

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN No 21

Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 11001 03 15 000 2019 03209 00
Pérdida de investidura
Demandante: Yecid Bairum Chequemarca García
Demandado: Mónica Liliana Valencia Montaña

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Se decide la solicitud formulada por el señor Yecid Bairum Chequemarca García en orden a obtener que se decrete la pérdida de investidura de la representante a la Cámara Mónica Liliana Valencia Montaña.

1. Antecedentes

1.1. La solicitud de pérdida de investidura

1.1.1. La causal de pérdida de investidura

En ejercicio de la acción contemplada en el artículo 1º. de la Ley 1881 de 2018, el ciudadano Yecid Bairum Chequemarca García, en nombre propio, solicita la pérdida de investidura de la representante a la cámara Mónica Liliana Valencia Montaña, en virtud del numeral 1.º del artículo 183 de la Constitución Política, pues considera que al momento de su inscripción y elección se encontraba bajo la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, consistente en tener vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentan la solicitud de pérdida de investidura son, en síntesis, los siguientes:

En el año 2017, la señora Mónica Liliana Valencia Montaña se inscribió como candidata a la Cámara de Representantes del Departamento del Vaupés.

En las elecciones efectuadas el 11 de marzo de 2018, resultó elegida para el periodo constitucional 2018-2022.

No obstante lo anterior, la señora Valencia Montaña se encontraba inhabilitada para ser congresista, de conformidad con lo establecido en el artículo 179 numeral 5 de la Constitución Política, en atención a que su padre adoptivo, Simón Valencia López, al momento de su inscripción y elección como representante a la Cámara, fungió como representante legal, entre el 10 de noviembre de 2015 y el 10 de septiembre de 2018, de una entidad pública con autonomía administrativa y patrimonial, denominada «Gobierno propio de autoridades tradicionales de los resguardos y territorios indígenas del Vaupés - CRIVA», conformada por la totalidad de las comunidades indígenas del Departamento del Vaupés, en la que ejerció autoridad civil y política.

1.1.3. Fundamentos de derecho

Señala el accionante que los municipios que integran un Departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y, por lo tanto, se encuentra inhabilitado para inscribirse como representante a la Cámara quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente o parentesco, en los términos señalados en la Ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil, política o administrativa en los municipios del mismo Departamento para el cual se realiza la inscripción electoral.

Precisa que en este asunto, el vínculo de afinidad entre el señor Simón Valencia López y Mónica Liliana Valencia Montaña se encuentra debidamente acreditado en el registro civil de nacimiento allegado; y que para la época en que la señora Valencia Montaña se inscribió y fue elegida como representante a la Cámara, su padre adoptivo, ejercía autoridad civil y política en el mismo Departamento para el cual fue electa, en su condición de representante legal en una entidad pública con autonomía administrativa y presupuestal que representaba la población indígena de dicho Departamento denominada «Gobierno propio de Autoridades Tradicionales de los Resguardos y Territorios Indígenas del Vaupés - CRIVA», es decir, dentro de un

ente que hace parte de la circunscripción territorial para la cual fue elegida la antes mencionada.

Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha organización, de acuerdo con sus estatutos, tiene capacidad para contratar con el sector público y privado, vender servicios y cobrar impuestos.

Considera que la causal de inhabilidad se configura bajo los siguientes supuestos: i) el candidato al Congreso debe tener vínculo de matrimonio, unión permanente o parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con ii) funcionario que ejerza autoridad civil o política; y iii) siempre que lo anterior ocurra en la correspondiente circunscripción electoral.

En conclusión, sostiene que la señora Mónica Liliana Valencia Montaña violó el régimen de inhabilidades dispuesto en la Constitución Política, en tanto se inscribió ante el órgano electoral como candidata a la Cámara de Representantes, por la circunscripción electoral del Departamento de Vaupés, pese a que dentro del término de su inscripción y elección, su padre adoptivo ejerció autoridad política y civil en una entidad pública del mismo ente territorial.

1.2. Contestación de la demanda

La ciudadana Mónica Liliana Valencia Montaña, por intermedio de su apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y expuso como argumentos de defensa los siguientes¹:

El Consejo de Estado en reciente jurisprudencia, a través de la cual realizó una interpretación teleológica del numeral 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, determinó que la finalidad de dicha inhabilidad no es otra que evitar que el candidato se pueda beneficiar de la estructura de poder con la que cuentan sus familiares para tomar ventaja en las elecciones, razón por la cual para que esta se configure, se requiere que el pariente del congresista se encuentre en ejercicio del empleo público con autoridad civil o política al momento de la inscripción oficial del candidato.

En el presente caso, no es dable determinar que el señor Valencia López, presunto padre adoptivo de la representante a la Cámara, Mónica Liliana Valencia Montaña, haya ejercido autoridad civil o política al momento de la inscripción o elección de

¹ Folio 120 a 135.

aquella, toda vez que la autoridad indígena que él representaba, denominada «Gobierno propio de Autoridades Tradicionales de los Resguardos y Territorios Indígenas del Vaupés - CRIVA», primero, no tiene personería jurídica; segundo, no se encuentra legalizada ante el Ministerio del Interior; y tercero, no existe prueba de su existencia y representación legal.

En ese orden de ideas, para la fecha en que la señora Mónica Liliana Valencia Montaña se inscribió como candidata a la Cámara de Representantes por el Departamento del Vaupés, el señor Simón Valencia López no ejercía cargo alguno que le confiriera autoridad civil o política, como lo señala la norma, motivo por el cual la accionada no incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 5.º del artículo 179 de la Constitución Política.

Finalmente, propuso como excepciones, inepta demanda por la falta de acreditación legal de la calidad de Congresista; caducidad del medio de control de nulidad electoral; y ausencia de requisitos legales.

1.3. Audiencia pública

El 12 de noviembre de 2019, se llevó a cabo la audiencia pública prevista en el artículo 12 de la Ley 1881 de 2018, con presencia del accionante, Yecid Bairum Chequemarca García, así como de la accionada Mónica Lilia Valencia Montaña y su apoderado judicial, el señor Duván Arturo Almanza Góngora. De igual manera, estuvo presente el procurador primero delegado ante el Consejo de Estado.

1.3.1. Intervenciones

1.3.1.1. Del accionante

En su intervención - de la cual allegó resumen escrito², planteó, en síntesis, que la señora Mónica Liliana Valencia Montaña se encontraba inhabilitada para ser congresista, toda vez que su padre, como está debidamente acreditado con el registro civil de nacimiento, antes de su inscripción y elección como representante a la Cámara por el Departamento del Vaupés, fungió como empleado público al manejar recursos públicos en representación de la autoridad indígena y, en consecuencia, ejerció autoridad civil en un cargo que hacía parte de la misma

² Obrante a folios 394 y 395 del cuaderno N.º 3.

circunscripción electoral.

1.3.1.2. Del procurador primero delegado ante el Consejo de Estado

El procurador primero delegado ante el Consejo de Estado, en su intervención - de la que allegó resumen escrito - ³, solicitó denegar la solicitud de pérdida de investidura, con base en las siguientes razones:

La congresista Mónica Liliana Valencia Montaña inscribió su candidatura a la Cámara de Representantes, por la circunscripción territorial del Vaupés, ante la Comisión Nacional Electoral para el periodo electoral 2018-2022, resultando electa congresista el 11 de marzo de 2018.

Ahora, si bien la accionada tiene vigente vínculo de consanguinidad con el señor Simón Valencia López, quien para dicho momento se desempeñaba como representante legal de una autoridad indígena, debe resaltarse que dicha condición no le permite catalogarse como funcionario público, elemento esencial para acreditar la inhabilidad referida, por lo siguiente: primero, sus funciones no se encuentran determinadas en la Constitución, Ley o reglamento, ni le fueron fijadas por autoridad pública competente; segundo, no fue designado para ejercer un empleo público, ni tomó posesión de él; y tercero, no prestó servicio personal remunerado que implicara vinculación legal y reglamentaria con la administración pública.

1.3.1.3. De la representante a la Cámara Mónica Liliana Valencia Montaña

La representante a la Cámara Mónica Lilian Valencia Montaña solicitó despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda, con base en los siguientes argumentos⁴:

El cargo que desempeñaba el señor Simón Valencia López como consejero mayor de una organización indígena para el momento de su inscripción y elección como congresista, no lo hacía acreedor de la condición de funcionario público como lo exige la inhabilidad referida en el artículo 179 numeral 5.º de la Constitución Política, en la medida en que no cumple con los presupuestos básicos establecidos para el efecto, por lo que, en consecuencia, no podría señalarse que este ejerció autoridad civil o política.

³ Folios 396 a 421 del cuaderno N.º 3.

⁴ Folios 422 a 424 del cuaderno N.º 3.

Insistió en que el señor Simón Valencia López, pese a que la registró como su hija, tal y como aparece en el registro civil de nacimiento, no es su padre biológico.

1.3.1.4. Del apoderado judicial de la accionada

El apoderado judicial de la representante a la Cámara Mónica Lilian Valencia Montaña solicitó denegar la solicitud de pérdida de investidura, bajo los mismos argumentos expuestos en el escrito a través del cual la congresista ejerció su derecho de defensa, una vez se le corrió traslado, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1881 de 2018⁵.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

La Sala Especial de Decisión No. 21 del Consejo de Estado es competente para conocer, en primera instancia, de la solicitud de pérdida de investidura de la representante a la cámara Mónica Liliana Valencia Montaña, en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 y 237.5 de la Constitución Política, 2.º de la Ley 1881 de 2018 y 37, numeral 1, de la Ley 270 de 1996.

2.2. Cuestión previa

Antes de entrar a definir el fondo de la discusión planteada, la Sala se referirá a las excepciones propuestas por el apoderado judicial de la accionada, con el fin de resolver todos los aspectos expuestos en la presente acción.

