pueda interpretar y las partes o los intervinientes no, con lo que se vulnera la tutela judicial efectiva, y se afecta el principio *pro actione*.

No puede pasarse por alto que en el esfuerzo argumentativo realizado en la providencia del 7 de diciembre de 2016, con el propósito de lograr total determinación y definición de estos conceptos abstractos, se terminó por acudir a expresiones, tanto o más, abstractas e indeterminadas. Es de recordar, asimismo, que la providencia aludida se apoyó en una sentencia proferida por la Corte Constitucional sobre un proceso penal en el que, como se sabe, la determinación

¹³² Acta No. 12 de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 9 de mayo de 2017.

juega un papel diferente, íntimamente relacionado con el principio de legalidad de la pena. Se trata entonces de circunstancias que resulta imposible equiparar si se considera que son diametralmente diferentes.

Al punto que la determinación en materia penal forma parte del principio de legalidad de la pena que integra la garantía fundamental del debido proceso, a menos que, excepcionalmente, el propio constituyente permita los tipos en blanco, como es el caso de las previsiones constitucionales y legales dirigidas a luchar contra la corrupción, las mafias y el crimen organizado –lo que sucede, por ejemplo, con el enriquecimiento ilícito, el lavado de activos, etc.–. Aplicar las mismas reglas de determinación en estos casos, dejaría al juez en condiciones de desventaja, porque entonces sería muy difícil o quizá imposible penalizar conductas que afectan gravemente el orden social.

Ahora, qué asuntos adquieren “*importancia jurídica*” o “*trascendencia social*”, es algo que corresponde definir al juez a la luz de las circunstancias del caso concreto y no puede ser una carga que deban solventar los solicitantes –las partes y los intervinientes– a quienes solo puede exigirse una argumentación mínima, pues, imponerles un requerimiento mayor, genera un desnivel, que recorta gravemente los mecanismos de participación.

En pocas palabras, ante este tipo de conceptos abstractos e indeterminados se opera una inversión de la carga de argumentación a favor de las partes y de los intervinientes, de donde mientras el juez debe exponer los motivos que justifican negar la solicitud, a las partes e intervinientes les corresponde una carga mínima, que de ningún modo puede traducirse en obstáculo para acceder a la justicia.

Es cierto que las normas procesales imponen límites a la coadyuvancia, pero, se insiste, ese estatuto regula acciones privadas en las que se ventilan derechos subjetivos. Entretanto, en una acción pública como la electoral la única restricción que cabría imponer es que los coadyuvantes ingresan en el estado en el que se encuentra el proceso, no más.

2. Un segundo aspecto sobre el que debo apartarme tiene que ver con las facultades de negar una solicitud elevada a la Sala Plena para asumir conocimiento por “*importancia jurídica*” y “*trascendencia social*”. Al margen de que quien ejerce la investidura judicial en Sub sección o en Sección, potencialmente integrará la Sala Plena y, por ende, estaría habilitado para ejercer oficiosamente la competencia de llevar a Sala Plena el asunto por “*importancia jurídica*” o “*trascendencia social*”, lo contrario, esto es, negar la solicitud, es una competencia para ser ejercida por el pleno de la Sala, justamente, porque la solicitud se elevó ante el pleno de la Sala.

3. Un tercer tema que comporta mi aclaración se relaciona con lo afirmado sobre una decisión que en la Sala Plena no se tomó, esto es, “*que la Sala Plena del Consejo de Estado, en sesión de ese mismo día, consideró que las solicitudes para que ésta asuma conocimiento de los procesos, en los términos del artículo 271 del CPACA, solo es (sic.) para dictar sentencia*”.

Acerca de este punto, debo precisar que el asunto no se consideró y que de hacerlo se habría cambiado la jurisprudencia, de donde no tendría que afirmarse que *“la Sala Plena del Consejo de Estado, en sesión de ese mismo día, consideró que las solicitudes para que ésta asuma conocimiento de los procesos, en los términos del artículo 271 del CPACA, sólo es (sic.) para dictar la sentencia”* –fl. 3–.

Se afirmó, según lo consignado en actas¹³³:

“El Dr. Andrade Rincón considera que debe definirse en un solo auto las solicitudes de los sujetos procesales y la decisión en relación con la pertinencia de asumir de oficio el conocimiento el (sic.) asunto. Dice que con anterioridad, la Sala ha asumido el conocimiento de asuntos que se encuentran en trámite. Señala que con la exposición del Dr. Palomino Cortés se convenció de la importancia de asumir por importancia jurídica este proceso teniendo en cuenta que hay posturas que proponen que se extraiga del conocimiento de la Corporación los procesos electorales”.

4. Por último, debo manifestar, de nuevo, mi inconformidad con los considerandos de la providencia, en el sentido de que la misma reitera los lineamientos planteados en la providencia del 7 de diciembre de 2016, en tanto, como se advierte con la decisión de asumir el asunto por *“importancia jurídica”* en atención a la petición de la Sala, al margen de las solicitudes no se estarían aplicando.

En los términos que anteceden, aclaro mi voto

Fecha *ut supra*

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

¹³³ Acta No. 12 de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 9 de mayo de 2017.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: ACLARACIÓN DE VOTO DE MARTHA NUBIA VELASQUEZ

Estimo pertinente señalar que la razón por la cual acompañé la decisión de la Sala Plena de negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral obedeció al hecho de que existiendo una línea sólida y pacífica en la Sección Quinta frente a los efectos ex tunc de las sentencias que anulan el acto administrativo que declara la elección, no emerge ninguna razón válida para separarse de ella ni para entender que la sentencia que anuló el acto de elección del señor GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA para el periodo 2012-2015 produjo efectos distintos.

Ahora bien, con independencia de lo anterior, considero que la prohibición contenida en el artículo 303 de la Constitución Política, de conformidad con la cual, los gobernadores no podrán ser reelegidos para el periodo institucional siguiente, está encuadrada dentro del fenómeno de la consecutividad en esa clase de períodos, es decir, el de la elección ordinaria y el de la reelección inmediata. En otras palabras, la prohibición en cuestión se encuentra circunscrita para el gobernador en ejercicio, que habiendo sido elegido popularmente, aspira ocupar el mismo cargo por un segundo periodo consecutivo.

En ese sentido, la prohibición no podría ser extensiva a los casos en los que no existe la referida consecutividad, como sucede cuando una persona distinta ha sido elegida popularmente o designada por el Presidente de la República para culminar el periodo institucional anterior al de la reelección. Lo anterior salvo cuando se acredite que quien culminó el periodo institucional fue una especie de vehículo o interpuesta persona de quien, habiendo sido elegido popularmente y no habiendo culminado dicho periodo institucional, aspira a hacerse reelegir en el periodo siguiente, hecho que podría ser acreditado, por ejemplo, cuando los equipos de trabajo, los planes o programas de gobierno, etc., tienen una identidad tal que le permiten el juzgador inferir un ejercicio del cargo de gobernador a través de una interpuesta persona. En el presente caso, esas circunstancias que se plantean a modo de ejemplo no están acreditadas.

Es el entendimiento previo el que en mi opinión enmarca la prohibición del artículo 303 de la Constitución Política, que tiene una teleología implícita, y es que el papel de candidato a la gobernación facultaría jurídicamente al gobernador en ejercicio para perseguir un interés particular que, aunque legítimo, no necesariamente coincide con el interés común.

Ya la Corte Constitucional, aunque en el contexto de la reelección presidencial, señalaba que en la permanencia de una misma persona en el cargo más allá de un límite, existen serios riesgos de la perversión del régimen y de la estructura definida por el Constituyente¹³⁴. Asimismo, la misma corporación destacó la necesidad de que los candidatos estén en un mismo pié de igualdad y de que el funcionario en ejercicio no distrajera sus esfuerzos y atención en asuntos diferentes a la completa y cabal realización de su gestión¹³⁵.

No existe ninguna razón para no entender justificadas las consideraciones de la Corte Constitucional también en el contexto de la prohibición del artículo 303 de la Constitución Política.

Fecha *ut supra*.

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada

¹³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010. MP. Humberto Sierra Porto.

¹³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-267 de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO DE HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Con el debido y acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación en el asunto de la referencia, me permito manifestar que no comparto la sentencia proferida el 23 de mayo de 2017, por las siguientes consideraciones jurídicas:

1. El centro de gravedad del debate jurídico, en el caso *sub examine*, debe girar en torno a un tema: la interpretación de los artículos 303 y 230 de la Constitución Política de Colombia, lo cual nos conduce a los siguientes problemas jurídicos de hermenéutica jurídica constitucional:

- I) La no reelección como principio, valor y fin constitucional
- II) La interpretación del artículo 303 de la Constitución Política
- III) El alcance del artículo 230 de la Constitución Política en el caso *sub examine*.

En efecto, la interpretación de estos preceptos constitucionales debe llevarse a cabo principalmente recurriendo a los métodos de interpretación histórica, sistemática, armónica y gramatical, con el propósito de establecer claramente la premisa mayor constitucional para ser aplicada al caso *sub examine*.

I) LA NO REELECCIÓN COMO PRINCIPIO, VALOR Y FIN CONSTITUCIONAL

2. A manera de introducción, el examen del primer problema jurídico nos conduce a remarcar inicialmente como el Estado y la sociedad colombianos se fundan, como lo expresa claramente el preámbulo de la Constitución Política, “[...] dentro de un marco **jurídico, democrático y participativo que garanticen un orden político, económico y social justo**, [...]” (Resaltado fuera del texto)

En este mismo sentido, el artículo 1º del texto constitucional, contenido en el Título Primero, “de los principios fundamentales” dispone que: “**Colombia es un Estado social de derecho**, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática, participativa y pluralista**, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Resaltado fuera del texto)

Fue este el marco **jurídico, democrático y participativo** que inspiró permanentemente a los delegatarios a la Asamblea Nacional en la redacción del texto constitucional.

3. En este sentido, con el propósito de proporcionar una interpretación histórica y armónica del precepto constitucional que nos ocupa especialmente (Artículo 303 de la Constitución Política), es importante resaltar como, estudiado el texto publicado en la Gaceta Constitucional No. 127 de 3 de octubre de 1991 (Compilación hecha por la Relatoría como trabajo final, teniendo en cuenta el texto Constitucional publicado en la Gaceta No. 114, el adendo (fe de erratas) publicado en la Gaceta No. 116 y las Aclaraciones de la Secretaría General de la Asamblea Nacional Constituyente de 6 de septiembre de 1991) se encuentran un número importante de artículos que expresamente prohíben la reelección.

4. En efecto, en el texto constitucional colombiano se podían encontrar inicialmente las siguientes disposiciones, en las cuales el Constituyente de 1991, de manera clara, expresa, inequívoca y contundente, prohibió la reelección:

i) **Del Presidente de la Republica**, de conformidad con el artículo 197 cuando disponía que: “**No podrá ser elegido Presidente de la República** el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia [...]” (Resaltado fuera del texto).

ii) **De los gobernadores**, cuando el mismo artículo 303 se disponía que: “[...] Los gobernadores serán elegidos para períodos de tres años y **no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente**. [...]” (Resaltado fuera del texto).

iii) **De los alcaldes**, conforme al artículo 314 que disponía: “En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, **que será elegido popularmente para períodos de tres años, no reelegible para el periodo siguiente** [...]” (Resaltado fuera del texto).

iv) **De los miembros de la mesas directivas de las cámaras y de sus comisiones permanentes** que, según el artículo 147 dispone: “Las mesas directivas de las cámaras y de sus comisiones permanentes serán renovadas cada año, para la legislatura que se inicia el 20 de julio, y **ninguno de sus miembros podrá ser reelegido dentro del mismo cuatrienio constitucional**.” (Resaltado fuera del texto).

v) **De los magistrados de la altas cortes**, en virtud del artículo 233 que establece: “Los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años, **no podrán ser reelegidos** y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.” (Resaltado fuera del texto).

vi) **De los magistrados de la Corte Constitucional Colombiana**, por mandato del último inciso del artículo 239, al disponer que: “[...] Los Magistrados de la Corte Constitucional **no podrán ser reelegidos**. [...]” (Resaltado fuera del texto).

vii) **Del Fiscal General de la Nación**, de conformidad con el inciso segundo del artículo 249 cuando dispone que: “[...] El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y **no podrá ser reelegido** [...]” (Resaltado fuera del texto).

viii) **De los miembros del Consejo Nacional Electoral**, cuando disponía en el artículo 264 que: “[...] Sus miembros deberán reunir las mismas calidades que exige la Constitución para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y **no serán reelegibles**. [...]” (Resaltado fuera del texto).

ix) **Del Registrador Nacional de Estado Civil**, de conformidad con lo que disponía el artículo 266: “El Registrador Nacional del Estado Civil será elegido por el Consejo Nacional Electoral para un período de cinco años y deberá reunir las mismas calidades que exige la Constitución para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

No podrá ser reelegido y ejercerá las funciones que establezca la ley, incluida la dirección y organización de las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas, así como la de celebrar contratos en nombre de la Nación, en los casos que aquella disponga.” (Resaltado fuera del texto).

x) **Del Contralor General de la Republica**, cuando el inciso quinto del artículo 267 disponía que: “El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, **y no podrá ser reelegido para el período inmediato** ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.[...]” (Resaltado fuera del texto).

xi) **De los contralores departamentales, distritales y municipales**, conforme a lo dispuesto en el artículo 272, al establecer en el inciso quinto que: “[...] Ningún contralor **podrá ser reelegido para el período inmediato**. [...]” (Resaltado fuera del texto).

xii) Igualmente en los artículos 18 y 29 transitorios del texto constitucional se regulaban temas relacionados con la no reelección.

5. En este orden de ideas, proporcionándose una interpretación histórica, sistemática y armónica del texto constitucional, queda claro que la voluntad inequívoca del Constituyente de 1991 fue prohibir la reelección, la cual se encuentra transversalizada en todo el texto constitucional.

Es así como **la prohibición de la reelección se constituye en uno de los principios, valores y fines constitucionales del Estado Social de derecho y de la República democrática, participativa y pluralista colombianos.**

6. Otro elemento jurídico trascendente para tener en cuenta en este análisis de hermenéutica jurídica constitucional del artículo 303 de la Constitución Política es el **de la alternación del poder** que inspiró igualmente a los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente en la redacción del texto constitucional, como una respuesta jurídica a una situación política que vivió el Estado y la Sociedad colombianos durante la segunda parte del siglo XX. Al respecto es importante recordar, la célebre definición de Derecho Constitucional proporcionada por el profesor francés André Hauriou, como “[...] el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos. [...]”

7. En este mismo sentido, el Constituyente derivado o secundario, a través del Acto Legislativo 02 de 2015, **reafirmó la no reelección como un principio, valor y fundamento constitucional**, expresando nuevamente, de manera clara, inequívoca y contundente su voluntad en este sentido, como se encuentra contenido en un número importante de artículos del texto constitucional que fueron modificados por el mencionado Acto Legislativo, a saber:

i) **Artículo 126. Modificado por el artículo 2º del A.L. 02 de 2015 así:**

“[...] Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, **no podrá ser reelegido para el mismo**. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la

República y Registrador Nacional del Estado Civil. [...]” (Resaltado fuera del texto).

La expresión resaltada “**no podrá ser reelegido para el mismo**” fue declarada exequible por la Corte Constitucional Colombiana, por el cargo estudiado, mediante la Sentencia C 094 de 15 de febrero de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

ii) **Artículo 197. Modificado por el 9º del A.L. 02 de 2015.** En relación con la reelección del Presidente de la República, el inciso primero dispone que: “[...] **No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia.** Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. **La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente.** [...]” (Resaltado fuera del texto).

iii) **Artículo 257A. Adicionado por el artículo 19º del A.L. 02 de 2015, en su inciso tercero quedó así:**

“[...] Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no podrán ser reelegidos.”[...]” (Resaltado fuera del texto).

iv) **El inciso quinto del Artículo 267 fue modificado por el artículo 22º del A.L. 02 de 2015 así:**

“[...] El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución **y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.** [...]” (Resaltado fuera del texto).

iv) **El inciso 3º del artículo 26º del A.L. 02 de 2015 modificó el artículo 264,** eliminando la expresión:

“y podrán ser reelegidos por una sola vez”: prohibiéndose la posibilidad de reelección de los miembros del Consejo Nacional Electoral. El artículo 14º del A.L. 01 de 2003 permitía que dichos miembros podían “ser reelegidos por una sola vez”.

v) **El inciso 4º del artículo 26º del A.L. 02 de 2015 modificó el artículo 266,** eliminando la expresión:

“Podrá ser reelegido por una sola vez y”: prohibiéndose la posibilidad de reelección del Registrador Nacional del Estado Civil. El artículo 15º del A.L.

01 de 2003 permitía que dicho funcionario pudiera “ser reelegido por una sola vez”.

Es así como, el Constituyente derivado o secundario, a través del Acto Legislativo 02 de 2015, reafirma categóricamente como la prohibición de la reelección sigue constituyéndose **en uno de los principios, valores y fines constitucionales del Estado Social de derecho y de la República democrática, participativa y pluralista colombianos, el cual se encuentra transversalizado en todo el texto constitucional.**

Como conclusión de este primer punto, **la no reelección es un pilar fundamental del ordenamiento jurídico colombiano, democrático y participativo del Estado de Colombia.**

II. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 303 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

8. Es dentro de este contexto histórico que se tiene que llevar a cabo la interpretación y aplicación del artículo 303 de la Constitución Política de Colombia.

En efecto, la redacción original del artículo 303 del texto constitucional era la siguiente:

“Artículo 303. En cada uno de los departamentos habrá un gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del Departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el Departamento. **Los gobernadores serán elegidos para períodos de tres años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente.**

La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales y forma de llenarlas; y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.”
(Resaltado fuera del texto)

9. El artículo 1º del A.L. 02 de 2002 modificó el artículo 303 así:

“Artículo 303. En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento. **Los gobernadores**

serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente.

La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales; y la forma de llenar estas últimas y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.” (Resaltado fuera del texto)

10. Los textos que nos conciernen específicamente con respecto a la reelección de gobernadores son los siguientes:

“[...] ***Los gobernadores serán elegidos para períodos de tres años y no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente.*** [...]” (Resaltado fuera del texto)

Y

“[...] ***Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente.*** [...]” (Resaltado fuera del texto)

Al cotejar, la segunda norma constitucional con la primera, se puede concluir que las dos únicas modificaciones efectuadas al inciso 1º del artículo 303, por el **artículo 1º del A.L. 02 de 2002**, hacen relación a que los gobernadores serán elegidos:

i) **popularmente** y

ii) para períodos **institucionales de cuatro (4) años.**

La parte final del inciso primero del artículo 303 de la Constitución Política se mantiene inmodificable al disponer que: “[...] ***y no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente.***”

11. En consecuencia, la norma constitucional objeto de interpretación constitucional tiene dos supuestos:

i) ***“Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años [...] y***

ii) ***“[...] y no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente.”***

En ese mismo sentido, la redacción de la norma constitucional se mantiene de forma clara al disponer con la “y” copulativa que **los gobernadores elegidos para periodos institucionales no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente.**

12. Continuando con el desarrollo de los temas de hermenéutica jurídica constitucional planteados respecto de este precepto constitucional, es importante resaltar dos principios generales de derecho en materia de interpretación, contenidos en las locuciones latinas:

i) “**in claris non fit interpretatio**”, según la cual, cuando la ley o la norma es clara no hay lugar a ninguna clase de interpretación y

ii) “**Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus**”, donde la ley no distingue, tampoco nosotros podemos hacerlo,

los cuales son perfectamente aplicable al caso *sub examine*, habida cuenta de la forma como se encuentra redactado dicho precepto, se permite concluir, teniendo en cuenta una interpretación histórica, sistemática y armónica, que, **una vez elegido un gobernador popularmente para un periodo institucional no podrá ser reelegido para el periodo siguiente**, sin establecer excepciones, limitaciones, restricciones o situaciones particulares que conduzcan a una interpretación diferente.