2.2.1. Acreditación legal de la congresista

El apoderado judicial de la señora Mónica Liliana Valencia Montaña señala que el demandante aportó un documento (formulario E-26) que no es idóneo para demostrar la calidad de aquella como representante a la Cámara, por lo que en consecuencia, la acción de pérdida de investidura debió ser rechazada.

Al respecto, debe señalarse que por Auto de 15 de julio de 2019, se inadmitió la demanda de pérdida de investidura instaurada por el demandante contra la

⁵ Folios 425 a 439 del cuaderno N.º 3.

representante a la Cámara Mónica Liliana Valencia Montaña, con el fin de que allegara, en debida forma, la certificación expedida por la Organización Electoral Nacional que la acredita como congresista, conforme lo exige el literal b) del artículo 5 de la Ley 1881 de 2018⁶.

El 18 de julio del presente año, esto es, dentro del término legal, la parte demandante allegó un Oficio emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el que consta lo siguiente: «Una vez verificados los archivos que reposan en la Dirección de Gestión electoral, se pudo constatar que la ciudadana Mónica Liliana Valencia Montaña (...) avalada por el Partido Social de Unidad Nacional, fue elegida como representante a la Cámara por el Departamento de Vaupés (...)»⁷, motivo por el cual, mediante Auto de 19 del mismo mes y año, se admitió la solicitud de pérdida de investidura.

Posteriormente, en atención a que a través de Auto de 31 de julio del presente año se

ofició al Consejo Nacional Electoral, para que allegara la credencial de la representante a la Cámara Mónica Liliana Valencia Montaña y que tal entidad, a su vez, remitió dicha solicitud a la Registraduría Nacional del Estado Civil⁸, por Oficio de 2 de septiembre de 2019, ésta informó «Respetuosamente y dando respuesta a su solicitud una vez consultados los archivos y base de datos que reposan en la Dirección de Gestión Electoral, se encontró que la señora Mónica Liliana Valencia Montaña, se inscribió como candidata para participar en elección de la Cámara de Representantes por el Departamento del Vaupés, en los comicios electorales celebrados el 11 de marzo de 2018, resultó electa para el periodo electoral comprendido entre 2018-2022»⁹.

Ahora, como se mencionó en su momento, si bien dicho documento no es el exigido en la Ley al momento de formularse la solicitud, en razón a que lo que se requiere es la acreditación del congresista expedida por la Organización Electoral Nacional, también lo es, que esta Corporación, en oportunidades anteriores, ha concluido que ese no es el único medio de prueba para certificar dicha calidad, por cuanto existen otros documentos para demostrarla. Al respecto, ha sostenido lo siguiente¹⁰:

⁶ Folio 75

⁷ Folios 79 a 103.

⁸ Folio 294 del cuaderno No. 2.

⁹ Folio 330 del cuaderno No. 2.

¹⁰ Sentencia de 27 de septiembre de 2016, radicación No. 11001031500020140388600, consejero ponente Alberto Yepes Barreiro.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por ende, deja en claro que la demostración de la calidad de congresista en los procesos de pérdida de la investidura **i)** no está sometida a una tarifa legal de prueba, por tanto, en los procesos de esta naturaleza la certificación a que se refiere el artículo 4, literal b), de la Ley 144 de 1994 no es la única prueba para probar dicha posición y **ii)** si en la contestación de la demanda de pérdida de investidura no se cuestiona esa circunstancia y se responden los fundamentos de la misma, ha de entenderse que la calidad de congresista no requería ser probada, dado que la parte demandada la tiene por cierta.

En ese orden de ideas, considera la Sala que dentro del expediente se encuentra debidamente acreditada la condición de representante a la Cámara de la señora Mónica Liliana Valencia Montaña con los documentos que fueron allegados por la entidad competente, razón por la cual esta excepción no está llamada a prosperar.

2.2.2. Caducidad de la acción

Sostiene la parte accionada que la acción interpuesta por el señor Chequemarca García no fue la de pérdida de investidura sino una acción electoral, la cual se encuentra caducada.

Frente a este argumento, considera la Sala que no existe confusión alguna de la acción interpuesta, en la medida en que en el escrito introductorio el actor es claro en señalar que se trata de una acción de pérdida de investidura, en virtud del numeral 1.º del artículo 183 de la Constitución Política, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley 1881 de 2018, caduca vencido el término de 5 años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho generador de la causal de pérdida de investidura, término que en el *sub examine* no ha fenecido, debido a que se trata de supuestos fácticos que ocurrieron entre el año 2017 y 2018, motivo por el cual no resulta oportuno analizar una presunta caducidad de un medio de control que no fue interpuesto.

2.2.3. Falta de requisitos legales

En tal sentido, sostiene el apoderado de la accionada que la presente acción carece de los requisitos legales, en la medida en que los elementos de la inhabilidad propuesta no están acreditados.

Al respecto, considera la Sala que los argumentos antes expuestos se resolverán al momento de estudiar el fondo del asunto, con el fin de determinar la ocurrencia o no de la causal de pérdida de investidura consagrada en el numeral 1.º del artículo 183 de la Constitución Política, razón por la cual esta excepción pasará a estudiarse.

2.3. El problema jurídico

El problema jurídico consiste en dilucidar si la representante a la Cámara, Mónica Liliana Valencia Montaña, incurrió en la causal de pérdida de investidura consagrada en el numeral 1.º del artículo 183 de la Constitución Política, por violación del régimen de inhabilidades, concretamente, la dispuesta en el numeral 5.º del artículo 179 de la Constitución Política.

2.4. Marco normativo y jurisprudencial de la pérdida de investidura de los congresistas. Naturaleza de la acción

Uno de los puntos que se tuvo en cuenta para convocar la Asamblea Nacional Constituyente en la década de los noventa y expedir una nueva Constitución Política fue el alto grado de desprestigio en el cual se encontraba la institución del Congreso, depositario de la soberanía popular. Los senadores y representantes a la Cámara, en ejercicio del derecho político fundamental de elegir y ser elegidos, eran llamados a ocupar sus curules y, desbordando el marco funcional, incurrían en una serie de conductas que atentaban contra el orden jurídico, político, ético y disciplinario y, a lo sumo, recibían un reproche por parte del electorado, sin consecuencias jurídicas relevantes. Fue así que el constituyente de 1991 retomó una figura que había sido concebida en el Acto Legislativo número 1 de 1979, que fue declarado inexecutable por defectos de forma por la Corte Suprema de Justicia¹¹, mediante sentencia 57 del 3 de noviembre de 1981, y la plasmó en los artículos 183 y 184 de la Carta.

Se ha sostenido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que la acción de pérdida de investidura es un instrumento para efectivizar el marco jurídico, democrático y participativo del Estado colombiano¹², trazado desde el mismo preámbulo de la Constitución. Es, además, una acción pública de raigambre constitucional¹³ y de responsabilidad de los elegidos¹⁴ como representantes del

¹¹ Expediente 786, magistrado ponente doctor Fernando Uribe Restrepo.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2012, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente: 11001-03-15-000-2011-00616-00, accionante: Saúl Villar Jiménez, accionado: Juan Carlos Martínez Gutiérrez.

¹³ Artículo 40.

pueblo en relación con la dignidad, honradez, decoro, probidad, cuidado, respeto, mesura, compromiso, que comporta la investidura conferida¹⁵.

La legitimación en la causa por activa para incoar la acción la tiene cualquier ciudadano, las mesas directivas del Senado y la Cámara de Representantes y el Procurador General de la Nación, directamente o por medio de sus delegados (artículos 183, 184 y 277, numerales 6 y 7, de la Constitución Política).

De otro lado, se precisa que es una acción jurisdiccional¹⁶ autónoma¹⁷, cuya finalidad última es la de lograr el sometimiento de los miembros de las corporaciones públicas al orden jurídico, garantizar la transparencia absoluta en relación con sus actuaciones¹⁸, conservar la dignidad de la institución¹⁹, desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público, recuperar «el prestigio, el buen nivel [y] el tono moral»²⁰ del órgano legislativo, consagrar un sistema más severo que esté a disposición de los ciudadanos para sancionar los comportamientos que atenten contra la dignidad de la investidura de congresista, para, de esta manera, preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política^{21,22}.

También se ha dicho que el juicio²³ o proceso de pérdida de investidura de los Congresistas es de naturaleza ética²⁴- pues está orientado a «dignificar y enaltecer

¹⁴ En sentencia C-319 del 14 de julio de 1994 la Corte Constitucional sostuvo: «... la pérdida de investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la transgresión al código de conducta intachable que los congresistas deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan».

¹⁵ Artículo 6º de la Constitución Política.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1992, consejero ponente: Guillermo Chaín Lizcano, expediente AC-175, accionante: Carlos Espinosa Faccio Lince, accionado: Samuel Alberto Escrucería Manzi.

¹⁷ Sentencias C-280 de 25 de junio de 1996, Corte Constitucional, M. P. Doctor Alejandro Martínez Caballero y C-437 de 25 de septiembre de 1997, Corte Constitucional, M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2012, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente: 11001-03-15-000-2011-00616-00, accionante: Saúl Villar Jiménez, accionado: Juan Carlos Martínez Gutiérrez.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.

²⁰ Intervención del constituyente Guillermo Nieto Roa en la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente de 3 de abril de 1991 «Sesión Comisión 3».

²¹ Sobre el particular pueden citarse, entre otras, las sentencias del 17 de agosto de 1994, expediente AC-1899; 24 de agosto de 1994, expediente AC-1587; 21 de marzo de 1999, expediente AC-2362; 19 de abril de 1995, expediente AC-2444; 9 de julio de 1996, expediente AC-3577; 12 de febrero de 1997, expediente AC-4192; 12 de agosto de 1997, expediente AC-4686.

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de julio de 2003, consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, expediente: 11001-03-15-000-2003-00278-01, accionante: Belma Genith Olarte Casallas, accionado: Wellington Ortiz Palacio.

²³ Corte Constitucional, sentencia SU-1159 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

la calidad de los representantes del pueblo en las corporaciones públicas»²⁵ -, sancionatoria²⁶, punitiva²⁷ o disciplinaria y, por ende, sometido a los principios del debido proceso (artículo 29 constitucional), en la medida en que implica, en el fondo, una sanción por conductas en las que incurre el congresista, relacionadas con el incumplimiento de compromisos y responsabilidades de carácter ético, jurídico y político ante la colectividad, que generan consecuencias particulares, al romperse el pacto político entre la sociedad, el elector y el elegido²⁸, principio fundamental de la democracia representativa²⁹.

2.5. Causales de pérdida de investidura

El artículo 183 de la Constitución Política, consagra como causales de pérdida de investidura, las siguientes:

- Artículo 183.** Los congresistas perderán su investidura:
- 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.**
 2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
 4. Por indebida destinación de dineros públicos.
 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.
- (...)

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2001, consejero ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, expediente: 11001-03-15-000-2001-0098-01, accionante: Pablo Bustos Sánchez y otro, accionado: José Antonio Gómez Hermida. Corte Constitucional sentencia C-247 de 1995. Ver además Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de agosto de 2012, consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. expediente: 110010315000201100254-00(PI), accionante: Jesús Enrique Vergara Barreto, accionado: Héctor Javier Vergara Sierra.

²⁵ Sentencias T-544 de 2004 y T- 987 de 2007

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00, accionante: Juan Carlos Arango, accionado: Luciano Grisales Londoño.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2012, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente: 11001-03-15-000-2011-00616-00, accionante: Saúl Villar Jiménez, accionado: Juan Carlos Martínez Gutiérrez.

²⁸ Artículo 133 de la Constitución Política.

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2012, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, expediente: 11001-03-15-000-2011-00616-00, accionante: Saúl Villar Jiménez, accionado: Juan Carlos Martínez Gutiérrez.

Se ha reiterado que las causales expresa, objetiva y taxativamente consagradas en la Carta que dan lugar a decretar la pérdida de investidura de un congresista, como las causales propias de todo derecho sancionatorio, están sujetas a un principio imperante en el Derecho Universal, como lo es el de legalidad, que se traduce, para el caso, en su consagración constitucional o legal. Por esa misma razón, debe tenerse presente que dichas causales son de aplicación restrictiva, esto es, no admiten interpretación extensiva o analógica, motivo por el cual deben configurarse todos los supuestos fácticos y jurídicos previstos en la norma para aplicar la consecuencia que ella determina. Así las cosas, la declaración de pérdida de investidura solo procede frente a las conductas del congresista que se adecuen a la descripción realizada por el constituyente.³⁰ Por ello, el proceso exige un examen riguroso de las circunstancias en que se produjo la conducta y con el mismo rigor se deben respetar las garantías procesales que le asisten al congresista accionado.

2.6. De la causal consagrada en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política.

2.6.1. Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

El artículo 183, numeral 1.º de la Constitución Política determina que los congresistas perderán su investidura «Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses»³¹.

Pues bien, la función pública implica el desarrollo de distintas actividades por parte de los servidores públicos dirigidas a cumplir con sus funciones, los fines estatales y, por ende, la satisfacción del interés general de la sociedad. En virtud de ello, las actuaciones deben ejecutarse atendiendo los principios del artículo 209 Constitucional de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad³².

En procura de lo anterior, el ordenamiento jurídico exige, para quienes pretendan ejercer la función pública, el cumplimiento de ciertos requisitos,

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de junio de 2001, consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, expediente: AC-2001-0069, accionante: Rafael Robles Solano, accionado: Darío Saravía Gómez

³¹ En el mismo sentido, el artículo 296 de la Ley 5 de 1992 señala: “CAUSALES. La pérdida de la investidura se produce: (...) 1. Por violación del régimen de inhabilidades”.

³² Sentencia C-631 de 1996, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

cualidades y condiciones que garantizan un desempeño de esta con idoneidad y probidad, en beneficio del interés general y sin atender intereses personales o privados³³.

Esta exigencia se materializa en el establecimiento de las inhabilidades³⁴, que en términos generales han sido definidas como³⁵ «Restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas con el fin de rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad, el acceso a la función pública».

La jurisprudencia ha aceptado que las inhabilidades son de dos tipos, dependiendo de la norma que les da origen y de la finalidad que persiguen dentro del ordenamiento jurídico. En efecto, sobre el particular se ha dicho³⁶:

Las inhabilidades del régimen jurídico pueden tener fuente diversa y pretender objetivos distintos. De hecho, la jurisprudencia ha reconocido que las inhabilidades presentan dos tipologías que dependen de su procedencia jurídica y de la finalidad que persiguen.

Un primer grupo tiene origen sancionatorio. Cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más –la inhabilidad- que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad.

La segunda tipología no tiene origen sancionatorio y corresponde, simplemente, a una prohibición de tipo legal que le impide a determinados individuos ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades. (Negrilla fuera del texto original).

De acuerdo con la clasificación enunciada, se deduce que las inhabilidades:
i) pueden establecerse como sanción dentro de las normas que contienen la

³³ Se puede consultar la sentencia C-652 de 2003, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁴ Sentencia C-564 de 1997, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de julio de 2007. Radicación: 11001-03-06-000-2007-00046-00(1831). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. El Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 28 de septiembre de 2017. Radicación: 73001-23-33-006-2016-00587-01 (PI). señaló: «Las inhabilidades corresponden a una serie de circunstancias personales establecidas por la Constitución Política o la ley que imposibilitan que un ciudadano sea nombrado en un empleo o elegido en un cargo de elección popular, cuyo propósito es garantizar la prevalencia del interés general».

³⁶ Sentencia C-652 de 2003, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

potestad sancionadora del Estado y; ii) se fijan en la Constitución y en la ley como normas de protección de principios y valores constitucionales como la lealtad, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general, etc., sin que se deriven de un proceso sancionatorio, de modo que se controle el acceso de personas para ejercer funciones públicas³⁷. De lo anterior también se deriva que las inhabilidades son de carácter taxativo al estar siempre estipuladas en la Constitución o la ley.

Debe precisarse que las inhabilidades fijadas por el constituyente o el legislador, impiden a determinados individuos el acceso a la función pública afectando el principio de igualdad. Esta restricción se sustenta en la necesidad de proteger el interés general, por lo que, desde el punto de vista constitucional, debe ser razonable y proporcional, características que se pierden cuando se desvía de dicho objetivo³⁸.

Precisamente por tratarse de normas que limitan el acceso a la función pública son de aplicación restrictiva, esto es, no pueden ser aplicadas por extensión o analogía. Así ha sido la posición del Consejo de Estado³⁹:

Las causales de inhabilidad constituyen limitaciones al derecho fundamental a ser elegido y a acceder a funciones y cargos públicos garantizado por el artículo 40 de la Constitución; es así que la jurisprudencia constitucional y la del Consejo de Estado han señalado que **las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse de manera que se garantice su más amplio ejercicio, y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre en forma restrictiva.** (...) La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido, de donde como regla general se infiere que todos los

³⁷ Ver sentencias C-708 de 2001 magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño y C-597 de 1996, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

³⁸ Sentencia C-415 de 1994 magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁹ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas. Bogotá D.C., 30 de abril de 2015. Radicado: 11001-03-06-000-2015-00058-00 (2251) Actor: Ministerio del Interior.

En igual sentido ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Oscar Darío Amaya Navas. Bogotá D.G. 24 de julio de 2018. Radicado único: 2391.

ciudadanos pueden acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y que excepcionalmente no podrán hacerlo aquellos a quienes se los prohíbe expresamente la Constitución o la ley. De allí que el Código Electoral en el artículo primero estatuya el principio de “capacidad electoral” según el cual “[t]odo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que limite su derecho. En consecuencia las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida”. (Resalta la Sala).

Por su parte, las incompatibilidades se refieren a la prohibición establecida por la ley para determinadas personas que posean una investidura oficial o desempeñen funciones públicas, o hayan sido exfuncionarios públicos.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado, que: «De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública»⁴⁰.

En tal sentido, en la Constitución Política de Colombia de 1991 se consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades con respecto a los congresistas. Frente al primero, se establecen los casos en los cuales una persona que pretende ostentar dicha calidad, no puede ser elegido cuando ocurra alguna de las circunstancias dispuestas en el artículo 179 ibídem y respecto al segundo, esto es, lo concerniente a las incompatibilidades, el artículo 180 de la Carta hace relación a los impedimentos por parte de los miembros del Congreso durante el tiempo en que ostentan este fuero; siendo estas, entre otras⁴¹, las que generan la pérdida de la investidura de un congresista (senador o representante a la cámara).

⁴⁰ Sentencia C-426 de 1996, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

⁴¹ «La inhabilidad por las causales constitucionales en razón del ejercicio del cargo público, gestión de negocios ante entidades o vinculación por parentesco por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha». Sentencia C-093 de 1994, magistrado ponente: Jorge Gregorio Hernández Galindo.

2.7. De la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política

El régimen de la inhabilidad en comento previsto para los congresistas se encuentra dispuesto en el artículo 179 de la Constitución Política, así:

No podrán ser congresistas:

(...)

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.

Frente a dicha causal, la Corte Constitucional ha manifestado que con el fin de evitar el nepotismo y la colusión, es necesario consagrar un régimen de inhabilidades e incompatibilidades basado en los nexos familiares, en el que la única forma de hacerlo es apartando en el caso concreto a los miembros de una misma familia, por lo que, en consecuencia, a lo sumo, solo uno de ellos puede gozar de la oportunidad de que se trate. Al respecto, dicha Corporación, sostuvo⁴²:

El sacrificio de los restantes miembros de la familia, se ha podido justificar en esa precisa situación, ya sea en la prevención de un serio peligro social o en la clara y necesaria defensa del interés general.