En este entendido de cosas, para que la disposición objeto de hermenéutica jurídica constitucional pudiese ser interpretada de otra forma, hubiese sido necesario que la interpretación hubiera sido proporcionada por el sujeto que participó en la adopción de dicha regla de derecho.

Finalmente, llevar a cabo una interpretación diferente, en el caso *sub examine*, puede dar a lugar a que el periodo se entienda no como institucional sino como personal.

III. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN EL CASO *SUB EXAMINE*

13. Continuando con los problemas jurídicos planteados, para terminar con su examen, es importante recordar que el Artículo 230 de la Constitución Política dispone que:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, **la jurisprudencia**, los principios generales del derecho y la doctrina **son criterios auxiliares de la actividad judicial.**” (Resaltado fuera del texto)

En así como, los ordenamientos jurídicos que forman parte de la Familia Romano Germánica, como lo es el Colombiano, se caracterizan porque la principal fuente

del derecho es la ley, positivizada y contenida en textos armónicos y sistemáticos denominados códigos; ley que establece parámetros de conducta, de manera general, abstracta e impersonal, inspirada en principios de justicia y del bien común.

14. En estos ordenamientos jurídicos las decisiones de los órganos jurisdiccionales caracterizan porque son claramente la manifestación del ejercicio de la **jurisdictio** es decir, son claramente la manifestación del ejercicio de declaración del derecho, en donde la jurisprudencia tiene un papel muy limitado en la adopción de las reglas del derecho; a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en los ordenamientos jurídicos que hacen parte de la Familia de la Common Law, en donde su principal fuente de derecho es la jurisprudencia: el precedente jurisprudencial.

En contexto, a la luz de las normas constitucionales, legales y los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, especialmente, se le ha reconocido a la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano un papel importante, a través del establecimiento de instituciones y figuras jurídicas como: i) El precedente judicial; ii) El antecedente jurisprudencial; iii) El precedente jurisprudencial; iv) El precedente horizontal y el precedente vertical; vi) La jurisprudencia en vigor; vi) La doctrina probable y vii) Las sentencias de unificación jurisprudencial.

Estas instituciones y figuras jurídicas, con diferentes clases de autoridad, se constituyen, sin lugar a dudas, en otro grado de interpretación constitucional, el cual es proporcionado por los órganos jurisdiccionales como sujetos que no han participado en la adopción de las reglas de derecho.

Dentro de este marco jurídico, en el caso *sub examine*, no se encuentra una interpretación jurisdiccional que pueda constituirse en un precedente jurisprudencial o sentencia de unificación de la jurisprudencia.

Finalmente, considero que estas instituciones o figuras jurídicas se deben enmarcar, en todo caso, dentro del supuesto previsto en la premisa del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia.

CONCLUSIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas anteriormente, me permito manifestar que me aparto respetuosamente de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2017, en el caso de la referencia, debido a que considero que, el gobernador se encontraba incurso en la prohibición constitucional prevista en el artículo 303 de la Constitución Política de Colombia.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

HERNANDO SANCHEZ SANCHEZ
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO DE RAMIRO PAZOS GUERRERO

Con el respeto que me merecen las decisiones adoptadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, manifiesto que salvo el voto y me aparto de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2017, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demandas de nulidad electoral promovidas por los ciudadanos Miguel Antonio Cuesta Monroy y Rafael Calixto Toncel Gaviria en contra de la elección del Gobernador de Caldas, Guido Echeverry Piedrahita. A continuación expondré las razones por las cuales disiento de la posición mayoritaria de la Sala que consideró que la retroactividad de los efectos de la nulidad del acto electoral enerva la causal constitucional de inelegibilidad de prohibición de reelección consecutiva contenida en el artículo 303 de la Constitución Política¹³⁶.

El problema central de la sentencia se concentró en determinar los efectos de la sentencia que declaró la nulidad del acto de elección -de la primera-, esto es, si las consecuencias jurídicas de la decisión judicial solo lo afectan a partir del momento en que cobra fuerza ejecutoria la decisión judicial, o si, por el contrario, los efectos se proyectan y se extienden retroactivamente, hacia la elección misma,

¹³⁶ Artículo 303. "En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento. Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente. La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales; y la forma de llenar estas últimas y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos. Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido" -se subraya-.

al punto de considerarse que el acto, por ser nulo, nunca existió, y por ende, no se configuró una causal de inelegibilidad.

La tesis que sostengo en este salvamento es que si bien el precedente de la Corporación ha sostenido que los efectos de nulidad del acto de elección son retroactivos, una decisión judicial no puede a través de la impresión de efectos extunc quebrantar la causal constitucional de inelegibilidad de prohibición de reelección consecutiva prevista en el artículo 303 de la Constitución Política en la medida que se desdibujaría el diseño constitucional inspirado por el constituyente de 1991 y su reparto de competencias, cuestión que es, en la actualidad, corregida por la Ley 1437 de 2011.

Para abordar la anterior postura, en primer lugar se hará un estudio de la evolución de los efectos de anulación del acto administrativo para demostrar el carácter retroactivo que se le ha punteado desde tiempos remotos a este tipo de decisiones judiciales en razón de la influencia del derecho civil en la construcción del derecho administrativo, para luego poner en relieve los problemas lógicos y jurídicos que implica darle carácter retroactivo a los efectos de anulación de un acto electoral en la medida que hace nugatorio el alcance del artículo 303 de la Constitución Política sobre alternancia del poder y desconoce que los períodos electorales son institucionales y no personales. Finalmente, aunque no aplica para el caso concreto y en vista del pendencia entre la inveterada postura jurisprudencial que aboga por los efectos retroactivos de anulación de los actos electorales y el mandato constitucional de prohibición de reelección, el legislador de 2011 al expedir la Ley 1437 de 2011 anunció que los efectos serían irretroactivos.

A. El carácter retroactivo de los efectos de nulidad electoral: una historia marcada por la incidencia del derecho civil en la construcción del derecho administrativo

La teoría de la inexistencia de los actos administrativos es fruto de la transposición en derecho público de una teoría que ha sido elaborada en las arcas del derecho civil y constituye uno de los paradigmas más visibles de la relación de influencia y de imitación que se origina entre estas dos ramas del derecho¹³⁷. En efecto, en la segunda mitad siglo XIX, Laferrière, siguiendo la inspiración de la obra civilista de Aubry y Rau¹³⁸, funda las primeras bases de la teoría sobre la inexistencia de los

¹³⁷ Cfr. AUBY, Jean Marie, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Thèse droit, 1947, Paris, p. 1. Citado por PLESSIX Benoit, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris II, L.G.D.J, Paris, 2003, p. 443. CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, t. II, La famille, 20 éditions, PUF, coll. Thémis, 1999, Paris, pp. 622-623.

¹³⁸ « D'inspiration civiliste, la théorie de l'inexistence l'est assurément. Á l'époque où il en expose les premiers éléments, Laferrière ne peut avoir qu'un seul modèle : le droit privé. Le terme même d'inexistence, absente de la tradition juridique française, étranger au vocabulaire des auteurs de l'Ancien Droit comme au contenu du Code Civil de 1804, n'a pu être emprunté qu'à l'œuvre d'Aubry et Rau, initiateurs depuis la moitié du XIX siècle d'une théorie qui, reprise rapidement par d'autres auteurs éminents jurisconsultes tels

actos administrativos y sus efectos sobre el plano contencioso administrativo¹³⁹, donde se constata también que dicha doctrina no es propia de la residencia del derecho público sino del derecho civil¹⁴⁰.

En Colombia, a partir de los elementos del derecho civil, la teoría de la inexistencia del acto administrativo en razón de los efectos retroactivos de nulidad fue adoptada por primera vez por el Consejo de Estado en 1915¹⁴¹ y, tiempo después, en 1934, se confirmó esta tesis inaugural donde se precisó que los efectos de la anulación declara “inexistente [el acto] desde su origen”¹⁴². Así, las cosas en los fallos sucesivos se sostuvo de modo reiterado y pacífico que la anulación de los actos administrativos producía efectos *ex tunc*, es decir, desde la fecha de su expedición, pero con la salvedad que no se afectaban situaciones jurídicamente consolidadas¹⁴³.

Demolombe ou Laurent, devait diviser pour de longues années la doctrine civiliste » : PLESSIX Benoit, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éditions, Panthéon Assas, Paris II, L.G.D.J, Paris, p. 443-444. « De inspiración civilista, la teoría de la inexistencia lo es sin duda. En la época donde se exhiben los primeros elementos, Laferrière tiene un único modelo: el derecho privado. El mismo término de inexistencia, ausente de la tradición jurídica francesa, extraño al vocabulario de los autores del antiguo derecho como el contenido en el Código Civil de 1804, ha podido ser prestado solamente del trabajo de Aubry y Rau, iniciadores desde la mitad del siglo XIX de una teoría que, retomada rápidamente por otros juristas destacados como Demolombe o Laurent, debía dividir la doctrina del derecho civil durante muchos años” -traducción libre-.

¹³⁹ « L'acte fait par une personne dénuée de toute autorité n'est pas seulement annulable, il est inexistant » : LAFERRIERE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. II, p. 498. Citado por PLESSIX Benoit, p. 446. « El acto de una persona despojada de toda autoridad no solo es anulable sino inexistente” -traducción libre-

¹⁴⁰ Jean Soto escribió: « la doctrine de l'inexistence n'est pas propre au droit public: elle vient du droit civil où elle est née à propos de la théorie de mariage » : *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Thèse, droit, 1941, p. 48. Citado por PLESSIX Benoit, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris II, L.G.D.J, Paris, p. 446. « La doctrina de la inexistencia no es propia de derecho público: proviene de la ley civil donde nació la teoría del matrimonio” –traducción libre-.

¹⁴¹ “[L]a nulidad (...) produce el resultado de que las relaciones jurídicas de las partes, vuelvan al estado que tenían antes del acto o contrato nulo. (...) Por tanto, declara[da] la nulidad de una ordenanza por la autoridad de lo contencioso administrativo (...) necesariamente deben reestablecerse las cosas, en lo que sea físicamente posible, al estado que tenían antes de la vigencia de la ordenanza, esto es, se consideran inválidos los efectos producidos por ella.”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de junio de 1915 –sin número de radicación. Demandante: Compañía del Puente de Portillo y otro, M.P. Adriano Muñoz. En OSPINA GARZÓN, Andrés (editor), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 428.

¹⁴² Consejo de Estado, auto del 6 de junio de 1934 –sin número de radicación, actor: Víctor Pérez, citado por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de junio de 1915 –sin número de radicación. Demandante: Compañía del puente de Portillo y otro.

¹⁴³ Sobre el respeto de los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, el Consejo de Estado ha reiterado que si bien la nulidad tiene efectos retroactivos, éstos aplican únicamente sobre las situaciones en curso (no consolidadas) y, por tanto, no afectan los derechos reconocidos en actos particulares y concretos expedidos con base en las disposiciones anuladas: “Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos *ex tunc* ('desde entonces'), esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las

Bajo esta postura jurisprudencial, el Consejo de Estado introdujo dos variaciones importantes. La primera en 1989, donde se precisó que la nulidad de los actos administrativos de carácter general producía efectos *ex nunc*, esto es, hacia el futuro, a partir de una cierta semejanza entre aquellos y las leyes en un sentido material, acepción que llevó a la Corporación a asimilar los efectos de la inexecutable de la ley con los efectos de nulidad de los actos, es decir, *ex nunc*¹⁴⁴ -aunque esta postura venía perfilándose desde 1973¹⁴⁵-. La segunda, el Consejo de Estado en sentencia del 6 de octubre de 2011¹⁴⁶ adoptó la técnica de modulación de los efectos de nulidad. En esta ocasión, en la sentencia anotada, a instancias de lo hecho por la Corte Constitucional, la Corporación declaró la nulidad de la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral; no obstante los efectos de nulidad fueron diferidos temporalmente hasta que se llevaron a cabo los comicios electorales que se avecinaban, por la natural y obvia razón de que el retiro inmediato de los segmentos normativos acusados implicaría una situación más aciaga desde el punto de vista de la organización electoral, pues el órgano rector quedaría acéfalo.

En suma, de lo anotado hasta aquí y a modo de epílogo, es pertinente afirmar que el derecho positivo ha sido poco elocuente¹⁴⁷ al momento de fijar los efectos de

cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo. En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieran demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada...”: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, rad. 21051, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 31 de mayo de 1994, rad. 7245, M.P. Dolly Pedraza de Arenas.

¹⁴⁴ “[E]l fallo de nulidad se puede asimilar al de inexecutable porque naturalísticamente se trata del mismo fenómeno, la diferencia radica en el órgano jurisdiccional que resuelva el conflicto”: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 9 de marzo de 1989, rad. n.º 112, citada en la sentencia del 18 de julio de 2011 de la Sección Cuarta de la Corporación, rad. 16191, M.P. Hugo Hernán Bastidas Bárcenas.

¹⁴⁵ “La declaración de inexecutable equivale a una declaración de nulidad. (...) la sentencia de inexecutable: no tiene efecto retroactivo, todo lo contrario, sus efectos son hacia el futuro y, por consiguiente, se reconocen los actos y situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley. (...) tanto la inexecutable como la nulidad se asimilan. Por lo tanto, los efectos de la primera son perfectamente aplicables a la segunda”: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de abril de 1973, citada por la sentencia del 18 de julio de 2011 de la Sección Cuarta, rad. 16191, M.P. Hugo Hernán Bastidas Bárcenas.

¹⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de marzo de 2014, rad. 11001-03-28-000-2012-00006-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁴⁷ El derecho positivo en ocasiones puntuales ha señalado los efectos de la anulación de los actos administrativos. En materia de servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994 dispuso que “la anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro (...)”-artículo 38-. La Ley 1150 de 2007 prescribe que la nulidad del acto de inscripción y calificación en el registro único de proponentes “solo tendrá efectos hacia el futuro”-artículo 6º-.

anulación de los actos administrativos y, en virtud de la incidencia de la teoría civilista en la elaboración del derecho administrativo con figuras como la teoría de la inexistencia de actos administrativos, se ha sostenido sosegadamente -salvo las variaciones anotadas- que los efectos de nulidad son retroactivos sin afectar situaciones jurídicamente consolidadas.

Bajo estos supuestos, la jurisprudencia ha considerado que la nulidad judicial del acto administrativo por el cual se declara la elección extingue retroactivamente sus efectos y, por tanto, al desaparecer sus consecuencias se consideraba que dicho acto jurídico nunca existió y que, por lo mismo, el mandatario local no ejerció las funciones durante el periodo electoral, por lo cual podía presentarse, sin estar incurso de una inhabilidad, a una reelección inmediata¹⁴⁸.

Sin embargo, al margen de todas las críticas que se puedan enrostrar a la doctrina jurisprudencial que propende por el carácter retroactivo de los efectos de nulidad, considero que la influencia del derecho civil mediante la teoría de la inexistencia de los actos en razón de la nulidad de los mismos no puede transponerse sin ninguna previsión en sectores del derecho público, especialmente en aquellos como el electoral, en donde existen unas inhabilidades que propenden por la protección del ejercicio de la democracia y los derechos del electorado con lo cual se busca evitar favorecer intereses personales en desmedro del interés general, y garantizar una participación en igualdad de condiciones en la justa electoral.

Se advierte que en todo caso la categoría de inexistencia del acto administrativo derivado de los efectos de nulidad colisiona con la inhabilidad postulada en el

¹⁴⁸ “Reiteradamente se ha dicho que la anulación de un acto administrativo implica que las cosas vuelven al estado en el cual estaban antes de proferirse el acto viciado, en este caso el declaratorio de la elección anulada”: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de abril de 1997, rad. 1656.

Asimismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, siguiendo las directrices anotadas por la Sección Quinta, ha dicho: “Esta Sala sostuvo que la anulación judicial de cualquier acto administrativo tiene efectos extunc, esto es, que abarca desde el origen o nacimiento del acto que el juez retira del mundo jurídico, lo que conlleva la ficción de que dicho acto administrativo nunca existió y por lo mismo no produjo ningún efecto jurídico, por lo cual será necesario hacer lo posible para retrotraer las cosas al estado en que se encontraban al momento en que se expidió la decisión judicialmente anulada”: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2248, 30 de abril de 2015, M.P. Germán Bula Escobar.

En sentencia del 3 de noviembre de 2005, la Sección Quinta explicó que la nulidad del acto electoral lleva aparejada la inexistencia del mismo, es decir, que el acto de elección nunca había existido, en razón a que los efectos de las nulidades tienen la potencialidad de regresar las cosas al estado anterior a la expedición del acto viciado: “La anulación de los actos administrativos produce efectos extunc lo cual se interpreta como si el acto no hubiera existido jamás; es así que declarada la nulidad de la elección, el acto administrativo respectivo desaparece de la vida jurídica y las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto afectado de nulidad, es por ello que la elección del alcalde (...) para el periodo 2001- 2003, después de ser anulada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, deja de existir y por la misma razón, debe entenderse que el señor (...) nunca fue elegido alcalde del municipio de Guatavita durante el periodo (...) y no se configuró la reelección inmediata(...)”: Consejo der Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de noviembre de 2005, rad. 3792, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica.

artículo 303 de la Constitución de 1991, que desde su origen estableció la prohibición de reelección consecutiva para el gobernador en el ejercicio del cargo durante dos períodos consecutivos. Entonces, cuando el Consejo de Estado traslada la teoría de la inexistencia de los actos al derecho público, lo que hace es alterar la precitada prohibición constitucional de ser reelegido, ya que la inhabilidad desaparece por el hecho de que el juez electoral declara la nulidad del acto de elección que determinó su designación en el período inmediatamente anterior. Esto será explicado cómo se sigue.

B. La aplicación retroactiva de la nulidad de los actos electorales es contraria al principio de la alternancia del poder previsto en el artículo 303 de la Constitución Política

La teoría de la inexistencia del acto administrativo ha sido aplicada en aquellos casos que revelan una utilidad sustancial, como lo es la nulidad de la declaratoria de insubsistencia laboral cuyo efecto hacia el pasado permite que no solo recupere vigencia el acto de nombramiento¹⁴⁹ sino que se indemnicen, como si nunca se hubiera retirado del servicio el funcionario, los salarios, emolumentos y prestaciones dejados de percibir¹⁵⁰, y que tal vez, en gracia de discusión, tiene plena lógica por los efectos adversos que traería no disponer de tales efectos. Sin embargo, los efectos retroactivos también se han extendido a los actos de naturaleza electoral, sin que existan razones convincentes de porqué ese tipo de consecuencias.

En este sentido, la sentencia afirma que la prohibición de reelección se configura cuando (i) alguien es elegido gobernador para determinado período institucional y (ii) esa misma persona es elegida para el período institucional siguiente; no obstante, cuando por causa de una sentencia judicial la primera elección dejó de existir, desaparece el primer supuesto de la prohibición, por ende, la no infracción de la norma constitucional no sobrevendrá por el simple hecho de acaecer el mencionado segundo presupuesto material.