Por lo demás, es común a las prohibiciones que se fundan en los nexos familiares, implicar materialmente, para algunos miembros de una misma familia, la imposibilidad de gozar de un derecho o posibilidad de acción que, en otras condiciones, podían ejercer. Así, por ejemplo, en las hipótesis de los numerales 5 y 6 del art. 179 - 5 y 6 de la C.P., se elimina la posibilidad de ser congresista para la persona perteneciente a un grupo familiar en el cual uno de sus miembros ejerza autoridad civil o política. También se podría aducir que el miembro del grupo familiar que primero accede al servicio público, impide que los restantes posteriormente puedan hacerlo. No obstante, ésta no es la prohibición sino su consecuencia, y la misma se justifica a la luz del precepto prohibitivo y de su finalidad, que no es otra que la de evitar que el poder político se acumule en una misma familia. No es posible perseguir este fin sin que ese efecto se produzca. El Constituyente simplemente consideró que la promoción del interés general justificaba con creces el sacrificio individual que llegare a presentarse.»

⁴² Sentencia C-415 de 1994, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por su parte, el Consejo de Estado al referirse a dicha inhabilidad, señaló que su propósito no es otro que evitar que el candidato de elección popular se valga de prerrogativas de su pariente y con ello se comprometa la igualdad en la contienda electoral. Para el efecto, manifestó⁴³:

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

Por su parte, la doctrina señala que la finalidad de la referida causal de inhabilidad, no es otra que «impedir que alguien amparado en las ventajas derivadas del parentesco, la relación conyugal o de hecho con un funcionario que ostente un cierto poder dentro del Estado, obtenga su elección como congresista con violación del principio de igualdad electoral. Se trata de salvaguardar la plena igualdad de competencia e impedir que el parentesco opere desde el poder para inclinar la libre opción electoral en favor de un candidato y en detrimento de otro»⁴⁴.

En ese orden de ideas, esta causal de inhabilidad dispuesta en la Carta Política surge por la necesidad de preservar la ética pública, en el sentido de evitar que los funcionarios públicos, parientes o allegados al aspirante, desvíen el ejercicio de sus funciones hacia fines netamente electorales, descuidando las funciones de su cargo, desvirtuando el sentido de la función pública y, además, ejerciendo presión en virtud de su condición para ayudar al candidato de la familia.

2.7.1. Elementos típicos de la causal de inhabilidad

De conformidad con lo dispuesto en la norma, resulta claro que para que se configure dicha causal de inhabilidad por parte de un congresista, deben concurrir los siguientes elementos:

⁴³ Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 6 de mayo de 2013, radicación No. 17001233100020110063701, consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

⁴⁴ La pérdida de investidura. Alberto Poveda Perdomo y Guillermo Poveda Perdomo. Páginas 47 y 48.

- (i) **Vínculo** por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil con **funcionarios públicos**.
- (ii) El **ejercicio de autoridad civil o política** por parte de dicho funcionario.
- (iii) La autoridad debe ser ejercida en la **circunscripción territorial** en la cual debe efectuarse la elección.
- (iv) **Factor temporal** dentro del cual el funcionario (pariente del congresista) debe estar investido de dicha potestad.

2.7.1.1. Del vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil

El Código Civil en su artículo 113, define el matrimonio como el «contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente».

Por su parte, los conceptos legales de las clases de parentesco, son los siguientes:

- a) De consanguinidad, que es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidos por los vínculos de la sangre⁴⁵;
- b) Afinidad legítima: «existe entre una persona que está o ha estado casado y los consanguíneos de su marido o mujer»⁴⁶;
- c) (...)
- d) Civil, el cual resulta de la adopción⁴⁷.

Respecto a este elemento relacionado con el vínculo, la doctrina ha manifestado que «La previsión aquí es porque se estima que de manera indirecta esos parentescos o vínculos pueden derivar en alguna clase de beneficio o de influencia sobre el electorado. (...) La norma exige, de una parte, que exista alguno de los vínculos o de parentesco referidos. De otra, la discusión se origina respecto de otra clase de vínculos y acerca de la vigilancia de los mismos, en especial de los adquiridos por razón de las relaciones civiles, como en el caso del matrimonio y de

⁴⁵ Artículo 35 del Código Civil Colombiano.

⁴⁶ Artículo 47 ibidem.

⁴⁷ Artículo 50 ibidem.

la unión formal o de hecho que se crea entre dos personas»⁴⁸ «Tanto matrimonio como las modalidades de parentesco previstas en esta causal las define el legislador y tienen un régimen probatorio reglado, las uniones permanentes heterosexuales de hecho similares al matrimonio en cuanto a la forma descriptiva que las define el legislador, corresponden a la voluntad responsable de conformar una familia y al vínculo previsto en esta causal y solamente tienen la condición de la convivencia permanente que se prueba por los diversos medio de prueba. **El Dcto. Ley 1260 de 1970, además de definir el estado civil de las personas prescribe que se demuestra exclusivamente con copia o certificados de las actas y folios que reposen en sus archivos de registro a cargo de los notarios y demás funcionarios encargados del registro civil**»⁴⁹.

Así las cosas, el vínculo o parentesco como elemento configurativo de la causal de inhabilidad que es objeto de estudio, requiere que esté presente dentro de los grados y modalidades establecidos en la Carta Política, las cuales están definidas legalmente.

2.7.1.2. De la calidad de funcionario por parte del pariente, cónyuge o compañero permanente

En atención a dicho elemento, la causal objeto de estudio refiere que el pariente, cónyuge o compañero permanente de la persona electa debe tener como calidad la de ser funcionario.

Ahora bien, la Sala Plena⁵⁰ y la Sección Quinta⁵¹ de esta Corporación frente a la noción de funcionario establecida en el artículo 179 numeral 5, ha establecido que «comprende a todos los servidores que prestan sus servicios a una entidad pública y ejercen las funciones que a esta corresponden, es decir a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, además que el término ‘funcionario’ contenido en la inhabilidad es equiparable a la de ‘empleado público’».

⁴⁸ Causales de pérdida de investidura de los congresistas. Fernando Brito Ruíz. Tercera edición. Páginas 104 y 105.

⁴⁹ La pérdida de investidura. Alberto Poveda Perdomo y Guillermo Poveda Perdomo. Página 48.

⁵⁰ Sentencia de la Sala Plena de lo contencioso administrativo de 29 de enero de 2019, radicación No. 11001032800020180003100, consejera ponente: Rocío Araújo Oñate.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 26 de marzo de 2015., radicación 11001-03-28-000-2014-00058-00 consejero de estado: Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 5 de mayo de 2016, radicación 54001-23-33-000-2015-00530-01. consejero de estado: Alberto Yepes Barreiro.

Así, para efectos metodológicos, resulta pertinente hacer referencia a lo siguiente: i) el empleo público; y ii) los servidores públicos.

2.7.1.2.1. Del empleo público

El Decreto 2400 de 1968⁵², modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968, en su artículo 2º, dispone que: «Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo».

Por su parte, la Constitución Política se refiere en cuanto al empleo público, en sus artículos 122, 123 y 125, de la siguiente manera:

Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

(...)

Artículo 123. [...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

(...)

Artículo 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 (...).

A su turno, la Ley 909 de 2004⁵³, en sus artículos 1.º y 19, frente al empleo público prevé:

Artículo 1o. Objeto de la ley. (...)

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

(...)

Artículo 19. El empleo público.

⁵² «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.»

⁵³ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.»

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.

(...)

Finalmente, el Decreto 770 de 2005⁵⁴, reitera la noción de empleo contenida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004.

En consideración a lo anterior, los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un **empleo público** y pueda obtener los derechos que de él se derivan, son los siguientes:

(i) La determinación de las funciones propias del cargo, la cual se hace a través de la Ley o el reglamento;

El reglamento o manual de funciones es el instrumento básico «para consignar la descripción general de las funciones de la categoría laboral de los empleados públicos (...) describiendo las que corresponden a cada empleo para su ejercicio, de manera tal que ningún empleo pueda tener funciones básicas distintas a las señaladas en el Manual General»⁵⁵.

(ii) La determinación del empleo en la planta de personal de la entidad; y

(iii) La existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor y con ello su remuneración⁵⁶.

⁵⁴ «Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004.»

⁵⁵ Derecho Administrativo Laboral. Jairo Villegas Arbeláez. Cuarta edición. Pagina 311.

⁵⁶ Al respecto, el Convenio sobre igualdad de remuneración No. 100 de la OIT, señala en cuanto a la remuneración, que «comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último».

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150 y 189 de la Constitución Política, respectivamente «le corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones (...) dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales deba sujetarse el gobierno para los siguientes efectos (...) fijar el régimen salarial (...) de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública», «corresponde al Presidente de la República como (...) jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa (...) crear fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.»

2.7.1.2.2. De los servidores públicos

La Ley 4ª de 1913⁵⁷, en su artículo 5º consagró que «los simples funcionarios públicos, son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados».

El Decreto 2127 de 1945⁵⁸, al acoger el criterio orgánico y material, estableció en su artículo 4º, que «las relaciones entre los empleados públicos y la administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma».

El Decreto Ley 3135 de 1968⁵⁹ previó en su artículo 5º, que «Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos; Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin

⁵⁷ «Sobre Régimen Político y Municipal»

⁵⁸ «Por el cual se reglamenta la Ley 6ª de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo en general»

⁵⁹ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales».

embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales».

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1848 de 1969⁶⁰ estableció como concepto genérico el de empleado oficial, para señalar que dentro de este hacen parte, los empleados públicos y trabajadores oficiales, así:

(...)

2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

3. En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral.

ARTÍCULO 2º.- Empleados públicos. 1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, son empleados públicos.

ARTÍCULO 3º.- Trabajadores oficiales. Son trabajadores oficiales los siguientes:

a. Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del artículo 1 de este decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras; y

b. Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta

Posteriormente, el Decreto Reglamentario 1950 de 1973⁶¹, reiteró la clasificación de los servidores públicos antes mencionada.

A su turno, la Constitución Política, en su artículo 123, prevé que «Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (...) que están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el reglamento»⁶².

Al respecto, debe advertirse que en la Carta Política se utilizó de forma general el concepto de servidor público, para comprender a todas las personas naturales que

⁶⁰ «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968»

⁶¹ «Por el cual se reglamentan los Decretos – Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil».

⁶² Esta Corporación, en Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, de 26 de julio de 2018, radicación No. 4912-14, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló que la Constitución Política para referirse a los servidores públicos, en forma genérica emplea la expresión funcionarios, en diversos artículos, entre ellos, el 118, 125, 135, 178, 179, 180, 189, 201, 208, 214, 235, 249, 253, 255, 256, 257, 260, 268, 277, 278, 279, 292, 300, 313, 315 y 354.

tienen una relación laboral con el Estado y trabajan a su servicio, con el fin de asegurar el cumplimiento de sus fines constitucionales; y dentro de este género se estableció, entre otros, a los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

Ahora bien, empleado público, es aquél que cumple con los siguientes criterios:

(i) Criterio de vinculación. Se refiere a una vinculación a la Administración Pública en virtud de una **relación legal y reglamentaria, que es aquélla que regula el empleo público**, a través de un acto administrativo de nombramiento y posesión.

De acuerdo con el artículo 122 de la Constitución Política, el empleado debe tomar posesión del cargo en cumplimiento de las formalidades previstas; y ningún empleado público podrá ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

A su turno, el artículo 2.2.5.1.8 del Decreto 648 de 2017⁶³, establece:

(...) Posesión. La persona nombrada o encargada, prestará juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y desempeñar los deberes que le incumben, de lo cual se dejará constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el posesionado.

(...)

Al tomar posesión de un cargo como servidor público en todas las entidades del Estado será indispensable haber declarado bajo la gravedad del juramento, no tener conocimiento de procesos pendientes de carácter alimentario o que se cumplirá con sus obligaciones de familia, en el entendido de que el conocimiento al que se refiere, sobre la existencia de procesos alimentarios pendientes, es únicamente el que adquiere el demandado por notificación de la demanda correspondiente, en los términos previstos por el Código General del Proceso.

Por su parte, la Corte Constitucional, ha manifestado que la elección o nombramiento es un acto-condición «que implica la designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para ejercer las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo. Se ha entendido que el funcionario sólo adquiere los derechos y deberes propios del cargo en el momento en que se tome posesión del mismo, por ser el nombramiento un acto-condición que se formaliza con el hecho de la posesión»⁶⁴.

⁶³ « Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública»

⁶⁴ T-457 de 1992, magistrada ponente: Ciro Angarita Barón.

De conformidad con lo anterior, el cumplimiento de las funciones de un empleo y los efectos fiscales comienzan a ser efectivos desde la fecha en que el empleado público se posesiona del cargo; a partir de la cual adquiere la calidad de empleado público con todos sus derechos y obligaciones que de ella derivan.

(ii) Criterio orgánico, que se deriva del organismo o la entidad a la que se vincula. Verbigratia, en entidades de naturaleza administrativa, como Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos; y

(iii) Criterio funcional, que es el desarrollo de funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento.

Finalmente, cabe resaltar, que la Sala Plena de esta Corporación, ha manifestado que «para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación; que se tome posesión del cargo; que la planta de personal contemple el empleo; y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio»⁶⁵.

2.7.1.3. Del ejercicio de la autoridad civil o política

La Ley 136 de 1994⁶⁶, en sus artículos 188 y 189 define la autoridad civil política, respectivamente, así:

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

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 4885-2004. , consejero ponente Tarsicio Cáceres Toro. Sentencia de 30 de marzo de 2006.

⁶⁶ «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el financiamiento de los Municipios».

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

ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Por su parte, la doctrina ha definido estas dos clases de autoridad, de la siguiente manera⁶⁷:

Se ejerce autoridad civil cuando el Presidente de la República, alcaldes y gobernadores pueden y deben fijar las pautas, establecer las directrices, tanto para que la organización bajo su mando, como los ciudadanos, dirijan su acción en pro de éste u otro cometidos específicos que sirvan o mejore la convivencia. Por ello se entiende que la autoridad civil consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas.

(...)

Autoridad política. Presentar proyectos de Ley y sancionarlas, manejar las relaciones con los otros poderes y con otros Estados, gestionar, trazar y apalancar el rumbo de la Nación, es ejercer autoridad política. Su ejercicio corresponde al ‘presidente de la república, ministros, directores de departamento administrativo que integran el gobierno.

Frente al alcance del ejercicio de la autoridad civil y administrativa para efectos de la configuración de la inhabilidad dispuesta en el numeral 5.º de la Constitución Política, la Sala Plena de lo contencioso administrativo, señaló⁶⁸: «(i) la autoridad civil no puede asimilarse como simple antítesis de la militar; (ii) la autoridad administrativa no puede entenderse como una especie de la civil; (iii) lo descrito en el artículo 188 de la Ley 136 de 1994, es una muestra de lo que, por lo menos, es autoridad civil, mas no su entero universo». Así lo recogió también la Sección Quinta en sentencias de 23 de septiembre de 2013⁶⁹, 19 de febrero de 2015⁷⁰ y 10 de marzo de 2016⁷¹.

⁶⁷ La pérdida de investidura. Alberto Poveda Perdomo y Guillermo Poveda Perdomo. Página 50.

⁶⁸ Consejero de estado: Hernando Sánchez Sánchez, rad. 44001-23-33-002-2016-00096-01(PI), actor: MAYRO ALBERTO CEBALLOS MENA, demandado: BIENVENIDO JOSÉ MEJÍA BRITO.

⁶⁹ Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. No. 41001-23-31-000-2012-00048-01, demandado: Personero de Neiva.

En reciente jurisprudencia, la Corporación precisó sobre el particular, lo siguiente⁷²:

Sumado a lo anterior, la autoridad civil se define como antagónica a la autoridad militar, porque con ella se detentan poderes o potestades jurídicas coercitivas, mientras que la segunda se ostenta por virtud de las armas, lo cual delimita un ámbito claro entre uno y otro y configura a la autoridad civil como un concepto amplio y comprensivo de otras autoridades, siempre que no correspondan a la militar.

10.4.1.2 Ahora bien, el concepto de autoridad civil no se agota con la previsión legal en comento ni con la contraposición de los conceptos “civil” y “militar”, pues la Corporación ha definido que:

(...) **“La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas.**

“Por lo tanto, la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la ‘autoridad civil’ que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata.

“Con esta perspectiva, el concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades del servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es al mismo tiempo autoridad civil.”⁷³ (...) (Se resalta)

10.4.1.2. Sobre este mismo aspecto, se recuerda que la Sala Electoral del Consejo de Estado ha señalado que el elemento referente a la autoridad debe interpretarse de manera objetiva, es decir, que no requiere la verificación efectiva de que el servidor público haya hecho uso de algunas de las atribuciones que le otorga la ley, sino que basta con que aquel tenga la virtualidad o potencialidad de desarrollarlas, para afirmar que ejerció autoridad. (Negrilla fuera de texto).

⁷⁰ Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro (E), exp. No. 11001-03-28-000-2014-00045-00, actor: José Julio Arboleda Sierra, demandado: Oscar de Jesús Hurtado Pérez.

⁷¹ Consejera ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, sentencia de 10 de marzo de 2016, rad. 54001-23-31-000-2012-00001-03, actor: SANTIAGO LIÑAN NARIÑO, demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE CUCUTA.

⁷² Sentencia de la Sala Plena de lo contencioso administrativo de 29 de enero de 2019, radicación No. 11001032800020180003100, consejera ponente: Rocío Araújo Oñate.

⁷³ Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de julio de 2015. C.P. Gerardo Arenas Monsalve Rad. 11001-03-15-000-2014-02130-00(PI)

Así las cosas, la autoridad civil es aquella que se le confía a un servidor público por razón de sus funciones y consiste en la potestad para producir actos de poder y mando, que se expresan y se hacen cumplir respecto de los ciudadanos y la comunidad en general; y la política, es la que le es otorgada a un empleado público y que atañe al manejo del Estado.

2.7.1.4. De la circunscripción territorial

En una primera oportunidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que la causal de inhabilidad que ahora se estudia, se materializaba únicamente si el cargo ejercido por el pariente tenía autoridad en todo el departamento, de suerte que si ejercía autoridad en uno de sus municipios la inhabilidad no era aplicable⁷⁴.

Posteriormente, la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de 2 de mayo de 2018, con base en los fines de la unificación consagrados en el artículo 270 del CPACA, estableció en cuanto al factor territorial de la inhabilidad referida, que «el vínculo de que trata dicha disposición recae sobre personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por la cual se surte la elección, o con aquellas que ejerzan esta misma autoridad en una entidad del orden municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual aspira a ser congresista»⁷⁵.

2.7.1.5. Del factor temporal

La causal de inhabilidad dispuesta en el numeral 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, en su literalidad no establece una condición relativa al tiempo o momento durante el cual opera, como sí ocurre con otras causales que señalan con precisión que dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección no podrán ser congresistas determinadas personas, o que no podrán serlo quienes hayan sido condenados penalmente en cualquier época, entre otras; circunstancias estas en que se tiene certeza a partir de qué momento empieza a contar la inhabilidad y cuando cesa.