Esta tesis jurisprudencial que evoca la ficción según la cual *“todo vuelve a su estado anterior, como si el acto nunca hubiese existido”*, encierra riesgos de diversa naturaleza como lo es el de aceptar que la inexistencia del acto de elección, en razón del carácter retroactivo de los efectos de las sentencias de nulidad, no infringe el mandato superior signado por el artículo 303 de la Constitución, cuando en realidad esta postura jurisprudencial termina por mutar - sin alterar su expresión escrita¹⁵¹- el significado de la prohibición sobre reelección

¹⁴⁹ “[D]e prosperar la nulidad de la resolución acusada, sin necesidad de pronunciamiento adicional, o sea automáticamente, recobraría vigencia el nombramiento declarado insubsistente, ya que los efectos de nulidad de un acto administrativo, consistente precisamente en dejar la situación jurídica como se encontraba en el momento anterior a la expedición del mismo”: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2010, rad. 14.364.

¹⁵⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto de 2016, M.P. William Hernández Gómez.

¹⁵¹ En cuanto a la teoría de la mutación consultar: SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al

consecutiva, cuyo objetivo no es otro que el de evitar la ventaja ilegal en las contiendas electorales para la designación de gobernadores. Así, se puede afirmar que esta interpretación jurisprudencial se constituye en una infracción al principio de supremacía de la Constitución, y por tanto, permite que se incluya una interpretación que reforma informalmente la Constitución y pone en cuestión las bases fundamentales del sistema electoral.

Además, la postura adoptada por la sentencia supone, en primer lugar, el desuso de esta inhabilidad de rango constitucional, pues impide que se configure cuando interviene un juicio electoral de anulación; en segundo lugar, implica la adopción de un modelo institucional diferente del concebido por el constituyente de 1991 donde se privilegió la alternancia en el poder mediante elecciones periódicas; y finalmente, se suprime el principio de igualdad en la contienda electoral.

Si bien en la sentencia se afirma que una de las causales de inelegibilidad es la prohibición contenida en el artículo 303 -reelección-, a renglón seguido se sostiene que no se configura esta causal cuando interviene una sentencia judicial que disipa uno de los elementos configuradores de la prohibición de reelección, esto es que la primera elección dejó de existir. Esta postura afecta abiertamente el mandato constitucional que está llamado a producir plenos efectos; sus consecuencias pueden ser inesperadas, piénsese en que un candidato pese a estar en una causal de inhabilidad resulta electo y su elección es declarada nula antes de los 18 meses para terminar su período, por lo que, siguiendo la premisa de la sentencia, el demandado nunca fue elegido para el mismo cargo en el periodo inmediatamente anterior, lo que le permitiría, sin objeción alguna, presentarse a una contienda en elecciones atípicas.

En ese contexto, es menester que se hubiera revisado los efectos retroactivos de nulidad del acto electoral a la luz de la causal de inelegibilidad del referido artículo 303, en tanto no es lógico apoyarse en una ficción que crea un desfase entre el texto superior -prohibición de reelección- y la realidad -reelección por intervención judicial-.

C. Se desconoció que el periodo del gobernador es institucional y no personal

El Acto Legislativo n.º 02 de 2002 por medio del cual se precisó que los periodos electorales eran institucionales y no personales entre otros, para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles, cambió la connotación del vocablo "período" empleado en el artículo 303 de la Constitución y lo concibió también para casos de inhabilidad como de carácter institucional y no personal o subjetivo. Esto tiene una relevancia importante, pues la sentencia precisa que al haberse anulado la primera elección el demandado nunca fue elegido para el mismo cargo en el periodo anterior, lo que contradice el espíritu de la reforma del Acto Legislativo n.º 02 de 2002, puesto que la inhabilidad de prohibición de reelección no debió

origen del concepto" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, n.º 58, 2000.

analizarse bajo la creencia que el periodo cumplido por el gobernador fue subjetivo, en tanto que la reforma constitucional dejó en claro que el régimen de inhabilidades para efectos de la nulidad electoral era objetivo, esto es institucional. No se tuvo en cuenta que el periodo cumplido por el mandatario seccional fue institucional y por, ende, se echa de menos que no se haya considerado que aquel tiempo durante el cual el gobernador ejerció autoridad política y administrativa fue dentro de un período institucional, razón por la cual se configuró claramente una inhabilidad al haber fungido como tal durante el periodo inmediatamente anterior con lo que la interpretación sobre la retroactividad riñe con el significado del artículo 303 superior.

Decir lo contrario significa favorecer intereses personales y relegar los principios de transparencia e igualdad propios de la función electoral, máxime cuando durante el período institucional el demandado ejerció funciones propias del cargo y desplegó todas las actividades atinentes a la administración departamental, con lo que sin duda aventajó a sus posibles contendores del próximo certamen electoral. De ahí que tomar el período de ejercicio del gobernador como parte de un período personal y no institucional conduce a desconocer las reglas de igualdad en la contienda electoral y a trastocar el principio democrático de la alternancia del poder.

Por último, no puedo pasar por alto que el legislador de 2011 al expedir la Ley 1437 y previendo las consecuencias de perpetuar esta postura jurisprudencial, precisó que los efectos de nulidad del acto electoral serían irretroactivos.

C. Los efectos de nulidad electoral son *exnunc* a partir del artículo 288 del C.P.A.C.A.

Sobre las consecuencias que se dispone en las sentencias de nulidad del acto de elección, es pertinente mencionar que el legislador de 2011 al expedir el C.P.A.C.A dispuso en el artículo 288¹⁵² que en los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275¹⁵³ de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se haría efectiva a la ejecutoria de la sentencia. Es claro, entonces, que el legislador no hace ninguna alusión expresa a la forma en la que deben proyectarse los efectos de la sentencia, como tampoco lo hacía en el CCA; no obstante, en la norma transcrita del CPACA, es decir, la actual, a diferencia de la que le precedió, sí se

¹⁵² Artículo 288. "Consecuencias de la sentencia de anulación. 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".

¹⁵³ Artículo 275. "Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...) 5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad. 8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política al momento de la elección".

señala con total precisión que la nulidad por violación de las condiciones de inelegibilidad lleva aparejada "(...) la cancelación de la respectiva credencial que se hará **efectiva a la ejecutoria de la sentencia** (...)", mas no desde la fecha de la elección, es decir, prescindió de los efectos *extunc*.

Así las cosas, el artículo 288 del CPACA, norma especial electoral, fija las consecuencias de la sentencia de anulación electoral y corrige -en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos (causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA), los efectos anulatorios retroactivos que había pacíficamente acuñado la jurisprudencia, de tal manera que el nuevo estatuto desecha la construcción de la ficción jurídica en virtud de la cual se emulaba la teoría de la inexistencia del acto, pues creaba una contradicción abierta con el artículo 303 Constitucional.

Esta es la postura que privilegia en la actualidad la Sección Quinta del Consejo de Estado al disponer en Sentencia de Unificación del 7 de junio de 2016¹⁵⁴ sobre los efectos de la declaratoria de nulidades electorales:

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 –énfasis propio-.

Bajo esta nueva argumentación, los efectos de anulación del acto electoral deberán aplicarse a futuro en aras de preservar el diseño institucional en el nivel territorial dispuesto por el constituyente de 1991.

En esos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Respetuosamente,

RAMIRO PAZOS GUERRERO

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de junio de 2016, rad. 2015-00051, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO DE CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Y ALBERTO YEPES BARREIRO

Con respeto por las providencias de esta Sala, nos permitimos señalar las razones por las cuales nos apartamos de la decisión adoptada en la sentencia de la referencia, esto es, la de **“NEGAR las pretensiones de las demandas de nulidad electoral promovidas por los ciudadanos MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY y RAFAEL CALIXTO TONCEL GAVIRIA.”**

Toda vez que son varios los motivos que nos obligan a separarnos -tanto de la parte motiva como resolutive- de la sentencia de 23 de mayo de 2017, nos pronunciaremos sobre cada uno de ellos así: 1) la forma en que la Sala Plena asumió el conocimiento del caso, junto con el hecho de quedar en evidencia que el caso no revestía ni importancia jurídica, ni necesidad de sentar jurisprudencia alguna, 2) la correcta interpretación de la prohibición del artículo 303 de la Constitución Política y, finalmente, nos pronunciaremos sobre, 3) la inexistencia de precedente aplicable al caso concreto y la desatinada tesis que se defendió en la providencia objeto de salvamento, en relación con los efectos *ex tunc* de las decisiones anulatorias electorales.

Primero: En el caso que nos ocupa ocurrió que la Ponente, integrante de la Sala Electoral del Consejo de Estado, radicó ponencia ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación que proponía avocar, oficiosamente por esta Sala, el fallo del asunto.

Lo anterior, en la práctica, implicó una sugerencia o, si se quiere, una solicitud a la Sala Plena de esta Corporación, con el fin de avocar el conocimiento del asunto, por supuesta importancia jurídica y la aparente necesidad de sentar jurisprudencia.

El primer comentario que esta circunstancia nos merece está ligado al desconocimiento del artículo 271 del CPACA.

En efecto, el primer inciso de dicha norma establece que: *“Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público”.*

La diferencia entre asumir de oficio el conocimiento de un asunto y asumirlo previa remisión de la Sección radica en que, en el primer evento, uno o algunos miembros de una Sección distinta de aquella a la que le corresponde resolver el caso elevan tal solicitud, mientras que el segundo escenario se materializa cuando la solicitud proviene directamente del fallador natural, previa votación al interior de la Sección con acta que dé cuenta de ello.

De lo contrario no existiría efecto útil en la norma y las expresiones **“de oficio”** y **“por remisión de las secciones”** serían tratadas como sinónimas.

Pues bien, la Sala Especializada, juez natural de la controversia, tanto no estuvo de acuerdo con la sugerencia de la Ponente que mayoritariamente votó negativamente dicha providencia.

De otra parte, la Sala Plena justificó la decisión de avocar el conocimiento del asunto por cuanto *“en primer lugar, se advierte que la forma en la que fue trabada la litis entraña un necesario análisis sobre el estado de la jurisprudencia de la Corporación y su avenencia al contexto fáctico y jurídico actual, en un punto que no solo resulta neurálgico para temas propios de la Sección Quinta, sino también de las otras secciones, como lo son los efectos del fallo que declara la nulidad de un acto, en este caso electoral”.*

Es apenas obvio que la resolución de cualquier caso *“entraña un necesario análisis sobre el estado de la jurisprudencia de la Corporación y su avenencia al contexto fáctico y jurídico actual”*, además, si se trata de la necesidad de hacer un análisis de los efectos anulatorios del acto electoral no se entiende por qué tal aspecto *“no solo resulta neurálgico para temas propios de la Sección Quinta, sino también de las otras secciones”* si se tiene en cuenta que la Sala Electoral es la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Finalmente, indicó el auto, con el que la Sala Plena asumió la competencia del asunto, que se hacía necesario *“sentar jurisprudencia”* sobre los siguientes aspectos plasmados en la fijación del litigio:

- i. El alcance de los artículos 125, 197, 303 y 304 de la Constitución, y 31.7 de la Ley 617 de 2000, cuando entre una elección y otra media la declaración

de nulidad electoral. **-sobre esto ya hay jurisprudencia sentada¹⁵⁵, pero, en cualquier caso, si no la hubiera, no es claro por qué debe sentarla la Sala Plena y no la Sala Especializada. Si es así entonces nunca las secciones estarían habilitadas para sentar jurisprudencia en los temas de su competencia-**

- ii. Los efectos *ex nunc* y *ex tunc* de los fallos de nulidad electoral. Evolución jurisprudencial y concordancia con el contexto jurídico actual. **-sobre esto ya hay jurisprudencia sentada¹⁵⁶ especialmente, la Sentencia de Unificación de la Guajira¹⁵⁷-, pero, en cualquier caso, si no la hubiera, no es claro porque debe sentarla la Sala plena y no la Sala Especializada. Si es así entonces nunca las secciones estarían habilitadas para sentar jurisprudencia-**
- iii. La confianza legítima a partir de los fallos judiciales y su exigibilidad frente a un cambio de paradigma normativo. **-sobre esto ya hay jurisprudencia sentada -Alcalde Soacha 2012-2015 y Cámara Antioquia 2014-2018-, pero, en cualquier caso, si no la hubiera, no es claro porque debe sentarla la Sala Plena y no la Sala Especializada. Si es así entonces nunca las secciones estarían habilitadas para sentar jurisprudencia-**
- iv. La confianza legítima en relación con los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y las decisiones del Consejo Nacional Electoral y su incidencia en la órbita jurisdiccional. **-sobre esto la ley es tan clara en cuanto a su carácter no vinculante, que no le queda a la Sala Plena camino distinto que ratificar el alcance legal, para lo que no tiene sentido seleccionar este caso-**
- v. Primacía de las instituciones democráticas, las reglas electorales y el derecho del elector sobre las aspiraciones individuales de los candidatos. **- sobre esto ya hay jurisprudencia sentada -Concejales Cartagena 2015-2019, Cámara Magdalena 2014-2018, Gobernadora Guajira 2015-2019-, pero, en cualquier caso, si no la hubiera, no es claro porque debe sentarla la Sala Plena y no la Sala Especializada. Si es así entonces nunca las secciones estarían habilitadas para sentar jurisprudencia-**
- vi. Compatibilidad entre el período institucional introducido con la reforma constitucional de 2002 y la elección de un ciudadano en períodos

¹⁵⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (i) Sección Quinta, sentencia de treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y siete (1.997) CP. Miren De La Lombana De Magyaroff, (ii) Sección Quinta, sentencia de dieciocho (18) de abril de dos mil cinco (2005) CP. María Nohemí Hernández Pinzón, (iii) Sección Quinta, sentencia del tres (3) de noviembre de dos mil cinco (2005) CP. Reinaldo Chavarro Buriticá, (iv) Sección Quinta, sentencia del veintinueve (29) de mayo de dos mil nueve (2009), CP. Filemón Jiménez Ochoa, (v) Sección Quinta, sentencia del once (11) de junio de dos mil nueve (2009) CP. María Nohemí Hernández Pinzón, (vi) Sección Quinta, sentencia del ocho (8) de abril de dos mil diez (2010) CP. Mauricio Torres Cuervo, (vii) Sección Quinta, sentencia de tres (3) de marzo de dos mil once (2011) CP. Mauricio Torres Cuervo, (ix) Sección Quinta, Sentencia de Unificación 26 de mayo de 2016 Cp. Carlos Enrique Moreno Rubio, Sección Quinta, (x) Sentencia de Unificación 7 de junio de 2016 CP. Alberto Yepes Barreiro

¹⁵⁶ La indicada en el pie de página anterior.

¹⁵⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 7 de junio de 2016. Expediente 11001032800020150005100. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

consecutivos. **-sobre esto ya hay jurisprudencia sentada –Gobernadora Guajira 2015-2019-, pero, en cualquier caso, si no la hubiera, no es claro porque debe sentarla la Sala plena y no la Sala Especializada. Si es así entonces nunca las secciones estarían habilitadas para sentar jurisprudencia-**.

En suma, los argumentos con fundamento en los cuales la competencia para la resolución del caso concreto fue trasladada de la Sección Quinta del Consejo de Estado, a la Sala plena de esta Corporación, no fueron ni suficientes, ni convincentes, **y prueba de ello es que la sentencia objeto de salvamento no terminó sentando jurisprudencia alguna.**

La providencia de 23 de mayo de 2017 simplemente se ocupó de resolver el caso concreto sin crear regla o subregla alguna en relación con la forma adecuada de resolver este tipo de casos, como si la verdadera motivación para haber asumido el conocimiento del asunto fuese el de tener control sobre la parte resolutive de la sentencia.

Segundo: Debe tenerse en cuenta que de lo que se trataba en este caso era de verificar la aplicación del artículo 303 Superior al caso concreto, ejercicio que ha debido hacerse con fundamento en todos los sistemas de interpretación, de lo que ni siquiera se ocupó la Sala, y que, por tanto, nos obliga a adelantar dicho análisis, del que como se verá solo es posible extraer una conclusión: **el demandado sí incurrió en la prohibición constitucional endilgada.**

Si acudimos a la **interpretación literal**, se tiene que de la simple lectura de la norma se advierte que *“los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente”* y en el caso que nos ocupa, el demandado fue elegido gobernador para el periodo institucional 2012-2015 y, a pesar de ello, se inscribió y resultó elegido para el periodo institucional siguiente, es decir, el periodo 2016-2019.

Desde la perspectiva del sistema de interpretación gramatical, se hace necesario determinar a qué se refiere la norma con *“período institucional”*. Para ello, se revisará, por un lado, el significado de estas dos palabras en el idioma castellano -RAE- y, de otra parte, se acudirá al significado que los juristas (legislador, jueces o la doctrina) le han atribuido a dicha expresión, es decir al significado de la expresión dentro del discurso jurídico.

- RAE: 1) Período: *“Espacio de tiempo que incluye toda la duración de algo”*.
2) Institucional: *“Pertenece a una institución o a instituciones políticas, religiosas, sociales, etc.”* De lo anterior se deriva que al unir los dos significados comunes de estas dos palabras se entiende que un período institucional se refiere al período de 4 años para el ejercicio del cargo de gobernador, -ni más ni menos- pues ese es el período establecido para la institución.

- Significado tecnicado en el discurso jurídico: Por un lado tenemos a la Corte Constitucional que ha establecido la siguiente definición: “(...) 3.3.2. La Corte entiende por período “el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de la función pública”¹⁵⁸. “La jurisprudencia constitucional se ha referido en diferentes decisiones a la existencia de dos tipos de períodos: los objetivos o institucionales y los subjetivos o personales. La diferencia entre ellos se evidencia cuando se elige o se designa el reemplazo de quien incurra en causal de falta absoluta antes de la terminación del período correspondiente. Mientras que en el período institucional el reemplazo es elegido o designado por el resto del período, es decir por el lapso que le faltaba a su antecesor, en los eventos en que opera el período subjetivo o personal, cada elegido o designado se vincula al servicio público para todo el período señalado en la Constitución o en la Ley. Las elecciones de funcionarios de período institucional se realizan en la misma fecha para todos ellos y la de los de períodos personales en la medida en que cada titular culmine su período (...)”¹⁵⁹.

De otra parte el Consejo de Estado ha establecido: “Sea lo primero indicar que la jurisprudencia ha definido el período institucional como aquel en el que por una disposición constitucional o legal se fija una fecha específica para la asunción o ejercicio del respectivo cargo, en contraposición con el período individual frente al cual, por no existir una regla en dicho sentido, debe entenderse que comienza el día en que el electo toma posesión de la función correspondiente...El período es institucional cuando tiene una fecha de comienzo cierta, ya sea que la fije directamente la Constitución o el legislador. Por el contrario, es personal, individual o subjetivo cuando inicia con la posesión de quien asume la respectiva función”¹⁶⁰.

La connotación del término a la luz del discurso jurídico conlleva la misma conclusión, en suma, el demandado fue elegido gobernador para el periodo institucional 2012-2015 y, a pesar de ello, se inscribió y resultó elegido para el periodo institucional siguiente, es decir, el periodo 2016-2019.

Agotado el “argumento del lenguaje”, es conveniente efectuar el mismo estudio a la luz del “argumento a contrario”: Al analizar los elementos que conforman la norma, se observa que el constituyente en ninguna parte del texto se refirió a que “los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente”, salvo que por cualquier motivo no culmine dicho periodo. Esto último no lo expresó el Constituyente y, si lo hubiese querido hacer, así lo habría dicho, pero lo cierto es que no lo hizo.

¹⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-194 de 1995.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-822 de 2004.

¹⁶⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de abril de 2013. Acumulado 2012-00019-00, 2012-00021-00, 2012-00027-00 y 2012-00028-00.

Interpretemos la norma, ahora, bajo la técnica de la **interpretación extensiva**, según la cual a una disposición se le pueden añadir significados, siempre y cuando estos se encuentren amparados por el espíritu de la norma.