⁷⁴ Ver sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 2001, radicación No. 200001233100020001544-01. Actor: Francisco Javier Valle Cuello.

⁷⁵ Consejero ponente: William Hernández Gómez, rad. 11001-03-15-000-2015-00110-00(REV-PI), demandante: LIBARDO ENRIQUE GARCÍA GUERRERO.

Así las cosas, en atención a que respecto de la causal referida la Constitución Política no establece un límite temporal, en reciente jurisprudencia de la Sala Plena, se unificó la tesis relacionada con que «se debe privilegiar una interpretación del numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política que se ajuste al propósito regulatorio de las inhabilidades y produzca efectos jurídicos en atención a la mayor garantía de los principios y valores democráticos protegidos por la Constitución, y ello se logra bajo el entendimiento de **que la inhabilidad se configura si el pariente del candidato o del elegido ejerce autoridad en el lapso comprendido entre la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha de la elección del candidato, inclusive**»⁷⁶.

2.8. Hechos probados

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.8.1. Del vínculo por parentesco

De conformidad con el Registro Civil de nacimiento expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil⁷⁷, se registran como padres de Mónica Liliana Valencia Montaña, Simón Valencia López y María Candelaria Montaña Caro⁷⁸, sin que se exista ninguna anotación de adopción.

2.8.2. De la vinculación del señor Simón Valencia López a «Gobierno propio de los pueblos indígenas del gran resguardo indígena del Vaupés – parte oriental y territorios ancestrales».

De conformidad con el Acta de Posesión No. 002 de 10 de noviembre de 2015, la Gobernación del Vaupés posesionó, en calidad de consejero mayor, al señor Simón Valencia López, con base en el Acta No. 001 de 10 de septiembre de 2014 del Congreso Departamental de los Pueblos Indígenas del Vaupés⁷⁹.

⁷⁶ Sentencia de la Sala Plena de lo contencioso administrativo de 29 de enero de 2019, radicación No. 11001032800020180003100, consejera ponente: Rocío Araújo Oñate.

⁷⁷ Allegado por la Notaría Única del Círculo de Mitú.

⁷⁸ Folio 285 del cuaderno principal.

⁷⁹ Folio 38 del cuaderno principal. «De acuerdo al artículo 330 de la constitución política de Colombia, el convenio 169 de la OIT ratificado por la Ley 21 de 1991 y en aplicación la Ley 89 de 1890, de acuerdo a sus usos y costumbres, la Ley de origen o la Ley mayor de su comunidad, pueden ejercer el cargo de autoridad tradicional y gobierno propio dentro del

A través de certificación de 8 de agosto de 2019, expedida por la coordinadora del Grupo de Investigaciones y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, se señaló: «consultadas las bases de datos institucionales de registro de Representantes Legales, Consejos Indígenas o estructuras colectivas similares de Gobierno propio de Resguardos y territorios indígenas creados para la puesta en funcionamiento de los territorios indígenas de que trata el Decreto 1953 de 2014; se registra al señor Simón Valencia López (...) como representante de Territorio y Representante Legal del Resguardo Indígena Parte Oriental del Vaupés, para la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, de acuerdo con la designación realizada en Asamblea No. 001 de 9 y 10 de septiembre de 2014, para un periodo estatutario de 4 años, el cual a la fecha se encuentra vencido»⁸⁰.

2.8.2.1. De la naturaleza de «Gobierno propio de los pueblos indígenas del gran resguardo indígenas del Vaupés – parte oriental y territorios ancestrales».

Mediante Acta No. 001 de 10 de septiembre de 2014, se constituyó «Gobierno propio de los pueblos indígenas del Vaupés del gran resguardo del Vaupés-parte oriental y territorios ancestrales - CRIVA» y se aprobaron sus estatutos, dentro de los cuales se estableció⁸¹:

Artículo 2. Naturaleza jurídica (...) es una entidad pública especial de Gobierno Propio con autonomía administrativa y patrimonio para el ejercicio del Gobierno propio de los diferentes pueblos originarios que habitan en los resguardos y territorios indígenas del Vaupés; de nacionalidad Colombiana y se regirá por el presente estatuto y las normas que para este tipo de entidades establece la legislación nacional y en especial por la ley 21 de 1991, la ley de origen de los pueblos indígenas, bajo los principios de territorio, autonomía, gobierno propio, unidad, cultura, medio ambiente de las comunidades indígenas de los resguardos y territorios indígenas del Vaupés.

(...)

Artículo 8. De los integrantes. Son asociados (...) todos los residentes en el Departamento del Vaupés, que están organizados y asociados en las diferentes zonales y sus respectivas autoridades tradicionales que los conforman. Los anteriores tendrán el carácter de asociados fundadores de esta nueva estructura del gobierno propio (...)

ámbito de su jurisdicción, así mismo, representar a sus miembros ante las autoridades civiles y militares en ejercicio de su cargo».

⁸⁰ Folio 4 del archivo PDF denominado CER19 CONSEJO DE ESTADO obrante a folio 287 del cuaderno No. 2.

⁸¹ Folios 1 y 5 de los archivos PDF denominados ACTA DE CONSTITUCIÓN DE GOBIERNO PROPIO y ESTATUTOS CRIVA, respectivamente, obrante a folio 287 del cuaderno No. 2.

Artículo 9. De los deberes. Son deberes de todos los integrantes, asociaciones y organizaciones zonales y sus autoridades tradicionales, acatar y cumplir todas las normas de los presentes estatutos, reglamentos internos y decisiones tomadas por la asamblea general y el Consejo de Autoridades Tradicionales, además de los siguientes:

(...)

2. Fijar los aportes ordinarios y extraordinarios de los asociados (...)

Artículo 12. El Gobierno propio de autoridades tradicionales de los Resguardos y Territorios Indígenas de Vaupés establecerá sus propias normas y procedimientos para garantizar el logro del objeto social establecido por el presente estatuto con fundamento en la ley de origen con el fin de salvaguardar el territorio.

(...)

Artículo 14. (...) CRIVA tendrá los siguientes órganos de dirección, administración y gobierno:

- a) Asamblea general.
- b) Consejo Mayor de Gobierno Propio.

(...)

Artículo 19. Del Consejo Mayor de Gobierno Propio. (...) es el órgano central de la estructura administrativa, responsable de ejecutar las políticas, acciones, planes, programas, proyectos y tareas definidas en la Asamblea General y el Consejo de Autoridades Tradicionales de Gobierno Propio para el desarrollo del objeto social.

Artículo 20. De la elección del Consejo Mayor de Gobierno Propio. (...) será elegido por la Asamblea General para un periodo de 4 años, por el sistema de elección dando cumplimiento a la mitad más uno de los asociados y la votación será abierta o secreta dependiendo de la decisión de la asamblea.

(...)

Artículo 22. Funciones del Consejero Mayor de Gobierno Propio.

- a) Representar legalmente al Gobierno ante el Gobierno Nacional, Regional, local, instituciones públicas y privadas de índole nacional e internacional.
- b) Suscribir convenio de cooperación, contratos interadministrativos con entidades públicas y privadas de orden nacional e internacional.

(...)

i) Fijar la planta de personal necesaria de acuerdo con el alcance de los sistemas, programas y proyectos, fijar las remuneraciones, bonificaciones e incentivos especiales para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 41. El patrimonio (...) estará constituido por:

- a) Los aportes de los pueblos indígenas.
- b) Los aportes, donaciones o indemnizaciones públicas o privadas de origen regional, nacional o internacional.
- c) Las rentas o utilidades producidas por los bienes, servicios, proyectos y convenios ejecutados por el Gobierno Propio (...)
- d) Las cuotas de administración que se originen de las contrataciones que realice el Gobierno Propio (...)

Artículo 47. La disolución y liquidación. El Gobierno propio (...) se disolverá y se liquidará cuando las normas nacionales e internacionales derogue los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

El presente estatuto fue revisado y aprobado por los delegados y representantes de las 18 asociaciones y organizaciones indígenas zonales el día 10 del mes de septiembre de 2014, en el marco del Congreso Departamental de los Pueblos Indígenas del Vaupés – CRIVA (...).

A través de Oficio No. OFI15-000047461DAI-2200 de 21 de diciembre de 2015, el director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, puso de

presente lo siguiente⁸²:

En desarrollo de la agenda se comprueba que una vez aprobado el procedimiento para la postulación y elección para integrar el Consejo Mayor del Gobierno Propio, se procedió a la votación mediante el sistema de voto secreto, quedando como resultado de la elección el señor Simón Valencia López en calidad de consejero mayor (...) En aplicación de lo consagrado en el artículo 3 de la Ley 89 de 1890 y por considerarlo ajustado a sus usos y costumbres, allegan acta de posesión No. 002 de fecha 10 de noviembre de 2015, suscrita por el Gobernador Departamental del Vaupés.

De otro lado y teniendo en cuenta las disposiciones legales contenidas en el Decreto 1953 de 2014, los territorios indígenas estarán gobernados por Consejos Indígenas o estructuras colectivas similares de gobierno propio quienes a su vez designaran al Representante de Territorio Indígena quien ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial del mismo. Para el caso en comento y en virtud del artículo 3 ibidem correspondería al Resguardo Parte Oriental del Vaupés jurisdicción del Municipio de Mitú-Vaupés reportado legalmente por el Incora hoy Incoder mediante Resolución No. 086 de 27 de julio de 1982 y 20 de diciembre de 1982.

(...)

Para efectos de la inscripción en el registro del Representante de Territorio del resguardo Suretana, esta Dirección acata la voluntad de su asamblea en el sentido 'que para el registro del representante legal del resguardo para el desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 1953 de 2014, se tenga en cuenta formalmente la estructura colectiva del gobierno propio del gran resguardo del Vaupés (...) y que dicha estructura es la que corresponde a la que se tiene el acta de constitución de Gobierno Propio de los Pueblos Indígenas del Vaupés del Gran Resguardo Parte Oriental y Territorios Ancestrales.

Por Oficio No. CER19-921-DAI-200 de 2 de abril de 2019, la coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, manifestó que «consultadas las bases de datos institucionales de registro de autoridades y/o cabildos indígenas de esta Dirección, se encuentra registrado el señor Simón Valencia López (...) como consejero mayor del Resguardo Parte Oriental del Vaupés, según Acta No. 001 (...) para el periodo de 4 años, contados a partir de la fecha de su elección, es decir hasta el 10 de septiembre de 2018. A la fecha no han actualizado el registro»⁸³.

2.8.3. De la calidad de representante a la Cámara de la señora Mónica Liliana Valencia Montaña

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de Resolución No. 2201 de 4 de marzo de 2017, estableció el calendario electoral para las elecciones de Congreso

⁸² Folio 6 del archivo PDF denominado OFI15-000047461 obrante a folio 287 del cuaderno No. 2.

⁸³ Folio 40 del cuaderno principal.

de la República que se realizarían el 11 de marzo de 2018, así⁸⁴:

Fecha	Soporte Legal	Concepto
(...)	(...)	(...)
11 de noviembre de 2017	Art. 30 Ley Estatutaria 1475 de 2011	Inicia el periodo de inscripción de candidatos (4 meses antes de la elección)
(...)	(...)	(...)
11 de diciembre de 2017	Art. 30 Ley Estatutaria 1475 de 2011	Vence periodo de inscripción de candidatos
(...)	(...)	(...)
Domingo 11 de marzo de 2018	Art. 207 Decreto Ley 2241 de 1986	Día de la votación Segundo domingo de marzo

Artículo segundo: los interesados deben tener en cuenta las siguientes fechas relacionadas con el régimen de inhabilidades:

Fecha	Soporte Legal	Concepto
10 de noviembre de 2016	Inciso 2. Art. 2 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011	Quienes aspiren a ser candidatos por un partido diferentes del cual ostentan la curúl, deberán renunciar a la misma (12 meses antes del primer día de inscripción de candidaturas)
10 de noviembre de 2016 al 10 de diciembre de 2016	Inciso 3. Art. 2 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011	Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren a ser elegidos en cargos o corporaciones de elecciones popular por otro partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos deberán renunciar al cargo (12 meses antes de la inscripción de candidaturas)
11 de marzo de 2017	Numeral 2 artículo 179 de la Constitución Política	Quienes aspiren a ser candidatos, deben renunciar al cargo que hubieren ejercido como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política civil, administrativa o militar (12 meses antes de la elección)
11 de septiembre de 2017	Numeral 3 artículo 179 de	Quienes aspiren a ser

⁸⁴ Pagina Web de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

	la Constitución Política	candidatos no podrán haber intervenido en gestión de negocios, celebración de contratos en interés propio o de un tercero o ser representante legal y con entidades públicas (6 meses antes de la elección).
--	--------------------------	--

A través de Oficio No. DGE-2534, la Directora de Gestión Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil, manifestó⁸⁵:

En atención a su solicitud, en la que manifiesta (...) expedirme la certificación de elección a la Cámara de Representantes de la señora Mónica Liliana Valencia Montaña, electa representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Vaupés para el periodo constitucional 2018-2022 (...)
Una vez verificados los archivos que reposan en la Dirección de Gestión Electoral, se pudo constatar que la ciudadana Mónica Liliana Valencia Montaña (...) avalada por el Partido Social de Unidad Nacional, fue elegida como representante a la Cámara por el Departamento de Vaupés con una votación de 1.441 votos.

Por Oficio de 2 de septiembre de 2019, la Registraduría Nacional del Estado Civil informó «Respetuosamente y dando respuesta a su solicitud una vez consultados los archivos y base de datos que reposan en la Dirección de Gestión Electoral, se encontró que la señora Mónica Liliana Valencia Montaña, se inscribió como candidata para participar en elección de la Cámara de Representantes por el Departamento del Vaupés, en los comicios electorales celebrados el 11 de marzo de 2018, resultó electa para el periodo electoral comprendido entre 2018-2022»⁸⁶.

2.9. Análisis de la Sala

Una vez analizada la preceptiva jurídica que gobierna la materia, el acervo probatorio obrante dentro del expediente y las directrices jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado en casos de contornos similares al *sub lite*, estima la Sala que no están dados los supuestos para que se decrete la pérdida de investidura de la representante a la Cámara Mónica Liliana Valencia Montaña, por las razones que se explican a continuación:

⁸⁵ Folio 79 del cuaderno principal.

⁸⁶ Folio 330 del cuaderno No. 2.

De acuerdo con lo expuesto, para que se configure la causal de inhabilidad respecto a un congresista, dispuesta en el numeral 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, deben estar demostrados los siguientes elementos: i) el vínculo o el parentesco entre la persona elegida y el funcionario; ii) la calidad de funcionario público del pariente, cónyuge o compañero permanente de la persona electa; iii) que las funciones del cargo conlleven el ejercicio de autoridad civil o política por parte del familiar del congresista; iv) que dicha autoridad sea ejercida en la circunscripción territorial en la cual se efectúa la elección; y v) que tales funciones que implican el ejercicio de autoridad, hayan sido ostentadas dentro del límite temporal que se ha establecido jurisprudencialmente.

Ahora bien, debe resaltarse que los elementos antes descritos deben ser concurrentes, es decir, que la ausencia de alguno de ellos, impide la configuración de esta causal de inhabilidad.

En el *sub examine* con el material probatorio obrante dentro del expediente se acreditó, respecto a cada uno de los elementos de la inhabilidad referida, lo siguiente:

2.9.1. De la calidad de congresista

Con base en las pruebas antes mencionadas, la señora Mónica Liliana Valencia Montaña, fue elegida popularmente como representante a la Cámara por el Departamento del Vaupés para el periodo constitucional 2018-2022, en las elecciones efectuadas el 11 de marzo de 2018.

2.9.2. De la existencia del vínculo por parentesco

De conformidad con el registro civil de nacimiento de la señora Mónica Liliana Valencia Montaña que obra en el expediente, se acredita que entre el señor Simón Valencia López y la demandada existe un vínculo de consanguinidad, en primer grado, pues son padre e hija.

Al respecto, es oportuno resaltar que esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades que la prueba para acreditar el vínculo de consanguinidad, es el registro civil de nacimiento, es decir, que para probar el estado civil de una persona existe la tarifa legal. No obstante, cuando dicho documento no existe por motivos de fuerza mayor, se ha permitido demostrar dicho vínculo con cualquier medio probatorio de los previstos en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil o

con pruebas supletorias del estado civil, esto es, las partidas eclesiásticas, las declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata y, en defecto de estas, por la notoria posesión de ese estado civil⁸⁷.

En atención a lo anterior, el registro civil de nacimiento es la prueba por excelencia para acreditar la filiación, razón por la cual en la inhabilidad por parentesco lo que le corresponde al Juez es observar, en principio, dicho documento para determinar la relación parental o, de no existir este, cualquier otro medio de convicción del que pueda obtener certeza, por lo que es al «al juez (...) no debería preocuparle la existencia de otros factores, siempre que la información contenida en los elementos de prueba -registro civil u otro- sean suficientes para demostrar el parentesco. Bajo esa lógica, por ejemplo, cualquier argumento que pretenda infirmar la fecha del nacimiento contenido en el registro, no resulta relevante, salvo que pueda ofrecer verdaderas dudas sobre la filiación, ya que al operador judicial de los asuntos electorales no le compete determinar o cuestionar el estado civil de una persona en todos sus ámbitos.»⁸⁸

2.9.3. De la calidad de funcionario público.

De conformidad con las pruebas obrantes dentro del expediente, se observa que el señor Simón Valencia López, al momento de la inscripción y elección de la representante a la Cámara, Mónica Liliana Valencia Montaña, estaba registrado como consejero mayor en el grupo «Gobierno propio de los pueblos indígenas del Vaupés del gran resguardo del Vaupés-parte oriental y territorios ancestrales - CRIVA». Al respecto, resulta oportuno estudiar si bajo dicha denominación, aquel fungió como empleado público y, en consecuencia, puede ser considerado como funcionario dentro de la inhabilidad antes referida, para lo cual se hará referencia a lo siguiente: i) Territorios y autoridades indígenas; y ii) caso concreto.

2.9.3.1. Territorios y autoridades indígenas

La ley 21 de 1991, a través de la cual se aprobó el Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales que fue adoptado por la 76ª reunión de la conferencia general de la OIT, establece que en los países independientes, los pueblos que son

⁸⁷ C. P. Mauricio Torres Cuervo, exp. 41001-23-31-000-2007-00342-01.

⁸⁸ Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, de 10 de marzo de 2016, expediente No. 54001-23-31-000-2012-00001-03, consejera ponente. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

considerados indígenas conservan sus instituciones propias, sociales, económicas, culturales y políticas, siempre y cuando estas no resulten incompatibles con los derechos fundamentales definidos en el sistema jurídico nacional de cada país ni con los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Así, «los gobiernos deben asumir la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a establecer los medios a través de los cuales estos puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos, sin que tal situación impida a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir obligaciones correspondientes».

Atendiendo al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural en Colombia, la Constitución Política, a través de los artículos 7.⁰⁸⁹, 286⁹⁰ y 287⁹¹, le dio el carácter de entidades territoriales a los territorios indígenas, razón por la cual gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y de la Ley, teniendo derecho a, entre otras cosas, gobernarse por autoridades propias y a ejercer las competencias que les correspondan.

Estos territorios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 de la Carta, están gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de su comunidad, y tendrán a su cargo las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes

⁸⁹ «**ARTICULO 7o.** El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.»

⁹⁰ «**ARTICULO 286.** Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.»