A título de discusión, incluyamos dentro de los supuestos de la disposición el hecho de que si el gobernador por cualquier motivo no culmina su primer periodo, puede ser reelegido para el período institucional siguiente. Pues bien, al hacer lo anterior, se advierte que esta circunstancia no guarda relación con lo previsto de manera literal por la disposición objeto de interpretación, sino que se extiende tanto su alcance que aquello implica la creación de una disposición nueva y diferente.

En efecto, el período institucional se cumple una vez se agota todo el término previsto para esa institución -4 años-, luego pretender incluir excepciones para enervar la aplicación de la prohibición de reelección, desnaturalizaría el texto mismo de lo supuesto.

Hagamos el ejercicio, ahora, valiéndonos del **sistema de interpretación restrictivo**, contrario a lo que acontece con el mecanismo de interpretación extensiva, a la luz de este criterio, se efectúa una *“interpretación que restringe o circunscribe el significado prima facie de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él”* ¹⁶¹.

Pues bien, en el caso que nos ocupa la interpretación restrictiva, reprocharía la ampliación de los supuestos de hecho de la norma a otros no cobijados por ella, que sería justamente lo que ocurre si se permite enervar la consecuencia de prohibición a aquellos eventos en los que el gobernador por cualquier motivo no culmina su primer periodo.

Utilicemos entonces **la interpretación teleológica**. Al revisar la disposición se tiene que la finalidad de la prohibición es evitar la concentración del poder y propender por las contiendas electorales bajo reglas de igualdad, se busca proteger así, la democracia participativa.

La idea de establecer que quien es elegido como gobernador no pueda ser reelegido, conduce al propósito de darle la oportunidad no solo a un ciudadano, sino a varios, de proponer y agotar un programa de gobierno, para lo cual tiene 4 años. Se trata de *“airear” “renovar”* la administración departamental y dar cabida no solo a una idea, sino a muchas y distintas, en procura del progreso de los ciudadanos del departamento.

Entonces, si quien ya ha sido gobernador, y por cualquier motivo no finaliza su periodo institucional, se postula para el periodo siguiente ¿No tendría mayor

¹⁶¹ GUASTINI, Ricardo. *“Estudios sobre la interpretación jurídica”*. Editorial Porrúa, novena edición, México, 2011. Pág. 39.

aceptación del pueblo y seguramente ganaría? ¿Qué igualdad existiría entre él y otros candidatos que apenas se están dando a conocer?

La prohibición entendida de manera objetiva, valga la redundancia, sin subjetivaciones, es la única forma en la que se materializa el principal fin funcional del derecho, este es, el de otorgar certeza y seguridad¹⁶².

Cualquier otra interpretación, generaría para el régimen de prohibiciones electorales una incertidumbre en cuanto a las situaciones de hecho que materializan cada causal, al mismo tiempo que daría cabida a la posibilidad de que el juez se alejara de su investidura para fungir como legislador aplicando excepciones frente a hechos respecto de los cuales no se dio tal efecto.

Frente al panorama descrito, debe considerarse que excede la competencia de la sala graduar la aplicación de las causales de prohibición electoral, justamente porque, como se explicó, la atribución para fijar dichos extremos temporales y materiales radica exclusivamente en el legislador, de manera que al juez solo le resta constatar en un caso concreto si este encaja en tales extremos.

Deberíamos preguntarnos, cuánto tiempo en el ejercicio del cargo es suficientes para la configuración de la prohibición: ¿A partir del primer mes? ¿De los dos meses? ¿Del año?

Entonces, por “*dura*” o “*injusta*” que pretenda hacerse ver la aplicación de la norma prohibitiva en el caso concreto, para los suscritos Consejeros no hay asomo de duda de que su interpretación se encuentra plenamente justificada en este caso, y también en los demás. Y, por el contrario, calificamos como “*duro*” e “*injusto*”, el comportamiento de un candidato que a pesar de tener el deber de conocer las normas y sus interpretaciones, hace caso omiso del mismo en desmedro de la sociedad y de la democracia.

Acudamos ahora al **sistema de interpretación sistemático**, esto es, a la “*...interpretación que deduzca el significado de una disposición de su colocación en el “sistema” de derecho*”¹⁶³. Es decir, se analiza la norma dentro del contexto normativo en el que se sitúa y no aisladamente considerada.

Al analizar el artículo 303 no de forma aislada, sino dentro del contexto jurídico en el que se encuentra, se observa que el artículo 125 Constitucional que se encuentra dentro del Título V “*De la organización del Estado*” señala que “*Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la Ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales.*” Por su parte, el artículo 13 Superior establece que todas las personas gozarán de las mismas oportunidades y el Estado promoverá que la igualdad sea real y efectiva ¿Qué clase de igualdad se podría estar dando si se auspicia la reelección en el período siguiente de un gobernador que no terminó su periodo de 4 años?

¹⁶² Cfr. los términos de Luis Recasens Siches en su libro de Introducción al Estudio del derecho.

¹⁶³ GUASTINI, Ricardo. “*Estudios sobre la interpretación jurídica*”. Editorial Porrúa, novena edición, México, 2011. Pág. 43.

Igualmente, el artículo 40 de la Constitución consagra el derecho a elegir y ser elegido ¿Qué garantías habría para que el elector elija libremente y no guiado por alguna promesa política? ¿Qué garantía habría para que exista una contienda electoral en igualdad de condiciones?

Como elemento necesario que debe integrarse a este análisis sistemático está el Acto Legislativo 02 de 2002 *"Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles"* y que claramente indica que aquel tiene naturaleza institucional.

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 imposible¹⁶⁴.

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 limitados¹⁶⁵.

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**

¹⁶⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 7 de junio de 2016. Expediente 11001032800020150005100. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁶⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 7 de junio de 2016. Expediente 11001032800020150005100. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

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)¹⁶⁶.

Finalmente, se impone agotar la **interpretación histórica**. Este criterio propende porque las normas se interpreten al tenor de sus antecedentes históricos y legislativos. “Se llama “histórica” a la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que fue creada”¹⁶⁷.

En efecto, del análisis de las gacetas constitucionales se puede colegir que pese a que varias propuestas incluían la prohibición de reelección para los gobernadores, lo cierto es que esta se introdujo en el texto del artículo primigenio de la Constitución, solo hasta el primer debate que sobre el punto se realizó en la plenaria de la Asamblea Constituyente¹⁶⁸. Sin embargo, hay que anotar que desde que la plenaria introdujo dicha restricción, aquella se mantuvo hasta convertirse en parte integral del texto de la Carta Política de 1991.

Asimismo, se resalta que durante el trámite del artículo en la Asamblea Nacional Constituyente no se presentó mayor discusión sobre el punto, pues la inclusión de esta prohibición fue aprobada de manera mayoritaria, sin abstenciones y negativas. Esto se debe a que el constituyente puso especial énfasis en otros temas tales como la estructura del departamento en si misma considerada, y en el régimen de inhabilidades al cual estarían sometidos los gobernadores, pero no en lo relativo a la posibilidad de que estos pudieran ser reelectos.¹⁶⁹

Hechas estas precisiones, hay que anotar que el texto original del artículo 303 fue modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002 “Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles”. En consecuencia, para este estudio se revisaron los antecedentes y motivos que condujeron a los congresistas a adoptar el texto actual del artículo 303 Superior.

La modificación constitucional se propuso en el Proyecto de Acto Legislativo 91 de 2001 Cámara en el que frente a la prohibición de reelección de los gobernadores se planteó lo siguiente: “Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y podrán ser reelegidos para el período siguiente. Transcurrido otro período institucional, como mínimo, el ex gobernador puede volver a postularse, sujeto a las mismas condiciones.”¹⁷⁰ En esta oportunidad se hizo un amplio análisis sobre lo que el ponente denominó “el mito de la no reelección” y se explicó la importancia de que los gobernadores pudieran ser reelegidos, de forma inmediata¹⁷¹.

¹⁶⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 7 de junio de 2016. Expediente 11001032800020150005100. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁶⁷ GUASTINI, Ricardo. “Estudios sobre la interpretación jurídica”. Editorial Porrúa, novena edición, México, 2011. Pág. 50.

¹⁶⁸ Gaceta Constitucional N° 109 página 25

¹⁶⁹ Gaceta Constitucional N° 112 página 25 y Gaceta Constitucional N° 143 página 17

¹⁷⁰ Gaceta del Congreso N° 460 de 2001.

¹⁷¹ *Ibidem*.

Sin embargo, y después de varios debates la Comisión Primera decidió excluir del texto aprobado el tema de la reelección inmediata de alcaldes y gobernadores¹⁷², pero dejó constancia de que ese aspecto podía ser retomado en la 2ª vuelta, puesto que fue tratado en la 1ª¹⁷³. Sin embargo, no fue sino hasta el segundo debate, en segunda vuelta en la plenaria del Senado de la República que decidió rechazar totalmente la posibilidad de que los gobernadores pudieran reelegirse.

En efecto, varios congresistas insistieron en la posibilidad de que los gobernadores que al momento del debate se encontraban en ejercicio de su cargo pudiera ser reelegidos, de forma que presentó ante la Plenaria la siguiente proposición: *“el período de gobernadores, diputados, alcaldes y concejales actuales será de cuatro años. Los actuales gobernadores y alcaldes serán reelegidos.”* No obstante, la plenaria del Senado consideró inconveniente la reelección de las autoridades locales, razón por la que dicha proposición fue negada con 50 votos por el no¹⁷⁴ y tan solo 3 votos a favor. La consecuencia de la anterior votación fue que la posibilidad de reelección de los gobernadores quedó totalmente excluida del texto constitucional, lo que significa que la prohibición de reelección prevista en la Asamblea Nacional Constituyente se mantuvo incólume.

Así pues, aunque es cierto que uno de los congresistas propuso que los mandatarios en ejercicio pudieran ser reelegidos, lo cierto es que la plenaria con una mayoría casi que absoluta -50 votos- decidió negar esa posibilidad, lo que necesariamente conduce a concluir que nunca los gobernadores han tenido la posibilidad de resultar reelectos.

En suma, no importa cuál sea el sistema de interpretación que se utilice - gramatical, restrictivo, extensivo, teleológico, sistemático o histórico-, el resultado es y será el mismo: el demandado estaba inmerso en la prohibición atribuida, lo que nos obliga a preguntarnos si como factor enervante de las consecuencias de estar incurso en dicha prohibición, era válido sostener la tesis de los efectos *ex tunc* de las decisiones anulatorias electorales.

Esta tesis (vertida en la sentencia de la que nos apartamos) es **errada y desatinada**, pues lo cierto es que en la normativa que ha regido las actuaciones ante el Contencioso Administrativo, no existe ninguna regla que establezca que los efectos de los fallos de nulidad deban ser de tipo retroactivo *-ex tunc-*.

En efecto, salvo lo dispuesto para el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, la Ley 1437 de 2011¹⁷⁵, nada se dice en relación con los efectos en el tiempo de la sentencia, lo que ha llevado a algunos doctrinantes a considerar que el silencio del legislador abona la tesis jurisprudencial de los

¹⁷² Gaceta del Congreso N° 120 de 2002

¹⁷³ Gaceta del Congreso N° 650 de 2001. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

¹⁷⁴ Gaceta del Congreso N° 245 de 2002

¹⁷⁵ El artículo 189, inciso 4, de la Ley 1437 de 2011 contempla que los efectos de la nulidad por inconstitucional son hacia el futuro.

efectos retroactivos de las decisiones que determinan la nulidad de un acto - administrativo o electoral-¹⁷⁶.

Lo anterior significa que ante el silencio del legislador respecto a los efectos en el tiempo de la sentencia, el CPACA brinda al operador jurídico todas las atribuciones para evaluar, en el marco de las condiciones puestas a su disposición, el efecto que debe tener la decisión de anulación del acto - administrativo o electoral-.

Tercero: Para los suscritos, la providencia objeto de salvamento no explica las razones por las cuales en este caso se concluye que hay precedente aplicable -a pesar de tener los casos que se mencionaron supuestos de hechos diferentes y sin siquiera ocuparse de desvirtuar la posición que la Sección Quinta había sostenido hasta el momento en los autos de suspensión provisional y de reposición de la medida cautelar- y además consignó una tesis desatinada en relación con los efectos *ex tunc* de las decisiones anulatorias electorales.

Sobre este punto, se debe tener en cuenta que en la sentencia se dijo que para que haya *ratio decidendi* de la sentencia, debe haber una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, y debe servir para solucionar un problema jurídico semejante y por tanto los hechos deben ser de igual forma, semejantes.

Con base en lo anterior y después de mencionar providencias de todas las secciones de esta Corporación se concluyó¹⁷⁷ que el entendimiento de los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad es propio de todas las sentencias que declaran la nulidad y es transversal al ordenamiento jurídico, sin hacer un análisis de por qué esas subreglas podían aplicarse a este caso, a pesar de tratarse de circunstancias diferentes. De igual forma, no se indicaron las razones que se tuvieron en cuenta, para considerar que las sentencias proferidas por la Sección Quinta, sí constituían precedente, a pesar de que en la suspensión provisional se había llegado a una conclusión diferente con un estudio detallado al respecto.

Así las cosas, nos apartamos de la anterior conclusión, puesto que no es cierto que haya un precedente constituido y transversal a todo el ordenamiento jurídico de los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad de las sentencias, ya que **si bien es cierto que en la jurisprudencia de la Corporación hay un buen número de providencias que defienden la tesis de los efectos *ex tunc* de la anulación de los actos, no es menos cierto que hay un número similar de providencias que han defendido tesis distintas: (i) la de los efectos *ex nunc* o (ii) la de la modulación de los mismos.** Al respecto pueden consultarse:

1. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 17 de octubre de 1969, Exp. 1384. Efectos *ex nunc*.
2. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de noviembre de 1989, Exp. A-051. Efectos *ex nunc*.

¹⁷⁶ ARBOLEDA, Enrique José. “ *quien señala que el silencio del legislador debe ser interpretado en el sentido que los efectos de los fallos deben ser ex tunc o retroactivos* págs. 305 y siguientes.

¹⁷⁷ Página 52 del fallo

3. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 12 de octubre de 1990, Exp. 1846. Efectos *ex nunc*.
4. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 31 de mayo de 1994, Exp. 7245. Efectos *ex nunc*.
5. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Exp. 2500023240001997236001(6572). Efectos *ex nunc*.
6. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de junio de 2009, Exp. 08001233100020020064001(16085) Efectos *ex nunc*.
7. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de junio de 2009, Exp. 0800123310002002 0097501 (16086). Efectos *ex nunc*.
8. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 23 de febrero de 2011 Exp. 76001-23-31-000-2005-02192-01 (17139) Efectos *ex nunc*.
9. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 13 de junio de 2011, Exp. 25000232700020080018701 (17782). Efectos *ex nunc*.
10. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 16 de junio de 2011, Exp. .25000232700020080018601 (17922). Efectos *ex nunc*.
11. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 21 de julio de 2011, Exp. 11001032700020070000500 (16356). Efectos *ex nunc*.
12. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de octubre de 2011, Exp. 11001032800020100012000. Hubo modulación.
13. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 13 de diciembre de 2011, Exp. 25000232700020080002301 (17709). Efectos *ex nunc*.
14. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 19 de diciembre de 2011, Exp.19001233100020060060201 (17978). Efectos *ex nunc*.
15. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 31 de mayo de 2012, Exp. 25000232700020070023201 (18227). Efectos *ex nunc*.
16. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 31 de mayo de 2012, Exp. 08001233100020020112901 (17824). Efectos *ex nunc*.
17. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 2 de agosto de 2012, Exp. 76001233100020030328601 (17979). Efectos *ex nunc*.
18. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 26 de mayo de 2016, Exp. 11001032800020150002900. El juez debe indicar el efecto.
19. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 7 de junio de 2016, Exp. 11001032800020150005100. Efectos *ex nunc*.
20. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, Exp. 76001233300020150148701. Efectos *ex nunc*.
21. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de julio de 2016, Exp. 11001032800020140009900. Efectos *ex nunc*.
22. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de agosto e de 2016, Exp. 05001233100020150255101. Efectos *ex nunc*.
23. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de agosto e de 2016, Exp. 63001233300020160000601. Efectos *ex nunc*.
24. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 8 de septiembre de 2016, Exp. 23001233300020150046102. Efectos *ex nunc*.
25. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, Exp. 1730001233300020150080601. Efectos *ex nunc*.

26. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de octubre de 2016, Exp. 1001032800020160002800. Hubo modulación.
27. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de octubre de 2016, Exp. 1001032800020150001900. Efectos *ex nunc*.
28. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de octubre de 2016, Exp. 1001032800020150001900. Efectos *ex nunc*.
29. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de noviembre de 2016, Exp. 13001233300020160002301. Hubo modulación.
30. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de noviembre de 2016, Exp. 13001233300020160007801. Efectos *ex nunc*.
31. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1º de diciembre de 2016, Exp. 68001233300020160013102. Hubo modulación..
32. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, Exp. 47000233300220160007402 (Acumulado). Efectos *ex nunc*.
33. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2016, Exp. 20001233300020160008901. Hubo modulación.
34. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de mayo de 2017, Exp. 15001233300020160011903. Efectos *ex nunc*.

Así las cosas, en un Estado Social de Derecho no puede admitirse **válidamente que la regla general a adoptarse cuando se profiera una decisión anulatoria sea la de los efectos retroactivos o *ex tunc*, pues ello, por lo menos, confunde dos escenarios distintos del acto jurídico: los de existencia y su validez y, además, la palmaria realidad fáctica.**

En consecuencia, 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 ordenamiento mismo tal como se hizo por parte de esta Corporación en las sentencias de los Alcaldes de Guatavita y Sesquilé.

Bajo esta égida, corresponde al juez de lo contencioso en el marco de sus atribuciones de garante de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico y de este en términos generales, como lo indica su papel en el marco de un Estado Social de Derecho y expresamente lo preceptúa, el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, fijar los efectos que tiene en cada caso su decisión, **pero, si no lo hace, como se explicó, no puede válidamente sostenerse que los efectos anulatorios de sus decisiones sean retroactivos.**

En ese orden, también habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, en caso de silencio sobre los efectos de la declaratoria de nulidad, se debe invertir la regla, **pues debe entenderse que son a 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”, pero no a la mera ficción jurídica.**

Aunado a lo anterior, darle efectos *ex tunc* a la sentencia que anula un acto electoral, implica no solo asumir que la ficción supera la realidad, sino también desquiciar el régimen de inhabilidades y prohibiciones electorales.

No es posible que bajo la égida de una ficción se desconozca la finalidad de la acción electoral: mantener la legalidad objetiva en abstracto. Recuérdese que mediante este medio de control únicamente se juzga la legalidad del acto de elección en aras del restablecimiento del orden y de forma específica, garantizar la transparencia del sufragio y la igualdad entre los candidatos, principios esenciales de la democracia misma.

La teoría según la cual la nulidad de los actos genera el efecto de retrotraer las cosas al estado anterior a su expedición se justifica claramente en el derecho privado por cuanto son intereses particulares los que están en juego, escenario claramente distinto al electoral, en el que se busca la guarda de la legalidad y no un interés individual.

Así, no resulta coherente con el escenario electoral, en que se debate un pilar fundamental de la democracia, la ficción de los efectos *ex tunc* de un fallo, pues el acto no solo existió sino que produjo unos efectos jurídicos que el juez electoral no puede desconocer.

Bajo esta perspectiva resulta absurdo sostener que el juez electoral, so pretexto de una ficción, deje de aplicar las reglas fijadas por el constituyente -inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades-, en aras de garantizar el sistema democrático colombiano.

En últimas, no puede privilegiarse la ficción para concluir que el acto electoral nunca existió, pues ello implicaría que la prohibición constitucional contenida en el artículo 303 de la Carta Política, que busca evitar la concentración del poder, resulte inane. Y es que, en cualquier caso, la tesis de los efectos *ex tunc* no implica que el acto anulado no existió, sino que para efectos de sus consecuencias anulatorias **ha de hacerse como si aquel no hubiese existido**, lo que es distinto, pues mal podría decirse que se anuló lo que no existió.

Pero, por si fuera poco, la providencia de la que nos apartamos no solo defendió la tesis de los efectos *ex tunc*, sino que además, hizo ver como si aquella fuera una regla centenaria en la jurisprudencia de esta Corporación, **lo que no es cierto**.

Las anteriores consideraciones, resumen los motivos por los cuales nos apartamos de la providencia aprobada mayoritariamente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO DE ROCÍO ARAÚJO OÑATE

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011¹⁷⁸ y con el respeto acostumbrado por la decisión adoptada por la Sala Plena, manifiesto las razones que motivan el salvamento de voto frente a la sentencia dictada el 23 de mayo de la presente anualidad, que decidió negar las pretensiones de nulidad de las demandas acumuladas, en relación con el acto de elección del señor Guido Echeverry Piedrahita, como Gobernador del Departamento de Caldas para el período 2016-2019, contenido en el Formulario E-26 GOB del 3 de noviembre de 2015.

Lo anterior por cuanto no comparto ni la parte motiva ni la resolutive del referido fallo, por las razones que, por motivos de orden metodológico, expongo en los siguientes ejes temáticos: (i) Forma en que la Sala Plena asumió el conocimiento del caso; (ii) Competencia de la Sala en el caso concreto; (iii) Interpretación de la prohibición contenida en el artículo 303 de la Constitución Política; (iv) Inexistencia de precedente aplicable al caso concreto y (iv) Efectos de las sentencias que decretan la nulidad de un acto de naturaleza electoral.

¹⁷⁸ **Artículo 129. firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto.** *Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.*

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.

Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho".

I. Forma en que la Sala Plena asumió el conocimiento del caso

Tal como lo manifesté en la sesión de Sala Plena llevada a cabo el 9 de mayo de 2017, en la cual se decidió asumir de oficio el conocimiento del asunto, por considerar que *“la forma en que fue trabada la Litis entraña un necesario análisis sobre el estado de la jurisprudencia de la Corporación y su aveniencia al contexto fáctico y jurídico actual”*¹⁷⁹, considero que se realizó una interpretación inadecuada de los artículos 111 numeral 3º y 271 de la Ley 1437 de 2011 y del 37 de la Ley 270 de 1996, al tiempo que se desconoció que el caso no reviste importancia jurídica, según el contenido con el que se ha pretendido llenar este concepto jurídico indeterminado.

En cuanto al primer aspecto, cabe recordar que la Magistrada que tenía a su cargo la sustanciación del proceso presentó ponencia para que se avocara *“de oficio”* por la Sala Plena su conocimiento, con lo cual se pretermitió el concepto previo de la Sección especializada en materia electoral.

Al respecto, resulta de trascendental importancia precisar que la interpretación sistemática de los artículos 111 numeral 3¹⁸⁰ y 271¹⁸¹ de la Ley 1437 de 2011 revela que siempre que la Sala Plena Contenciosa pretenda asumir el conocimiento de un asunto de manera oficiosa es indispensable el previo pronunciamiento de la respectiva sección, puesto que es ésta la competente para decidir si solicita o no a la Sala Plena que aborde su estudio.

¹⁷⁹ Ver folio 14 del fallo del 23 de mayo de 2017.

¹⁸⁰ **Artículo 111. Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.** La Sala de lo Contencioso administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones:

/.../.

3. Dictar sentencia, cuando asuma la competencia, **en los asuntos que le remitan las secciones** por su importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Esta competencia será asumida a petición de parte o a solicitud del Ministerio Público o de oficio cuando así lo decida la Sala Plena.

¹⁸¹ **Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia.** Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial **sobre los asuntos que provengan de las secciones**. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.

Lo anterior por cuanto, la norma en cita asigna a la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, como corporación de cierre en materia contencioso administrativa, la competencia para conocer *los asuntos que le remitan las secciones* y el artículo 271 *ejusdem* mantiene en lo sustancial el mismo contenido normativo, estableciendo la exigencia de remisión previa por parte de la Sección o Subsección correspondiente. Ello quedó explicado en el documento que contiene el salvamento de voto que expresé con relación al auto referido.

Adicional al error advertido en torno al procedimiento, reitero que en el presente caso no concurrían los condicionamientos de los artículos 111 numeral 3º, 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011 y de los numerales 5º y 6º del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 para que el asunto fuera fallado por la Sala Plena del Consejo de Estado y no por la Sección especializada en la materia, cuando el objeto del debate no rebasaba los temas propios de ésta.

En efecto, considero que no podía erigirse en motivo para que la Sala Plena asumiera el conocimiento del asunto la “... *razonable potencialidad para incidir en el estado actual de la jurisprudencia*”, pues esto equivale a desconocer que las secciones también tienen la facultad de sentar y unificar jurisprudencia.

Por otra parte, es apenas obvio y además imperativo que la resolución de cualquier caso “*entraña un necesario análisis sobre el estado de la jurisprudencia de la Corporación y su avenencia al contexto fáctico y jurídico actual*”, pues es precisamente esa labor la que realiza el juez en todas las decisiones que le corresponde adoptar.

No es dable olvidar que la Sección Quinta es una sección especializada para asuntos electorales que con frecuencia conoce de temas como el que nos ocupa, es decir, la nulidad de la elección de un mandatario escogido por voto popular por encontrarse inmerso en una prohibición constitucional, de conformidad con los artículos 137 y 275 numeral 5º de la Ley 1437 de 2011, siendo un asunto que forma parte de los procesos misionales propios de esta Sección, de tal manera que las consideraciones que se tuvieron en cuenta para que la Sala Plena asumiera el caso no tienen la entidad suficiente para hacerlo trascendente jurídica o socialmente, como tampoco imponen al Consejo de Estado la necesidad de formular las reglas jurisprudenciales que vinculen a toda la sociedad colombiana.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Suscrita Magistrada destaca que el fallo que negó las pretensiones de la demanda electoral no sentó jurisprudencia en ninguno de los aspectos que se señalaron como razones para que la Sala Plena asumiera del conocimiento del asunto, con lo que se confirma la no concurrencia de los requisitos establecidos para ello.

II. Competencia de la Sala Plena en el caso concreto

Respetuosamente considero que en el acápite de competencia que aparece a folios 14 y 15 de la sentencia que suscribo con salvamento de voto, se debió realizar una referencia adicional sobre los motivos de importancia jurídica por los cuales fue asumido por la Sala Plena del Consejo de Estado, en aplicación de los artículos 111 numeral 3º y 271 de la Ley 1437 de 2011, especificando los aspectos sobre los cuales se pretendía sentar jurisprudencia en aspectos puntuales, sólo con ello se cumplía la carga de transparencia exigida al Consejo de Estado.

Adicional a lo anterior, a mi juicio no era procedente en esta oportunidad procesal hacer referencia a la competencia residual del Consejo de Estado para conocer las demandas de nulidad electoral de gobernadores en única instancia, de acuerdo con la Ley 1437 de 2011, por cuanto este aspecto se definió desde el inicio de la actuación procesal y quedó totalmente saneado en el proceso en la audiencia inicial, sin que en el fallo corresponda aclararlo nuevamente.

III. Interpretación de la prohibición contenida en el artículo 303 de la Constitución Política

Lo primero que se advierte es que en la audiencia inicial que se llevó a cabo los días 28 de noviembre de 2016, 27 de enero de 2017 y 3 de marzo de la presente anualidad, se fijó el litigio en los siguientes términos:

“Determinar si, de conformidad con las causales contenidas en los artículos 137 y 275.5 del CPACA, el acto de elección de GUIDO ECHEVERRY PIEDRAHITA como gobernador del departamento de Caldas para el período 2016 – 2019, contenido en el respectivo formulario E-26 GOB, es nulo por (i) **infracción de las normas en que debía fundarse** –artículos 125, 197, 303 y 304 de la Constitución así como el 31.7 de la Ley 617 de 2000, por (ii) **recaer en persona incurso en causal de inhabilidad**. Todo lo anterior, considerando que el demandado había sido elegido para el mismo cargo en el período inmediatamente anterior”.

Para salvaguardar el principio de congruencia, el deber de motivación de las decisiones y de resolver todos los extremos de la *Litis*, correspondía en el caso concreto, como en efecto se planteó en el fallo –folio 5–, responder este problema jurídico, no obstante lo cual, tal ejercicio no se realizó, por lo que considero necesario precisar las razones por las cuales la valoración en su conjunto del material probatorio allegado a la actuación da cuenta de que el señor Guido Echeverry Piedrahita **incurrió en la prohibición constitucional endilgada** y además en la establecida en el numeral 7º del artículo 31 de la Ley 617 de 2000.

Es así como al haber violado el demandado las prohibiciones consagradas en las normas jurídicas referidas, sin lugar a hesitación alguna, correspondía declarar la nulidad del acto de elección contenido en el Formulario E 26 GOB del 3 de noviembre de 2015.

Para arribar a la referida conclusión, corresponde establecer la correcta interpretación del artículo 303 de la Constitución Política, en relación con el cual resulta suficiente acudir a su tenor literal o interpretación gramatical¹⁸², para advertir la incursión del demandado en la referida prohibición.

Esta norma establece que *“los gobernadores serán elegidos popularmente para **períodos institucionales** de cuatro años y **no podrán ser reelegidos para el período siguiente**”*¹⁸³. En el caso que nos ocupa, el demandado fue elegido gobernador para el periodo institucional 2012-2015 y, a pesar de ello, se inscribió y resultó elegido para el periodo institucional siguiente, es decir, el periodo 2016-2019.

No obstante la claridad del texto y del ejercicio de subsunción realizado en precedencia, resulta necesario advertir que el nuevo tenor de la norma, que surgió con ocasión de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 de 2002 *“Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles”*, incluyó la expresión *“período institucional”*, cuyo significado y alcance resultaba necesario desentrañar.

De conformidad con el Diccionario RAE, las palabras que componen el enunciado tienen el siguiente significado: 1) Período: *“Espacio de tiempo que incluye toda la duración de algo”*; 2) Institucional: *“Pertenciente a una institución o a instituciones políticas, religiosas, sociales, etc.”*, de tal manera que al aplicar ello a la expresión utilizada en la norma corresponde al período completo de cuatro (4) años establecido para el ejercicio del cargo de gobernador.

Por su parte, el significado jurídico de este concepto ha sido esclarecido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁸⁴ y por la Corte Constitucional¹⁸⁵, esta última, entre otros pronunciamientos, en la sentencia T-441

¹⁸² Este criterio de interpretación busca resolver las dudas o controversias lingüísticas por medio de las reglas del lenguaje en el que está redactado el enunciado y su contexto gramatical, según se desprende de los artículos 27 y 28 del Código Civil: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”; Art. 28 del Código Civil: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Ver Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *“La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana”*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p.95.

¹⁸³ Negrillas y subrayas fuera de texto.

¹⁸⁴ Concepto del 18 de febrero de 1999, C.P. Augusto Trejos Jaramillo

¹⁸⁵ Corte Constitucional T-441 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonel

de 2000, en el sentido de precisar que *“El período institucional requiere dos supuestos básicos que permiten identificarlo como tal; ellos son: el término de duración y la fecha de iniciación; en el período individual se señala su duración, no tiene fecha de iniciación y comienza siempre al tomar posesión la persona que entra a ejercer el cargo”*.

En esta misma providencia la Corte indicó que *“... ii) los periodos de los cargos, se establecen por el derecho objetivo, independientemente de la situación personal de quien vaya a ocuparlos; por lo tanto, lo relativo a la regulación de dichos periodos es materia que concierne exclusivamente a la Constitución y a la ley, y pueden ser extinguidos o modificados por reformas a éstas, sin que se puedan alegar derechos adquiridos derivados de un periodo regulado por norma anterior; iii) los actos de nombramiento o de confirmación del cargo, en consecuencia, no pueden determinar los periodos de los cargos, porque ello escapa a la competencia del órgano que hace el nombramiento o la elección, quien se debe limitar simplemente a expedir el acto condición que coloca a la persona escogida para ocupar el respectivo cargo dentro de la situación general prevista por la Constitución o la ley; iv) en definitiva, los actos administrativos mencionados, esto es, los de nombramiento o elección para los referidos cargos, nada agregan ni innovan el ordenamiento jurídico que rige los periodos, **pues éstos sólo concretan en cabeza de una persona, en razón del nombramiento de la elección los preceptos del derecho objetivo**”*. (Negrillas fuera de texto)

La precisión conceptual referida en precedencia resulta de la diferenciación entre dos tipos de periodos el institucional y el personal. Al respecto, la Corte Constitucional se ha referido a la existencia de estas dos modalidades, precisando que *“La diferencia entre ellos se evidencia cuando se elige o se designa el reemplazo de quien incurra en causal de falta absoluta antes de la terminación del período correspondiente. Mientras que en el período institucional el reemplazo es elegido o designado por el resto del período, es decir por el lapso que le faltaba a su antecesor, en los eventos en que opera el período subjetivo o personal, cada elegido o designado se vincula al servicio público para todo el período señalado en la Constitución o en la Ley. Las elecciones de funcionarios de período institucional se realizan en la misma fecha para todos ellos y la de los de períodos personales en la medida en que cada titular culmine su período (...)”*¹⁸⁶.

De otra parte el Consejo de Estado ha establecido que *“... la jurisprudencia ha definido el período institucional como aquel en el que por una disposición constitucional o legal se fija una fecha específica para la asunción o ejercicio del respectivo cargo, en contraposición con el período individual frente al cual, por no existir una regla en dicho sentido, debe entenderse que comienza el día en que el electo toma posesión de la función correspondiente... El período es institucional cuando tiene una fecha de comienzo cierta, ya sea que la fije directamente la*

¹⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-822 del 31 de agosto de 2004, M.P. Antonio Barrera Carbonell

*Constitución o el legislador. Por el contrario, es personal, individual o subjetivo cuando inicia con la posesión de quien asume la respectiva función*¹⁸⁷.

Siendo esta la definición del enunciado “*período institucional*” y las características que lo determinan no queda duda alguna de la configuración de la prohibición en el presente caso, si se tiene en cuenta que el señor Guido Echeverry Correa fue elegido gobernador del Departamento de Caldas para el periodo institucional –valga el pleonasma– 2012-2015 y, a pesar de ello, se inscribió y resultó elegido para el periodo institucional siguiente, es decir, 2016-2019, de tal manera que con independencia de la causal de dejación del cargo o falta absoluta en el desempeño del mismo, no podía válidamente inscribirse o presentarse para el período siguiente.

La claridad del texto constitucional que contiene una prohibición encaminada a salvaguardar valores superiores como la democracia, la igualdad electoral y la transparencia no puede verse “*diluido*”, como se afirma en el proyecto –ver folio 17–, por cuanto el constituyente no consagró ninguna excepción.

En efecto, el constituyente en ningún momento estableció que la prohibición no se aplicaría en los casos en que el elegido para el primer período no lo terminara por alguna circunstancia y, por ello, no le es dable al interprete adicionar el texto del precepto de rango constitucional, so pena de convertirse en constituyente o legislador, lo cual no le está permitido.

Profundizando en lo anterior, vale la pena destacar que aún si se utiliza un criterio funcional de interpretación, modalidad que incluye todos los factores relevantes para la atribución de significado a las disposiciones normativas, como son la finalidad de la regulación, la intención del legislador y las consecuencias de la interpretación, llegaríamos a idéntica conclusión.

Lo anterior, por cuanto la finalidad de la disposición debe estar acorde con los valores que esta protege y los fines que persigue, que no pueden ser otros que el desarrollo de las elecciones en un plano de igualdad jurídica que no genere un tratamiento privilegiado para alguno de los candidatos ni una restricción indebida de los derechos de los demás, evitar la concentración de poder en unas manos y garantizar la democracia participativa.

En este orden de ideas, prohibir que quien es elegido como gobernador no pueda ser reelegido, conduce al propósito de darle la oportunidad no solo a un

¹⁸⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de abril de 2013. Acumulado 2012-00019-00, 2012-00021-00, 2012-00027-00 y 2012-00028-00

ciudadano, sino a varios, de proponer y agotar un programa de gobierno, para lo cual tiene cuatro (4) años.

Ello, por cuanto, en desarrollo del artículo 259 de la Constitución Política el voto programático constituye el mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir gobernadores y alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura¹⁸⁸.

En virtud de lo expuesto, al valorar las pruebas allegadas a la actuación se tiene que el señor Guido Echeverry efectivamente ejerció el cargo de Gobernador del Departamento de Caldas, en el primer **período institucional** entre el 1º de enero de 2012 y el 27 de junio de 2013, desempeñando las funciones propias del cargo como la celebración de contratos, nombramiento de funcionarios, ejecución de obras públicas, de tal manera que al inscribirse para el período institucional inmediatamente siguiente se desvirtuó la finalidad del constituyente y se desvió el valor supremo objeto de protección.

A la misma conclusión, es dable arribar si acudimos al sistema de interpretación sistemático, modalidad que ha sido definida como aquella que *“justifica otorgar a un enunciado de comprensión dudosa un significado sugerido, o no impedido, por el ‘sistema’ del que forma parte”*.¹⁸⁹ Implica tener en cuenta la ubicación física del enunciado en el texto legal, así como las relaciones jerárquicas o lógicas de éste con el resto del sistema jurídico¹⁹⁰.

Así, al analizar el artículo 303 Constitucional dentro del contexto jurídico en el que se encuentra, se advierte que el artículo 125 –Título V *“De la organización del Estado”*– señala que *“Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la Ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales.”* Igualmente, el artículo 40 de la Constitución consagra el derecho a elegir y ser elegido, garantía que en el caso concreto se desdibujó para los demás candidatos que participaron en la contienda electoral, so pretexto otorgar al incurso en la prohibición una prerrogativa que el Constituyente no previó.

¹⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-011 del 21 de enero 1994, Alejandro Martínez Caballero

¹⁸⁹ Ezquiaga Ganuzas, Ob. Cit. p. 109.

¹⁹⁰ La interpretación sistemática, según Bobbio, es aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte del ordenamiento constituyen una totalidad ordenada... y que, por tanto, es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al “espíritu del sistema”. “Teoría General del Derecho”. Editorial Temis, Bogotá, 1997. En nuestro ordenamiento se encuentra consagrada principalmente en el artículo 32 del Código Civil: *“En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”*.

En este caso, se le concedió un mayor valor a los derechos del señor Guido Echeverry Piedrahita que a los que correspondía salvaguardar en relación con los demás candidatos y el electorado, y en general el principio democrático.

Para finalizar este análisis, debo insistir en esta oportunidad en el examen desde el punto de vista estrictamente **objetivo** que debe realizar el juez electoral de cara a la existencia de inhabilidades, prohibiciones y causales de inelegibilidad.

En consecuencia, al realizar en el *sub examine*, un comparativo objetivo de legalidad, se encuentra que la norma que establece la prohibición es clara, completa, ineludible y estricta en impedir la reelección para el período institucional siguiente, sin ninguna otra consideración diferente a haber sido elegido en el período siguiente, porque la norma no otorga ese margen de la interrupción del período institucional, que es de cuatro (4) años, como excepción tal como fue expresamente determinado así en el Acto Legislativo 02 de 2002.

Una interpretación diferente a la aquí expuesta es contraria a los fines de la Constitución Política y concretamente al principio democrático ampliamente desarrollado en precedencia.

Adicional a lo anterior, en el caso concreto tampoco se realizó un análisis – de cara al caso concreto– del contenido normativo previsto en el numeral 7º del artículo 31 de la Ley 617 de 2000, en virtud del cual 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.*”, no obstante que fue un cargo de la demanda y se fijó en el litigio y en la delimitación del problema jurídico como un aspecto a analizar.

(iv) Inexistencia de precedente aplicable al caso concreto

En torno al tratamiento del precedente en el caso concreto, encuentro que a partir del folio 31 del fallo de cuyo contenido me aparto, se hace un análisis de los precedentes que la Sala mayoritaria consideró “*aplicables al caso*”, los cuales no solamente contienen supuestos fácticos diferentes, sino que, adicionalmente, si bien hacen referencia en forma transversal a los efectos *ex tunc* de los actos administrativos y los electorales en particular no diferencian entre período personal y período institucional que constituye la principal modificación introducida por el Acto Legislativo 02 de 2002, como se analizó en el acápite precedente.

Para abordar este eje temático, es necesario aclarar que constituye precedente aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un

determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que dicha regla sea considerada como precedente, aclarando que “... *no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez.*”¹⁹¹

En otras palabras, para que pueda hablarse de precedente es indispensable que una Alta Corte, haga uso de su actividad creadora, cuando las exigencias del caso así lo ameriten, como sucede en aquellos eventos en que una Alta Corporación se enfrenta a un caso en el cual, después de haber analizado los supuestos fácticos, los fundamentos jurídicos existentes y apreciado en su conjunto los elementos probatorios allegados, no encuentra una solución expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, por ello debe realizar un análisis desde los criterios hermenéuticos –semántico, sistemático y funcional–, encontrando que para la solución del caso en estudio existe una laguna jurídica, la cual es necesario resolver mediante la analogía o la integración a partir de principios, dando como resultado la creación de una regla, trascendiendo la clásica función de subsunción y elaboración de silogismos.

Tal exigencia aparece claramente expuesta en la sentencia SU-288 de 2015 dictada por la Corte Constitucional, que en forma clara diferenció el precedente de la necesidad constante de realizar ejercicios interpretativos del ordenamiento jurídico, labor que no sólo comprende la integración del derecho, sino la creación de subreglas:

“...la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, de conformidad con los artículos 228 y 230 de la Constitución, los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.” Sin embargo, es ampliamente aceptado que los jueces, más allá de llevar a cabo una aplicación mecánica de la ley, realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencialmente la determinación de cuál es la disposición jurídica aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan. Incluso, se ha entendido que mediante sus providencias los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos.”¹⁹²

Para efectos de establecer cuando una sentencia constituye precedente la

191 Consejo de Estado, sentencia del 19 de febrero de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01

192 Corte Constitucional, sentencia SU-288 del 14 de mayo de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo

Corte Constitucional, en sentencia T-292 de 2006¹⁹³, estableció que deben verificarse los siguientes criterios: i) que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta *ratio* resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que una regla o subregla creada por una Alta Corte constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo, situación que es la que ocurre en el caso analizado por la Sala Plena.

En efecto, en la sentencia del vocativo de la referencia, la Sala después de mencionar providencias de todas las secciones de esta Corporación concluyó¹⁹⁴ que el entendimiento de los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad es propio de todas las sentencias que declaran la invalidez del acto administrativo y es transversal al ordenamiento jurídico, sin hacer un análisis de por qué esas subreglas podían aplicarse a este caso, a pesar de tratarse de circunstancias diferentes, situaciones fácticas disímiles y lo que es más importante aún frente a una norma jurídica que modificó el paradigma existente en cuanto a períodos institucionales y no personales.

De igual forma, no se indicaron las razones que se tuvieron en cuenta, para considerar que las sentencias proferidas por la Sección Quinta constituían precedente, a pesar de que en la suspensión provisional se había llegado a una conclusión diferente con un estudio detallado al respecto, sin que durante el trámite del proceso aparecieran elementos de juicio adicionales –probatorios o jurídicos– que desvirtuaran las consideraciones que allí se expusieron.

Así las cosas, no es cierto, como se afirmó en el fallo, que exista un precedente constituido y transversal a todo el ordenamiento jurídico de los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad de las sentencias, toda vez que aun cuando en la jurisprudencia de la Corporación hay un buen número de providencias que defienden la tesis de los efectos *ex tunc* de la anulación de los actos, no es menos cierto que hay un número similar que han desarrollado la tesis contraria, de los efectos *ex nunc*, o inclusive de la modulación de los efectos.

Para citar solo algunas, frente al universo de las proferidas por esta Corporación: (i) Sección Segunda, sentencia del 31 de mayo de 1994, Exp. 7245; (ii) Sección Primera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Exp. 2500023240001997236001(6572), (iii) Sección Cuarta, sentencia del 4 de junio de

¹⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-292 del 6 de abril de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁹⁴ Página 52 del fallo

2009, Exp. 08001233100020020064001(16085); (iv) Sección Cuarta, sentencia del 4 de junio de 2009, Exp. 0800123310002002 0097501 (16086); (v) Sección Cuarta, sentencia del 23 de febrero de 2011 Exp. 76001-23-31-000-2005-02192-01 (17139); (vi) Sección Cuarta, sentencia del 13 de junio de 2011, Exp. 25000232700020080018701 (17782); (vii) Sección Cuarta, sentencia del 16 de junio de 2011, Exp. .25000232700020080018601 (17922). (viii) Sección Cuarta, sentencia del 21 de julio de 2011, Exp. 11001032700020070000500 (16356) y (ix) Sección Quinta, sentencia del 6 de octubre de 2011, Exp. 11001032800020100012000, en esta última se modularon los efectos.

En la sentencia no se explicaron las razones por las cuales no obstante que en este caso se trataba de períodos institucionales y en aquellos que se tuvieron como referencia de la Sección Quinta de personales, estas constituían un precedente aplicable, tampoco se mencionaron los fallos en que se han dado efectos *ex nunc* a las sentencias de declaratoria de nulidad de los actos administrativos, en casos concretos analizados por esta Corporación y que conllevan a desvirtuar los argumentos de defensa del demandado.

Con ello no cabe duda que el *test* de aplicación del precedente al caso concreto no fue estricto, completo, suficiente y razonable, con el agravante que terminó aplicando al caso, en beneficio exclusivo del funcionario elegido, una supuesta regla de decisión que no tenía tal categoría y desnaturalizando por completo una prohibición constitucional.

En consecuencia, al aplicar al caso concreto, so pretexto del respeto a un precedente inexistente, una **ficción jurídica** según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, a no dudarlo generó una ruptura con la realidad **material y jurídica**, que resulta en contra del ordenamiento constitucional que el juez debe respetar en los precisos términos de los artículos 228 y 230 Constitucionales.

(iv) Efectos de las sentencias que decretan la nulidad de un acto de naturaleza electoral

Considero necesario precisar que los efectos de las sentencias que decretan la nulidad de un acto electoral deben ser fijados por el juez de lo contencioso administrativo en cada caso, con el fin de dar absoluta claridad a la decisión reconociendo la realidad que cada asunto concreto se acredite, como cuando se encuentren demostradas consecuencias del acto, como acaeció precisamente en esta oportunidad, en la que el cargo de gobernador se ejerció durante un término significativo con la correspondiente afectación del mundo jurídico.

En igual forma, en aquellos eventos en que los operadores judiciales hayan omitido darle efectos a las sentencias que declarara la nulidad del actor electoral habrá de entenderse éstos son a futuro *-ex nunc-*.

Lo anterior por cuanto, al momento de definir los efectos del acto electoral, no es posible confundir las nociones de existencia, validez y eficacia del mismo, pues en el caso concreto el acto existió, en la medida en que se declaró la elección por parte del Consejo Nacional Electoral y el funcionario ejerció efectivamente el cargo de Gobernador del Departamento de Caldas en el primer período 2012 -2015, esto es, el acto nació a la vida jurídica y mientras el vicio no se declaró tuvo la capacidad de producir efectos jurídicos, otra cosa es que al declararse que no estaba acorde con el ordenamiento jurídico resultó necesario retirarlo, lo que en ese caso se debió hacer con efectos *ex nunc*.

En los anteriores términos, dejo expuesto mi salvamento de voto en relación con el fallo de la referencia.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO DE JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Resumen: La Sala, incurriendo en una falacia argumentativa, privilegió los efectos de una ficción en desmedro de la vigencia imperativa de una prohibición constitucional que debe ser leída como concreción del principio democrático y salvaguarda de lo que significa vivir en democracia en un Estado Social y Democrático de Derecho. Los hechos, que son tozudos, revelan que hubo elección y reelección consecutiva, presupuestos necesarios y suficientes para la estructuración en debida forma de la prohibición del artículo 303 superior. La decisión desconoció la *ratio* robusta que sobre el principio democrático esta Sala asumió en los fallos de 15 de julio y 11 de noviembre de 2014 y, por el contrario, avaló, de facto, la concentración de poder y el nepotismo territorial. **Contenido:** I. Introducción; II.- Aproximación teórica al os sistemas constitucionales contemporáneos. La tesis del neoconstitucionalismo; III.- Alcance y sentido del principio democrático en el sistema constitucional colombiano; IV.- Caso concreto.

Con el respeto y consideración acostumbrada, presento la razón que me mueve a salvar el voto respecto del fallo proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 23 de mayo de 2017.

1.- Introducción.

1.1.- Sepa la Sala que el principio democrático y la vigencia imperativa de los derechos humanos/fundamentales estructuran la base sustantiva sobre la cual se edifica cualquier sociedad política que se precie, a día de hoy, de identificarse bajo los derroteros de un Estado Social y Democrático de Derecho.

1.2.- Esa comprensión del asunto, que escapa al expediente de lo retórico, ha traído profundas transformaciones en el contexto jurídico y, cuanto menos, en la adjudicación del derecho por cuenta de los jueces. Ya son lugar común asuntos tales como la eficacia normativa de la Carta Constitucional, el efecto irradiador de su contenido normativo, el *re*-descubrimiento de los principios como auténticas normas con eficacia y contornos jurídicos propios o las, por fortuna, complejidades del razonamiento jurídico que excede a los ejercicios lógico-formales exegéticos que en antigua época campearon en la judicatura y el pensamiento jurídico.

1.3.- Todo esto, entonces, ha ubicado el rol del juez como partícipe activo de la práctica jurídica, creador y recreador de la misma, al que lo *jurídico* no le viene

dado previamente como producto acabado sino como material sobre el que se debe interactuar y construir, con rol protagónico, una decisión judicial. Desde entonces términos tales como *casos difíciles*, *ponderación*, *indeterminación normativa*, *zona de penumbra*, *derrotabilidad* y otros más han empezado a integrar el argot del jurista práctico.

1.4.- Es este un escenario en el que los principios se afirman como faro inseparable de esa fatigosa labor, no ya como pautas supletorias, sino como auténticas directivas interpretativas, en tanto justas exigencias de moralidad y justicia que subyacen a las prácticas de una sociedad, ordenan un algo, colisionan entre sí y demandan del Juez acatamiento en la mayor medida posible, como mandatos de optimización que son.

1.5.- Un contexto donde viene el precedente a recordar, abrevando en las aguas del principio de igualdad ante la Ley, que no se construye la decisión a partir de la nada misma *–ex nihilo–*, que a esta le anteceden deliberaciones, debates y decisiones del foro judicial, a las que no puede desoír candorosamente por respeto a su deber de coherencia interna (y/o disciplina vertical), como por su compromiso funcional de orientar su decisión bajo la égida de la corrección de su respuesta.

1.6.- Es este, finalmente, un espacio convencional amplificador del ordenamiento, donde lo jurídico no se agota ni se circunscribe a las fronteras nacionales, donde elementales razones de humanidad y civilidad, propias de la pertenencia a la comunidad de Estados, imponen la obligada consideración sustancial del *corpus iuris* de Derecho Internacional de los Derechos Humanos como derecho vinculante del que emanan obligaciones de respeto y garantía a los derechos, el deber de adoptar disposiciones para asegurar el libre ejercicio de los mismos y el estricto acatamiento de los estándares mínimos de protección decantados en ese sistema convencional.

2.- Aproximación teórica a los sistemas constitucionales contemporáneos. La tesis del neoconstitucionalismo.

2.1.- Considero que una correcta lectura de los principios constitucionales que rigen los sistemas jurídicos contemporáneos así como la práctica jurídica, lleva a considerar como necesaria la asunción, por parte del Juez, del neoconstitucionalismo¹⁹⁵, como aquella doctrina propia de los ordenamientos jurídicos que se distinguen por contar con i) con una Constitución erigida como *lex superior* del sistema jurídico, lo que supone que ésta se encuentra garantizada¹⁹⁶

¹⁹⁵ Se suele reconocer a Susanna Pozzolo como de las primeras en calificar con el término “neoconstitucionalismo” algunas de las tendencias teóricas que pasan a señalarse. Cfr. POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional. Revista Doxa, No. 21, II, 1998, p. 339-353. Del mismo modo véase COMANDUCCI, Paolo. Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2010, p. 251-264, donde se hacen una revisión del término neoconstitucionalismo como teórico, ideológico y metodológico. Sobre esto es importante destacar el comentario de Guastini en torno a lo que considera él como las siete condiciones de constitucionalización de un ordenamiento jurídico, siendo estas: 1) una Constitución rígida, 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución, 3) la Fuerza vinculante de la Constitución, 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución, 5) la aplicación directa de las normas constitucionales, 6) la interpretación conforme de las leyes y, por último, 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Para una referencia detallada de cada uno de estos aspectos véase GUASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. México, Editorial Fontamara y Universidad Autónoma de México. 1ª Edición. 2001. Págs. 154-163.

¹⁹⁶ Conforme a la acepción adoptada por Guastini quien sostiene que “pueden llamarse garantizadas (o también rígidas en sentido fuerte) las constituciones formales que no solamente prevean un procedimiento especial para su reforma, sino que, además, prevean alguna forma de control sobre la legitimidad constitucional de las leyes, es decir, sobre la conformidad de las leyes a la Constitución.” GUASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. Op. Cit., pág. 194.

por vía de procedimientos especiales y agravados para proceder a su reforma constitucional además de instituir una jurisdicción constitucional¹⁹⁷ que se encarga de velar por la sujeción del legislador (en el control de constitucionalidad de las leyes) así como de todos los poderes públicos e inclusive los particulares (por vía de instrumentos específicos como la acción de tutela) de los preceptos jurídicos de la Constitución; además de esta superioridad formal, **ii)** hacen parte de la *lex superior* un catálogo sustantivo¹⁹⁸ de derechos fundamentales, aquellos que se consideran como de alta valía política y jurídica en la sociedad de modo tal que no pueden quedar en manos de una mayoría política ordinaria¹⁹⁹ en tanto derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos²⁰⁰ y que,

¹⁹⁷ Sobre este punto es valioso destacar que Kelsen, el padre de la teoría pura del derecho, fue uno de los abanderados de la jurisdicción constitucional, en su célebre escrito *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, con referencia a la Constitución austriaca, Cfr. KELSEN, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 10. México: Editorial Porrúa, 2008, julio-diciembre, p.3-46.; aunque no se desconoce que los trabajos sobre la jurisdicción constitucional se remontan a épocas pretéritas como es el caso “College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham”, de 1610 conocido por la Court of Common Pleas en Inglaterra, en donde se precisó que “en muchos casos, el derecho común controlará las leyes del Parlamento, y a veces las juzga como totalmente nulas, ya que cuando una ley del Parlamento va en contra del derecho común y la razón, o le es hostil, o imposible de cumplir, el derecho común la controlará y juzgará que dicha ley es nula” LIBERTY FOUND Inc. *The selected writings and speeches of sir Edward Coke*, Indianapolis, 2003, p. 275. De manera mucho más clara y decidida se observa el precedente fijado, por primera vez, en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803, donde la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos señaló: “Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por esencia misma, va imbíbida en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.” CARBONELL, Miguel. *Marbury versus Madison: En los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 5. México: Editorial Porrúa, 2006, enero-diciembre, p. 294.

Sobre las discusiones teóricas de la jurisdicción constitucional véase, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3ª Ed. Madrid, España: Editorial Civitas, 1983; HERRERA, Carlos Miguel. [La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución](#). En *Revista de Estudios Políticos*. N° 86. Madrid. 1994, p.195, 228; FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. 2ª Ed. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; ALEXY, Robert. *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación*. En *Jueces y ponderación argumentativa*. 1ª ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p.1-18; HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 3ª Ed. **Madrid, España: Editorial Trotta, 2001**; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Ed. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 220-253; entre otros.

¹⁹⁸ “Sólo algunos Estados que cuentan con una constitución formal, rígida y regulativa son Estados constitucionales de derecho: aquellos cuyas constituciones satisfacen ciertos «contenidos».Lo característico (y distintivo) no está sólo en la forma ni sólo en la sustancia. Sino en que la forma (la *lex superior*) opera como garantía de una cierta sustancia, no de cualquier sustancia. Si uno acepta este elemental razonamiento se ve abocado a extraer el siguiente corolario. En toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios. No es concebible un Estado constitucional sin derecho a la libertad de expresión, sin derecho de asociación, sin democracia o sin los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, etc. Sin esos derechos y/o principios habrá *lex superior* pero no Estado constitucional de derecho.” AGUILÓ REGLA, Josep. “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”. En: *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 244.

¹⁹⁹ Conforme a la definición formal dada por Robert Alexy a los derechos fundamentales, en los siguientes términos: “son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 406.

²⁰⁰ Conforme a la definición ofrecida por Ferrajoli, quien entiende por derechos fundamentales “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 4º ed, 2004, p. 37.

se reconocen como materialización de las exigencias morales que debe satisfacer todo ordenamiento jurídico, conforme a la pretensión de corrección²⁰¹.

2.2.- Los anteriores elementos, que deben su fundamento al constitucionalismo liberal²⁰², que en términos de Elster, comprende “*aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias; de modo más específico, a los límites que en cierto sentido son autoimpuestos.*”²⁰³, vienen a verse enriquecido con la postulación de una teoría jurídica que concibe a la Constitución como un cuerpo normativo axiológico vinculante, en donde “*el derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas*”²⁰⁴, comoquiera que por encima de las normas legislativas ordinarias se encuentran reglas y principios constitucionales vinculantes para todos los poderes constituidos y que son justiciables en el evento en que estas sean trasgredidas.

2.3.- Se trata, entonces, de una especificidad que se impone a la interpretación constitucional, comoquiera que, además de las reglas jurídicas (entendidos como enunciados que consagran un supuesto de hecho y una sanción jurídica específica, que opera bajo la lógica de un “todo o nada”), se encuentran los principios jurídicos²⁰⁵, que, participan de la categoría de normas jurídicas, pero, a diferencia de las reglas, tienen un peso o importancia mayor en el ordenamiento jurídico o, visto desde otra perspectiva, se le considera como mandato de optimización, que implica que lo prescrito en ellos debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles²⁰⁶.

²⁰¹ “El argumento de la corrección constituye la base de los dos otros argumentos, es decir, del argumento de la injusticia y del argumento de los principios. Afirma que tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos. En este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria.”. ALEXY, Robert. El concepto y validez del derecho. 2ª edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004, p. 41.

²⁰² Se trata, entre otros, de los fundamentos sentados por Locke, cuando concibió la celebración de un pacto social, para pasar del estado de naturaleza a la organización de una sociedad civil, no como una colectiva renuncia de los derechos naturales inalienables que les pertenecen a los hombres sino, por el contrario, como el mecanismo propio para que éstos sean efectivamente garantizados y protegidos por un poder político y jurídico superior a cada una de las voluntades individuales de los co-asociados. Sostiene Locke: “Aunque el poder legislativo ... sea el supremo de un estado, no obstante, no puede absolutamente ser arbitrario sobre la vida y bienes del pueblo; pues este poder no siendo otra cosa que el reunido de cada miembro de la sociedad entregado a aquella persona o asamblea, que es su legislador, no puede ser mayor del que estas diferentes personas poseían en el estado de naturaleza antes que entrasen en comunidad (...) este poder que no tiene por fin sino la conservación, no puede por consiguiente tener derecho para destruir, esclavizar u empobrecer determinadamente a ningún súbdito. Las obligaciones dictadas por las leyes de la naturaleza no cesan en la sociedad...” LOCKE, Jhon. Tratado del gobierno civil. Madrid, Imprenta de la Minerva Española, 1821, p. 208-209.

²⁰³ ELSTER, Jon. “Introducción”. En: Constitucionalismo y Democracia. Comp. Jon Elster y Rune Slagstad. México: Fondo de Cultura Económica. 1999. Pág. 34.

²⁰⁴ Como certeramente lo apuntó el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia BVerfGE 34, 269. En donde además indicó: “Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial”

²⁰⁵ Dworkin entiende al principio como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad”. Pág. 72. La diferencia, para dicho autor entre los principios y las normas jurídicas se centra en el hecho de que estas últimas “son aplicables a la manera de disyuntivas”, esto es, su observancia depende únicamente de si se ha presentado el estado de cosas señalado en la regla, de manera que “la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.”; mientras que en el caso de los principios la cuestión es tal que “los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel. 1984. Págs. 72, 75, 77.

²⁰⁶ “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida

2.4.- En todo caso, se trata de un cierto tipo de normas que no llevan aparejada dentro de su estructura normativa un claro supuesto de hecho, así como tampoco la indicación de una consecuencia jurídica precisa, por lo tanto, se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico ciertamente más amplio que las reglas, siendo esto una cuestión de grado.

2.5.- Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio consiste en servir de criterio de interpretación adecuada de las reglas que lo desarrollan²⁰⁷, lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica²⁰⁸ que en la mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico.

2.6.- Fruto de esta consideración es que se impone, también, considerar la existencia de un mecanismo propio y particular para la aplicación de los principios, pues, contrario a lo que ocurre en el marco de las reglas jurídicas, que tienen aplicación por vía de un razonamiento de subsunción, se encuentra que allí tiene operancia un razonamiento jurídico por vía de la ponderación, esto es, de la aplicación de este tipo de normas jurídicas en la mayor medida en que las circunstancias fácticas y jurídicas lo permitan, específicamente, cuando se trata de situaciones en las cuales el operador se enfrenta a una colisión entre diferentes principios que, *prima facie*, estarían llamadas a gobernar la solución de un determinado caso.

2.7.- En este orden de ideas, vale la pena destacar que el razonamiento jurídico se presenta como un caso especial del razonamiento práctico enfocado a discutir enunciados normativos como aquello que es prohibido permitido u ordenado²⁰⁹ pero a luz del sistema jurídico vigente²¹⁰, que descansa en la formulación de proposiciones y argumentos tendientes a demostrar la justificación de las premisas

ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan.”. ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Gedisa. 2ª edición, 2004. Pág. 162.

²⁰⁷ Guastini señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: “Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible- y propiciando una interpretación adecuada.”. GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *En*: Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. No. 34. Marzo, 1999. Págs. 38-46, especialmente 44. Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuada hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. Para esto véase: GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Págs. 47-48.

²⁰⁸ Naturalmente este criterio lleva implícita la distinción entre disposición y norma jurídica, para decir que la primera hace referencia al enunciado consagrado positivamente mientras que la segunda alude a las múltiples lecturas que de ésta pueden hacer los operadores jurídicos en ejercicio de la labor interpretativa.

²⁰⁹ Señala Peczenik al respecto: “La argumentación jurídica da respuesta a cuestiones prácticas, es decir, decide lo que uno hará o puede hacer.”. PECZENIK, Aleksander. Derecho y razón. México, Editorial Fontamara, 2000 p. 12

²¹⁰ Alexy señala que se trata de un caso especial en tanto que i) se discuten cuestiones prácticas “sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido”, ii) la discusión se efectúa a la luz de la pretensión de corrección y iii) por corresponder a una discusión jurídica, ésta se presenta bajo condiciones de limitación. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 207

que constituirán el sustento de la decisión adoptada²¹¹, procedimiento éste que puede ser intersubjetivamente controlado por los potenciales destinatarios de la decisión, ofreciendo certeza jurídica²¹²; es por ello que se ha sostenido que el discurso jurídico conlleva una pretensión de corrección o de acierto que implica que lo decidido “en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado”²¹³.

2.8.- Sin embargo, la interpretación en el marco del constitucionalismo trata de un proceso continuo e inacabado que tiene lugar en el marco de una cadena interpretativa que parte desde el momento mismo de la promulgación de un determinado cuerpo normativo y se extiende durante todo el momento en que los partícipes de la práctica jurídica han hecho uso de diversos recursos argumentativos para cumplir con su deber de extraer de dichas normas la mejor lectura posible conforme a los principios constitucionales que fundamentan un sistema jurídico; como lo señala Dworkin quien precisa que

“Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy. “debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habrían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral.”²¹⁴.

2.9.- Es por las anteriores razones que se sostiene la inconsistencia del positivismo jurídico frente a las tendencias de los sistemas jurídicos contemporáneos, dotados de constituciones rígidas formalmente, enriquecidas con sus contenidos sustantivos garantes de los derechos individuales y que busca, como una de sus finalidades, fortalecer la vigencia cotidiana del principio democrático deliberativo en todas y cada una de las instancias de poder del

²¹¹ Al respecto Taruffo señala: “...los juicios de valor pueden ser justificados a partir de hacer explícito el criterio de valoración utilizado, y sobre todo demostrando que, a partir de ese criterio de valoración, derivan como consecuencia lógica diversas ponderaciones específicas en el caso, lo que indica que también existe una lógica de los juicios de valor:

Ahora bien, regresando al tema de la necesaria obligación de que la motivación sea completa, podemos derivar que también los juicios de valor que el juez formula, y que pos supuesto condicionan la forma en la cual toma la decisión, deben ser justificados.” TARUFFO, Michele. Proceso y decisión. lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 102-103.

²¹² “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.” AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *En: Revista Doxa*, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

²¹³ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. *Ibíd.* p. 208.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. “Cómo el derecho se parece a la literatura” *En: RODRÍGUEZ, Cesar (Ed.) La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997, p. 167. Un caso Una postura similar a la tesis defendida por Dworkin se expone por parte de Carlos Santiago Nino, quien sostiene que “Sería irracional para un juez resolver un caso como si estuviera creando todo el orden jurídico con su decisión o incluso el orden jurídico relativo a la cuestión bajo examen. El juez debe considerar las expectativas creadas por decisiones de legisladores y jueces en el pasado para que sus conclusiones armonicen con las decisiones simultáneas de sus colegas.” NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 54-55.

Estado. Por lo tanto, una situación descrita en los anteriores términos no puede ser explicada a partir de la teoría positivista para la cual es absolutamente irrelevante el contenido del derecho²¹⁵ así como tampoco presta mayor atención a la necesidad de garantizar de manera efectiva la vigencia de los postulados sustantivos de la Constitución por vía de un método de interpretación dirigido a los operadores jurídicos en tal sentido²¹⁶⁻²¹⁷.

2.10.- Las anteriores perspectivas teóricas contemporáneas conectan de manera directa con los principios fundamentales que subyacen al modelo constitucional colombiano de modo que, cuanto menos, las anteriores apreciaciones resultan aplicables en el momento en que se vaya a valorar, por parte de los operadores jurídicos y especialmente por parte de los jueces, el alcance y sentido de ciertas cuestiones constitucionales.

3.- Alcance y sentido del principio democrático en el sistema constitucional colombiano.

3.1.- En el caso específico colombiano, es claro que en una lectura de la Constitución Política a partir del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º de la Constitución, se verifica el deseo de constituir una sociedad dentro de un “marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”, instituido a partir de un Estado social de derecho, pluralista, dado a la prevalencia del interés general y con respeto y sujeción a la dignidad inherente al ser humano; precisamente el artículo 3º sujeta la actuación de los poderes públicos al cumplimiento de esos principios de suerte que su ejercicio solo se justifica y puede calificarse como jurídicamente válido y legítimo cuando se encamina a hacerlos efectivos. Esto último es una muestra evidente de que tales referentes valorativos y de principios tienen plena vinculatoriedad en todo el sistema jurídico.

3.2.- Tales cláusulas promueven la institucionalización de una democracia deliberativa²¹⁸ en el contexto jurídico y político colombiano, es decir, se trata de la

²¹⁵ “La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto.” KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. (Traducción de la 2º edición en alemán 1960) México. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 81.

²¹⁶ Como lo señala Zagrebelsky quien describe la despectiva postura del positivismo frente a los principios en los siguientes términos: “Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una “contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc.” ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Madrid, Trotta, 4º edición, 2002, p. 112. Sobre la conexión de derecho y moral que supone el neoconstitucionalismo Prieto Sanchís señala: “la dimensión conceptual y metodológica del neoconstitucionalismo ... representa una revisión de algunas de las tesis centrales del positivismo, al menos de la versión más ortodoxa de este último, y, de forma muy esquemática y simplificadora, puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, al menos allí donde existe ese modelo cabe sostener una conexión necesaria entre el Derecho y la moral” PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2009, p. 103.

²¹⁷ Una revisión crítica de la inconsistencia del positivismo jurídico con los Estados Constitucionales contemporáneos se encuentra en ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Dejemos atrás el positivismo jurídico. En: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México. No. 27. 2007, p. 7-28.

²¹⁸ En términos de Cohen la democracia deliberativa “tiene su raíz en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación se realiza por medio de la argumentación pública entre ciudadanos iguales. En dicho orden, los ciudadanos comparten un compromiso con la resolución de los problemas de elección colectiva mediante razonamiento público, y consideran que sus instituciones básicas son legítimas en tanto que establecen el marco para la deliberación pública libre.”. COHEN,

instauración de un marco ideal que se ampara en la superioridad epistemológica que supone la discusión colectiva y la adopción de las decisiones en democracia²¹⁹, cuyo cumplimiento, sin duda alguna, no se agota simplemente en una fase eminentemente “decisionista o electoral”²²⁰ sino que persigue la pretensión de estar rodeado de las garantías necesarias²²¹ (a partir de los derechos constitucionales fundamentales y específicamente de los derechos políticos) para asumir un proceso de suficiente interacción y discusión democrática, participativa, plural²²² y diversa frente al ejercicio del poder político²²³.

3.3.- Por consiguiente, visto el amplio contenido sustantivo que se desprende del constitucionalismo contemporáneo (y sus alcances para la teoría jurídica) y verificado el hecho de que la Constitución colombiana proclama un Estado Social y Democrático y Derecho e incorporar una carta de derechos fundamentales (con sus consiguientes mecanismos de protección) se llega a compartir la tesis expuesta por Ferrajoli, según la cual, una versión sustantiva del Estado de Derecho trae, como contrapartida, una concepción igualmente sustantiva de la democracia:

“Se comprende –y con ello entro en la segunda innovación introducida por el modelo garantista en el modelo paleopositivista-

Joshua. Deliberación y legitimidad democrática. En: Revista Cuaderno Gris. Época III. No. 9. 2007, Universidad Autónoma de Madrid, p. 127-145, especialmente 131. Sobre el concepto de democracia deliberativa la Corte Constitucional ha sostenido que ésta no solo tiene en cuenta “el querer y el interés general expresado mediante el sufragio, sino, fundamentalmente, la deliberación colectiva que antecede a dicha expresión, y, muy especialmente, los procedimientos que canalizan la discusión y el debate público. No es el voto en sí mismo lo que le confiere valor a la organización política, sino la forma en que se conforma la voluntad, a través del diálogo y la discusión colectiva.” Corte Constitucional, sentencia C-105/2013.

²¹⁹ “Con la teoría del discurso entra de nuevo en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y la voluntad funcionan como importantísima esclusa para la racionalización discursiva de las decisiones de una administración y un gobierno ligados al derecho y a la ley. Racionalización significa más que mera legitimación, pero menos que constitución del poder.” HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. 3ª edición, 2001, Madrid, Trotta, p. 376.

²²⁰ “Además, en armonía con el propósito acabado de enunciar, la Constitución amplió el espectro de los derechos políticos, pues ya no se limitan a la simple previsión de la garantía de elegir y ser elegido, sino que incluyen un amplio conjunto de mecanismos de intervención popular que, en los términos del artículo 40 superior, buscan asegurar el derecho ciudadano a “*a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*”. Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010.

²²¹ Al respecto Ferrajoli describe el impacto del constitucionalismo en la democracia en los siguientes términos: “La novedad introducida por el constitucionalismo en la estructura de las democracias es, en efecto, que conforme a él incluso el supremo poder legislativo está jurídicamente disciplinado y limitado no sólo respecto a las formas predispuestas como garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también en lo relativo a la sustancia de su ejercicio, obligado al respeto de esas específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos fundamentales. (...) Para la supervivencia de cualquier democracia es necesario algún límite sustancial. En ausencia de tales límites, relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede –o al menos puede no-sobrevivir...” FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo II. Teoría de la Democracia. Madrid, Trotta, 2011, p. 10-11.

²²² “el Estado democrático pluralista niega que la política se mueva en una incesante dialéctica amigo enemigo, de tal suerte que quien no comparta una determinada estrategia política, económica o de seguridad definida por los órganos políticos pueda ser calificado como un enemigo de la Nación que debe ser perseguido.” Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 2002. (Resaltado propio).

²²³ Sobre esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Manuel Cepeda Vargas c. Colombia ha resaltado la importancia de las “voces de oposición” para el verdadero debate democrático: “173. (...) es de resaltar que **las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo** a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de mayo de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) (Resaltado propio)..

que una tal dimensión sustancial del Estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia. En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad en *droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demandas derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida...²²⁴ (Resaltado propio).

3.4.- Es de resaltar que la anterior conclusión encuentra plena concordancia desde la perspectiva del control de convencionalidad, comoquiera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 en consonancia con los correspondientes a la libertad de expresión, reunión y asociación “hacen posible el juego democrático”, lo que da muestra del contenido, marcadamente, sustancial del concepto democrático a los ojos del Tribunal²²⁵, al paso que señala que estos derechos, conforme al artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos no son susceptibles de ser suspendidos por los Estados partes²²⁶, de allí que pueda decirse, en la terminología de la jurisprudencia constitucional colombiana, que los derechos políticos del artículo 23 se vinculan al bloque de constitucionalidad, generando un efecto integrador de la normativa interna, al tenor del artículo 93.1 de la Constitución Colombiana²²⁷.

3.5.- Considerada una perspectiva sustantiva de la democracia, se encuentra que ésta, implica la sujeción y observancia a favor de los participantes de los derechos a la igualdad, a la libertad de expresión, información, además de los derechos a la libertad, vida, etc. Lo anterior con la finalidad de garantizar una discusión democrática²²⁸ que se lleve a cabo de manera imparcial, es decir, en donde las

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Op. Cit. P. 23.

²²⁵ Sin duda esta conclusión se encuentra ratificada en la sentencia proferida por la Corte Interamericana en el caso Gelman c. Uruguay, donde el Tribunal recordó las restricciones normativas nacionales e internacionales para validar los procesos democráticos surtidos a nivel interno, a tal punto de considerar que la legitimidad democrática depende de la sujeción a estas disposiciones jurídicas. La Corte expuso esta postura en los siguientes términos: “239. **La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana²²⁵. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. (...)**” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones). (Resaltado propio).

²²⁶ “Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de agosto de 2008. Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos.

²²⁷ Conforme a la doctrina del bloque de constitucionalidad establecida por la Corte Constitucional colombiana. Al respecto véase, entre otras, las siguientes providencias de dicho Tribunal en donde se ha fundamentado dicha construcción teórica: C-225/95, C-578/95, C-136/96, C-358/97, SU-039/97, C-191/98, T-652/98, T-483/99, C-528/99, C-1022/99, C-010/00, C-774/01, T-1319/01, C-067/03, C-620/03, C-401/05, Auto A-034/2007, C-465/08, C-488/09, C-238/10, T-171/11, C-715/2012, C-066/2013, entre otras.

²²⁸ Alexy deja en claro que presupuesto esencial de esta democracia sustantiva con la vigencia de los Derechos Humanos: “una democracia en la que las exigencias de la racionalidad discursiva pueden realizarse aproximadamente, sólo es posible si los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos rigen y pueden

deliberaciones no se orienten por la consecución de un beneficio subjetivo, particular o personal de quienes en ella participan sino, por el contrario, de la obtención de la decisión que en la mayor medida posible se considere como ajustada a la satisfacción del interés público y general.

3.6.- Se trata, como lo ha señalado Nino, de la satisfacción de una serie de garantías ineludibles sin las cuales carecería de cualquier valor epistémico (superior) el procedimiento democrático, viéndose este deformado en una simple formalidad vacía de cualquier contenido sustantivo, siendo estas condiciones las siguientes: i) que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión, ii) que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción, iii) que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; iv) que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; v) que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materia y, por último, vi) que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias²²⁹.

3.7.- En este sentido, una discusión y decisión que esté rodeada de meras intuiciones subjetivas y personales, carente de una discusión seria y consistente sobre las razones que sustentan adoptar tal o cual determinación no es más que un mecanismo de fachada para cumplir, “nominalmente” con un procedimiento democrático, pero sin mayor relevancia material, ya que “En la medida en que la deliberación conduce a decisiones más imparciales y racionales que los demás procedimientos de “toma de decisiones”, estará justificado adoptarla como método decisorio.”²³⁰. En este sentido, la conclusión que se impone es que la política democrática

“cuando es adecuadamente conducida, implica la deliberación pública sobre el bien común, requiere alguna forma de igualdad manifiesta entre los ciudadanos, y conforma la identidad y los intereses de los ciudadanos de un modo que contribuye a la formación de una concepción pública del bien común.”²³¹

4.- Caso concreto.

4.1.- He traído a colación estas ideas por cuanto las encuentro absolutamente atinentes para expresar las razones que me llevan a disentir de la decisión que contó con el apoyo mayoritario de la Honorable Sala; empero, antes de exponer mis argumentos del caso concreto debo precisar que la tesis arropada por el Pleno fue del siguiente tenor: *No se configura la prohibición constitucional de reelección inmediata del Gobernador X habida cuenta que su primera elección fue declarada nula y esa decisión tiene efectos retroactivos, ergo, nunca existió una primera elección, luego entonces no hay reelección en este caso.* Bajo este entendimiento se formulan los siguientes reparos.

ejercitarse con suficiente igualdad de oportunidad.” ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 130.

²²⁹ NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Op. Cit, p. 180. Y resalta Nino a continuación: “Cuando las condiciones para promover el valor epistémico de la democracia no son satisfechas, ésta no logra su valor. No todo proceso llamado “democrático” disfruta de los requisitos necesarios para proveerle del valor epistémico”.

²³⁰ MARTÍ MARMOL, José Luis. Democracia y deliberación. Una reconstrucción del modelo de Jon Elster. En: Revista de Estudios Políticos (nueva época), No. 113, Julio-Septiembre 2001, págs.- 161-192, específicamente 181. Es importante destacar la sentencia C-776/2003 de la Corte Constitucional en donde se declaró la inexecutable de una norma legal que establecía un tributo, debido a la ausencia de deliberación mínima para adoptar dicha decisión.

²³¹ COHEN, Joshua. Deliberación y legitimidad democrática, p. 127-145, especialmente 129.

4.2.- El artículo 303 Constitucional en su aparte pertinente es del siguiente tenor: “*Los gobernadores serán elegidos popularmente para periodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente*”. Una reflexión apenas textual de ese enunciado jurídico lleva a las siguientes consideraciones: i) el enunciado contiene dos normas, siendo ambas reglas (y no principios), ii) la primera es una regla de competencia bajo el entendido que delimita de manera impersonal un periodo máximo durante el cual un gobernador (una especie del género de los servidores públicos) puede ejercer como tal las atribuciones que le dispensa el ordenamiento jurídico, iii) la segunda regla es prohibitiva, esto es, repudia la realización de determinada acción o conducta, lo que en el caso en comento consiste en la reelección para el periodo siguiente o de manera consecutiva, de manera que los elementos definitorios de esa prohibición no son otros que dos: el haber sido elegido una primera vez y el haber sido elegido en una segunda vez para el periodo inmediato o siguiente, sin otra consideración adicional. Finalmente, dígame que este último es un precepto imperativo, esto es, que su observancia es autoritativa y no queda a la discrecionalidad o disposición de los intérpretes y autoridades obedecerla o no.

4.3.- No obstante, es de rigor leer ese precepto como una elección del constituyente que se justifica a la luz del principio democrático, esto es, como una prohibición que se dirige a salvaguardar bienes jurídicos de suma importancia para la pervivencia y vigencia de lo que significa vivir en democracia.

4.4.- Ello se dice toda vez que admitir la hipótesis normativa opuesta, esto es, permitir la reelección inmediata de los gobernadores departamentales trae nefastas consecuencias como son la concentración y perpetuación del poder territorial en cabeza de una persona, la violación de la regla de la alternancia en la conformación del poder público (territorial), la creación de un campo fértil para que germinen prácticas malsanas de corrupción, nepotismo, clientelismo, surgimiento de profundas afectaciones en la dinámica del ejercicio de la función pública al ser prácticamente inseparable el interés privado o personal del gobernador que desea su reelección y el interés general como axioma superior que irriga los fines del Estado, viéndose seriamente perjudicado la salvaguarda de este último; finalmente, se genera un desequilibrio, injustificado, entre el *gobernador candidato* y cualquiera de los demás contendores, en razón a la representación institucional que el primero de estos tiene y el potencial uso/abuso de sus atribuciones públicas en procura de lograr su objetivo electoral.

4.5.- Por suerte la práctica constitucional colombiana nos ha enseñado estas y otras profundas perturbaciones de la vida democrática cuando se trata de reelección de servidores públicos, como ocurre con la figura del Presidente de la República, para tales fines basta remitir a las consideraciones que el Tribunal Constitucional expuso, en su día, en la Sentencia C-141 de 2010 cuando declaró que una segunda reelección presidencial sustituía ejes definitorios de la Carta Constitucional.

4.6.- Esa es la teleología de la norma, la de proveer un *coto vedado* para proteger esas manifestaciones democráticas las que, como ya es una verdad de bulto, no se aseguran por el hecho solitario de realizar una elecciones periódicas con sufragio universal, sino que demanda, para su verdadera configuración sustancial, ciertas garantías que aseguren transparencia, imparcialidad y deliberación con el pleno goce de los derechos políticos de los ciudadanos. Y aunque nadie discuta hoy la vigencia de esa prohibición constitucional se hace necesario decir que cualquier interpretación de ese precepto sólo es legítima si observa y asegura el

primado del principio democrático, dicho de otra manera, cualquier lectura que pretenda subvertir los valores democráticos ínsitos en esa regla será espuria y atentatoria del valor normativo de la Carta Constitucional.

4.7.- Aunque el alcance del artículo 303 es prístino, claro y expreso, lamentablemente la decisión de la Sala Plena privilegió *minusvalorar* el alcance normativo del precepto incurriendo en la falacia de la pista falsa con la que, infortunadamente, despistó y desvió la construcción argumentativa del caso hacia un asunto intrascendente que privó a la Sala de ver, y sentenciar, lo que resulta evidente a los ojos de cualquiera: Que Guido Echeverry Piedrahita fue elegido y reelegido de manera consecutiva para el cargo de Gobernador del Departamento de Caldas.

4.8.- Se dice que la construcción argumentativa del fallo cayó en una falacia al haber concedido relevancia inmerecida a un dato que ocurrió en el caso: el que se hubiera decretado la nulidad de la primera elección de Guido Echeverry por cuenta de la justicia contencioso administrativa. A partir de esa hipótesis fáctica la Sala encontró una fácil salida al asunto al apelar a los efectos *ex tunc*, o desde un principio, del fallo que anuló esa primera elección y sostener una conclusión contraevidente: Echeverry Piedrahita nunca fue elegido Gobernador, Echeverry Piedrahita nunca ejerció como gobernador.

4.9.- Véase como en este caso la pista falsa consistió en concentrar la discusión jurídica en los efectos retroactivos o a futuro que tiene la declaratoria de nulidad del acto electoral, sin embargo, discrepo de ese modo de encausar el asunto por cuanto lo único a lo que ha debido atenerse el Juez Administrativo es a realizar un examen de datos tozudos y evidentes: i) Haber sido elegido una primera vez en el cargo de gobernador y ii) haber sido reelegido para el periodo siguiente, en tanto elementos históricos que tuvieron lugar en un espacio y tiempo determinados, lo que remite, más que a la simpleza de los *efectos jurídicos* a indagar si en algún momento existió una convención social, como parte de una práctica compartida, que otorgó un estatus singular (la calidad de gobernador) a un individuo y ese estatus, que alteró la realidad social preexistente, fue reconocido y tenido por tal en un colectivo. Son esos dos elementos de *hecho* condiciones necesarias y suficientes para predicar la estructuración de la causal sin otro particular.

4.10.- En ningún momento el 303 constitucional ordena al juez verificar si el implicado ejerció efectivamente todo el periodo, si fue sancionado, suspendido, si su elección fue declarada nula por la autoridad judicial o si actuó de buena o mala fe; en absoluto, la norma sólo convoca al Juez Administrativo a corroborar dos hechos bien sencillos de conocer: elección y reelección. Ninguna otra averiguación tiene que hacer el Juez pues de lo que se trata es de una prohibición constitucional objetiva y no una sanción, pues sólo en este caso sí sería necesario hacer indagaciones de orden subjetivo. De la misma manera la norma no reconoce excepción, condición o salvedad que limite o prive su aplicación y hace mal el intérprete cuando por esa vía pretende crear una para cercenar su alcance.

4.11.- El constituyente tampoco manda (y eso no surge implícitamente del precepto) a indagar las condiciones de legalidad en las que se llevó a cabo alguna de estas elecciones como tampoco a analizar los efectos que el juez le confiere a la anulación de un acto administrativo toda vez que esa discusión, que a lo sumo podrá tener interés en otros ámbitos, no borra ni atenúa una realidad innegable para cualquiera de los residentes del Departamento de Caldas: Que Guido Echeverry Piedrahita ejerció como gobernador de ese Departamento en uno y otro periodo constitucional, esta es la realidad probatoria a la que debió atenerse la

Sala para efectos de aplicar el artículo 303 superior y no acudir al expediente de la ficción de los efectos jurídicos del acto administrativo.

4.12.- Es por ello que la labor que emprendió la Sala de hacer una revisión de la jurisprudencia de la Corporación en punto a los efectos de la decisión anulatoria de un acto administrativo era una empresa innecesaria por cuanto de esa averiguación no podía salir ninguna consecuencia jurídica que enervara esa imperativa prohibición constitucional, pues, se insiste, la indagación fáctica se contraía a constatar elección y reelección, sin aditamento ficticio alguno.

4.13.- El nefasto mensaje que envía el fallo de la Sala sólo se advertirá cuando en adelante Alcaldes y Gobernadores se regocijen cuando se demande la nulidad de su elección (y esperen a que faltando 4 meses para las nuevas elecciones territoriales un juez administrativo declare la nulidad de la elección y afirme que nunca ejerció ese cargo) toda vez que por esa vía podrán perpetuarse en el poder territorial haciéndose reelegir para el siguiente periodo constitucional por cuanto para la Honorable Sala Plena, desde el lado de la *posverdad*, nunca hubo una primera elección, aunque del lado de la verdad y la realidad de las cosas un alcalde o gobernador ejerció, dictó actos administrativos, suscribió contratos, recibió un salario, entre otras cuestiones de aquellas que no se pueden ocultar con una ficción tan endeble como la acogida por el Pleno.

4.14.- Finalmente, no se puede concluir este voto disidente sin referir a la injustificada separación que se hizo del precedente unificado de la Sala Plena toda vez que el fallo se vuelve contra las decisiones de 15 de julio y 11 de noviembre de 2014²³² donde protegió una robusta y muy sustantiva postura del principio democrático en los casos relativos a la elección de dos magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, oportunidad en la que, acertadamente, desde una interpretación de principios concluyó que esas designaciones habían violado el principio democrático y desconocían la prohibición de nepotismo.

4.15.- Lamentablemente la Sala dio un retroceso histórico, dejó de lado esa interpretación de avanzada del principio democrático, subvaloró el alcance del artículo 303 constitucional al sustraer su aplicación pretextando la tesis de la inexistencia de la primera elección, argumento contra-intuitivo que priva de eficacia jurídica a la prohibición constitucional al agregar a esa causal de prohibición elementos valorativos extraños al precepto y, sobre todo, perdió de vista que el caso que tenía ante sí constituía un intento de concentración de poder territorial y de nepotismo, lo que es repudiado por el principio democrático como se dejó sentado arriba.

4.16.- Inclusive, no hay razón para argüir que se obró en protección de los derechos políticos que convencional y constitucionalmente amparan al Gobernador demandado, por cuanto estos, que están recogidos en el artículo 40 superior²³³ y 23 de la CADH²³⁴, no habilitan un ejercicio abusivo o que implique un

²³² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 15 de julio de 2014, Exp. 11001-03-28-000-2013-0006-00 y Sentencia de 11 de noviembre de 2014 Exp. 11001-03-28-000-2013-00015-00.

²³³ Constitución Política. Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

déficit o desmedro del principio democrático como ocurre en el *sub lite* al avalarse, de facto, una trasgresión a la prohibición constitucional expresa de reelección inmediata de autoridades territoriales.

4.17.- Corolario de lo expuesto, considero que el caso existían suficientes razones como para advertir que el Gobernador demandado estaba incurso en la prohibición constitucional de reelección inmediata de que trata el artículo 303 superior, estimo que esa prohibición tiene una conexión directa con los arreglos institucionales democráticos prescritos por el constituyente y por ende, era de rigor reconocer el valor superlativo de esa prohibición constitucional.

En este sentido dejo expuesto mi salvamento de voto,

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

²³⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO DE CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Con total respeto por las decisiones de la Sala y con pleno acatamiento de la decisión proferida en el asunto de la referencia el pasado 23 de mayo, procedo a señalar las razones que me llevan a apartarme de la sentencia adoptada mayoritariamente.

En la providencia en mención se decidió negar la solicitud de anulación del acto declaratorio de elección del señor Guido Echeverri Piedrahita como Gobernador del departamento de Caldas, para el período 2016-2019, al considerar, en síntesis, que la prohibición de que trata el artículo 303 de la Constitución Política, consistente en que nadie puede ser elegido como gobernador durante dos períodos consecutivos, no es aplicable a los asuntos como el de la referencia, en los que se anula el acto mediante el cual se declara la elección de un gobernador que, luego de ello, resulta elegido para el período inmediatamente posterior.

La discrepancia consiste en que, a mi juicio, se debió declarar la nulidad de la elección del señor Echeverri Piedrahita como Gobernador en el mencionado período, toda vez que el artículo 303 de la Constitución Política establece claramente que *“los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente”*, es decir, no fijó ningún condicionamiento para la aplicación de la prohibición allí regulada, razón por la cual no resulta viable restringirla en asuntos respecto de los cuales ni la ley, ni la misma Constitución lo han hecho.

En efecto, el ciudadano Guido Echeverri Piedrahita fue elegido para ocupar el cargo de Gobernador del departamento de Caldas, para el período 2012-2015, y el Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia del 28 de junio de 2012, anuló su elección, decisión que fue confirmada en apelación por esta Corporación, el 6 de mayo de 2013; por ello, ejerció en propiedad el mencionado cargo desde el 1 de enero de 2012 hasta el 27 de junio de 2013.

Posteriormente, el acá demandado se inscribió como candidato a la Gobernación del mismo departamento para el período inmediatamente

siguiente a aquél para el cual había sido elegido con anterioridad, es decir, para los años 2016-2019 y se declaró su elección para este nuevo período el 3 de noviembre de 2015.

Lo anterior evidencia con claridad que se incurrió así en la prohibición a la que hace referencia el artículo 303 de la Constitución Política, puesto que el señor Echeverri Piedrahita fue elegido popularmente para ser Gobernador del departamento de Caldas durante dos períodos consecutivos, esto es, para los períodos 2012-2015 y 2016-2019.

En este punto, se resalta que el hecho de que a través de una decisión judicial se haya anulado la primera elección no genera que ésta haya desaparecido del mundo jurídico, pues el aquí demandado ejerció el mencionado cargo a lo largo de un año y medio, tiempo dentro del cual profirió actos y ejecutó proyectos que gozan de plena validez y que hacen incuestionable la existencia de esa primera elección, lo cual, a la luz del artículo 303 en cita imposibilitaba que se le volviera a elegir para el período siguiente.

En este orden de ideas, es claro que se debió acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar nula la elección del señor Guido Echeverri Piedrahita, toda vez que fue elegido como Gobernador del Departamento de Caldas para los años 2012-2015 y 2016-2019, es decir, de forma consecutiva, contraviniendo lo determinado en el artículo 303 de la Constitución Política, disposición superior cuyo cumplimiento no es dable omitir por vía de interpretación jurisprudencial ni por ninguna otra vía, habida cuenta que ninguna excepción o condicionamiento existe en esa norma como para buscarle excepciones no consagradas en ella.

En los anteriores términos, dejo expuestas las razones que me llevan a disentir de la posición mayoritaria asumida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el *sub examine*.

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO DE RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto a la honorable Sala las razones que me llevan a salvar mi voto frente al fallo del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferido dentro del asunto de la referencia.

El problema jurídico consistió en determinar si el señor Guido Echeverri Piedrahita estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 303 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acta Legislativo No. 2 de 2002. Dicha norma es del siguiente tenor:

Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente

De conformidad con las nítidas voces del párrafo del artículo 125 constitucional, adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2003 « Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales».

Dentro del proceso se acreditó lo siguiente: (i) que el señor Guido Echeverri Piedrahita fue elegido Gobernador del Departamento de Caldas para el período 2012 – 2015; (ii) que el Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia del 28 de junio de 2012 anuló el acto de elección; (iii) que dicha decisión fue confirmada por el Consejo de Estado, por medio de fallo proferido el 6 de mayo de 2013; y (iv) que fue elegido nuevamente como Gobernador de Caldas para el período 2016 – 2019.

Pues bien, para el suscrito no queda duda alguna en torno a que el señor Echeverri Piedrahita fue elegido como Gobernador del Departamento de Caldas durante dos períodos institucionales continuos (2012 – 2015 y 2016 – 2019) y, por

ende, debió ser declarada nula la última elección de acuerdo con lo previsto en el artículo 275.5 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se consigna en el fallo del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), que la nulidad del acto electoral decretada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene efectos *ex tunc* y que, por tanto, «(...) la nulidad de su elección para el período constitucional 2012 – 2015, aparejó el desvanecimiento de uno de los elementos configuradores de la prohibición de reelección inmediata respecto del período 2016 – 2019, habida cuenta que, si por una orden judicial se tuvo que nunca hubo una primera elección, entonces mal podría hablarse de “reelección”».

No comparto dicha apreciación, pues considero que la nulidad del acto electoral tiene efectos *ex -nunc* y no *ex - tunc*, como se consigna en el fallo referido. Si bien es cierto que el legislador no precisó los efectos en el tiempo del fallo anulatorio de un acto electoral, como si lo hizo para los fallos que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, frente a los cuales dijo que « tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario» (artículo 45 de la Ley 270 de 1996) y para las sentencias de nulidad del Consejo de Estado de los actos proferidos en virtud del numeral 2º del artículo 237 de la Constitución Política (nulidad por inconstitucionalidad), las cuales «tienen efectos hacia el futuro (...) sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes» (artículo 189 de la Ley 1437 de 2011), estimo que ante el vacío legal el juez contencioso ha debido aplicar la analogía, como criterio lógico de autointegración del ordenamiento jurídico y darle efectos hacia el futuro al fallo que declaró la nulidad del acto de elección del señor Echeverri Piedrahita como Gobernador de Caldas para el período 2012 – 2015.

Ello es así si se tiene en cuenta que las inhabilidades constituyen una limitación al derecho político fundamental de elegir y ser elegido (artículo 40.1 de la Constitución Política); que con ellas se busca garantizar la transparencia, imparcialidad e igualdad del proceso electoral y evitar la nociva injerencia de comportamientos que deslegitiman el sistema democrático, todo ello con el fin de cumplir las expectativas que tiene la comunidad en este certamen democrático; que el señor Echeverri Piedrahita fungió como Gobernador de Caldas en parte del período 2012 – 2015; que en tal condición suscribió actos administrativos, ejerció su potestad nominadora, contrató y, en fin, ejerció autoridad administrativa; que tales actos gozan de presunción de legalidad; y que durante el tiempo que desempeñó sus funciones como Gobernador durante el primer período no puede predicarse que lo hiciera en condición de funcionario de hecho, pues existe una imposibilidad material de eliminar todos los efectos jurídicos producidos por su actuación.

De suerte, pues, que la eficacia temporal de la sentencia de nulidad de un acto electoral no puede ser retroactiva porque si así fuera habría que concluir, inexorablemente, que quien fungió como servidor público en la respectiva parte del

período lo hizo no amparado en una investidura legal y reglamentaria sino como un funcionario de hecho, lo cual daría pie para demandar todos los actos administrativos y contratos que suscribió.

La irretroactividad de las sentencias y de los actos administrativos es la regla general según lo enseña el Profesor José Antonio García – Trevijano Fos²³⁵, sin perjuicio de sostener que ciertos actos jurídicos, por su propia naturaleza tienen efectos *ex-tunc*, como los actos declarativos, los actos interpretativos, los actos que dan cumplimiento a una sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho o cuando la misma ley lo señala.

En suma, estimo que la inhabilidad en comento lo que persigue es la transparencia, igualdad e imparcialidad del proceso electoral y estos principios se rompen al permitir que quien fue elegido para un período institucional pueda ser reelegido para el período siguiente, así la primera elección haya sido declarada nula.

Con sentimientos de la más alta consideración y aprecio, se suscribe de ustedes,

Muy cordialmente,

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Consejero de Estado

²³⁵ Los actos administrativos. Editorial Civitas S.A., Segunda Edición, páginas 343 y siguientes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY Y OTRO

Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO DE RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Si bien considero que la Sala Plena del Consejo de Estado está llamada a definir aspectos de tanto interés y relevancia jurídica como los relativos a los efectos temporales de las sentencias de nulidad electoral y precisar el sentido y el alcance del principio de confianza legítima y los elementos que deben reunirse para que se configure su violación, estimo que el asunto bajo examen debería ser fallado no por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sino por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no solo por ser la sección especializada en materia electoral, sino especialmente porque la dinámica deliberativa que es propia de la Sala Plena, impediría la adopción de una decisión de fondo con la prontitud que sería deseable en este caso. Dicha razón me lleva a apartarme muy respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala y por ello salvo mi voto.

Cordialmente,

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Consejero de Estado