⁹¹ «**ARTICULO 287.** Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.»

comunidades en su territorio.

7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.

8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y

9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Ahora bien, las entidades territoriales indígenas y sus competencias, se regularán según lo establecido en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y su delimitación la hará el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas⁹².

Para lo anterior, el artículo 56 transitorio de la Constitución Política autorizó al Gobierno Nacional emitir las normas fiscales necesarias para el funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales, hasta tanto se expida la Ley referida, la cual hasta la fecha no ha sido emitida.

En ejercicio de estas facultades, se expidió el Decreto 1088 de 1993⁹³, atendiendo a las nuevas condiciones de las comunidades indígenas en el país que exigían un estatuto legal que las facultara para asociarse, bajo el cual se hizo referencia a cabildos y/o autoridades indígenas, como «entidades de derecho público especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa», las cuales tienen por objeto el desarrollo integral de las comunidades indígenas y tienen a su alcance las siguientes acciones:

- a) Adelantar actividades de carácter industrial y comercial, bien sea en forma directa, o mediante convenios celebrados con personas naturales o jurídicas.
- b) Fomentar en sus comunidades proyectos de salud, educación y vivienda en coordinación con las respectivas autoridades nacionales, regionales o locales y con sujeción a las normas legales pertinentes.

Posteriormente, a través del Decreto 2164 de 1995⁹⁴, además de señalarse la noción de cabildo indígena, se dispuso la naturaleza jurídica de los

⁹² Artículo 329 de la Constitución Política.

⁹³ « Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas.»

⁹⁴ «Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional».

Esta norma derogó el Decreto 2001 de 1988, expedido por el Ministerio de Agricultura para regular la constitución de resguardos por parte del entonces Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, dentro del cual se definió cabildo indígena, así: « El cabildo es Entidad pública especial, cuyos miembros son indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley y sus usos y costumbres. Los

resguardos indígenas, su manejo y administración, así: «Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio».

Ahora bien, teniendo en cuenta la omisión legislativa absoluta en relación con la creación de los territorios indígenas, conforme lo dispuso el artículo 329 de la Constitución Política, la Corte Constitucional exhortó al Congreso para lo pertinente, manifestando lo siguiente⁹⁵:

cabildantes deben ser miembros de la comunidad que los elige y la elección se hará conforme a lo dispuesto en el Artículo 3o. de la Ley 89 de 1890 o por sus propias formas de organización tradicional.»

Por su parte, es importante resaltar que con anterioridad a ella y a la expedición de la Constitución de 1991, se encontraba vigente la **Ley 89 de 1890** « **Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada**», que disponía que en todos los lugares en que se encuentre establecida una comunidad o parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres, cuyo período será de un año, correspondiéndoles las siguientes funciones:

« artículo 7. Corresponde al cabildo de cada parcialidad.

1º. Formar y custodiar el censo distribuido por familias, anotando al margen, al fin de cada año, las altas y bajas que haya sufrido,

2º. Hacer protocolizar en la Notaría de la Provincia respectiva, dentro de seis meses, contados desde la fecha de la publicación de esta Ley, todos los títulos y documentos pertenecientes a la comunidad que gobiernan y custodiar las copias que les expidan, previo el correspondiente, registro;

3º. Formar un cuadro, y custodiarlo religiosamente, de las asignaciones de solares del resguardo que el mismo Cabildo haya hecho o hiciere entre las familias de la parcialidad;

4º. Distribuir equitativa y prudencialmente, con aprobación del Alcalde del Distrito, para el efecto de elaborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos que se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados ó mayores de diez y ocho años, quede excluido del goce de alguna porción del mismo resguardo;

5º. Procurar que cada familia sea respetada en lo posible en la posesión que tenga, sin perjuicio de que se le segregue en beneficio de las demás, cuando sea necesario, la parte excedente que posea;

6º. Arrendar por términos que no excedan de tres años los bosque o frutos naturales de éstos y os terrenos del resguardo que no estén poseídos por algún indígena; y disponer la inversión que deba darse á los productos de tales arrendamientos.

Para que los contratos puedan llevarse á efecto se necesita la aprobación de a Corporación Municipal del Distrito, la cual procederá con conocimientos de las necesidades y utilidad del arriendo, y tomando todas las precauciones que crea convenientes; y

7º. Impedir que ningún indígena venda, arriende ó hipoteque porción alguna del resguardo, aunque sea a pretexto de vender las mejoras, que siempre se considerarán accesorias a dichos terrenos.»

⁹⁵ C-489 de 2012.

Se omite de manera absoluta un desarrollo directo de las regiones como entidades territoriales del artículo 307 de la C.P., así como de las entidades territoriales indígenas previstas en el artículo 329 de la C.P., ya que solo se establecen normas que remiten a una posterior regulación de dichos deberes constitucionales. Por tal motivo, se advierte que en el presente caso lo que se presenta en el caso concreto es una ausencia total de legislación produciéndose de esta manera una omisión legislativa absoluta no sujeta de control por parte de esta Corte. Como se ha venido estableciendo ante la ausencia total de legislación la Corte debe emitir en este caso un fallo inhibitorio porque como quedó dicho desde la Sentencia C- 073 de 1996, la acción pública de inconstitucionalidad no puede entablarse contra una norma jurídica “por lo que en ella no se expresa”, sino que tiene lugar únicamente, “respecto del contenido normativo de la disposición acusada”. Es decir que si el legislador genéricamente ha omitido un deber de regulación constitucional, no ha habido una actuación de parte de éste, no hay acto que comparar y por ende la Corte carece de competencia para realizar dicho control.

Sin embargo, ante dicha omisión, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1953 de 2014⁹⁶, que tiene por objeto crear un régimen especial para poner en

⁹⁶ « Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política. Considerando (...) Que aún persisten otros aspectos inherentes al funcionamiento de los Territorios Indígenas y a su coordinación con las demás entidades territoriales, las cuales deben ser objeto de una posterior regulación no contemplada en el presente decreto. Que si bien la omisión legislativa absoluta identificada por la Corte Constitucional no constituye un vicio de constitucionalidad predicable de la Ley 1454 de 2011, dicha omisión sí afecta tangiblemente los derechos constitucionales de los pueblos y comunidades indígenas, y el reconocimiento de su autonomía.

Que por otra parte, el párrafo 2o del artículo 37 de la Ley 1454 de 2011 dispone que el Gobierno debe presentar al Congreso un proyecto de ley que regule lo atinente a los Territorios Indígenas.

Que aun cuando la iniciativa legislativa del gobierno no puede entenderse supeditada a lo dispuesto por el legislador en el mencionado párrafo de la Ley 1454 de 2011, el Gobierno entiende que la puesta en funcionamiento de los Territorios Indígenas es fundamental para el desarrollo de la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas.

Que en virtud de lo anterior, el Gobierno se encuentra realizando un proceso de consulta previa sobre un proyecto de ley que regula la puesta en funcionamiento de los Territorios Indígenas, el cual será presentado posteriormente al Congreso.

Que a pesar de las gestiones del Gobierno, el Congreso goza de la suficiente libertad de configuración para abstenerse de ejercer la facultad otorgada en el artículo 329 de la Constitución.

Que sin perjuicio de la libertad de configuración de que goza el Congreso de la República, el Gobierno tiene la responsabilidad de hacer uso de las competencias que le otorgan la Constitución y las leyes para garantizar el desarrollo de la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, y en particular de la facultad otorgada por el constituyente en el artículo 56 transitorio.

Que en virtud de esta responsabilidad el Gobierno acordó un proyecto de Decreto con base en la propuesta desarrollada y presentada por las organizaciones representadas en la Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas.

Que el desarrollo de los Territorios Indígenas requiere un marco jurídico que permita que los pueblos y comunidades indígenas desarrollen la autonomía que les otorga la Constitución y el Convenio 169 de 1989, adoptado mediante la Ley 21 de 1991 mediante la atribución de competencias para prestar los servicios y ejercer las funciones públicas de manera directa dentro de su territorio.

Que la puesta en funcionamiento de los Territorios Indígenas supone, entre otras, la atribución de competencias en materia de salud y educación, agua potable y saneamiento

funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas, señalando las condiciones en las que estos territorios ejercen las funciones públicas que le son atribuidas, y administran y ejecutan los recursos dispuestos para su financiación. Para el efecto, consagra:

ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones establecidas en el presente decreto se aplican a los Territorios Indígenas.

Para efectos del presente decreto se reconoce a los Territorios Indígenas su condición de organización político administrativa de carácter especial, que les permite el ejercicio de las competencias y funciones públicas establecidas en el presente decreto, a través de sus autoridades propias. Lo anterior no modifica definiciones establecidas en otras normas jurídicas para propósitos diferentes.

ARTÍCULO 3o. FUNCIONAMIENTO DE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS. Los Territorios Indígenas podrán ponerse en funcionamiento, de manera transitoria, de conformidad con las disposiciones del presente decreto, mientras el Congreso expide la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que crea las entidades territoriales indígenas. Dichos territorios podrán entrar en funcionamiento en los siguientes casos:

(...)

Tampoco se requerirá que estos estén claramente delimitados cuando se trate de resguardos constituidos por el Incora o el Incoder que solamente soliciten la administración y ejecución directa de los recursos de la asignación especial del Sistema General de Participaciones (SGP), toda vez que para efectos de la distribución de estos recursos la población beneficiaria será la certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

La puesta en funcionamiento de los Territorios Indígenas de que trata el presente decreto se refiere exclusivamente a la atribución de funciones y competencias político administrativas. Lo anterior no implica un reconocimiento ni un desconocimiento de derechos de propiedad colectiva o individual sobre la tierra.

ARTÍCULO 4o. ASOCIACIONES PARA LA ADMINISTRACIÓN CONJUNTA DE LA ASIGNACIÓN ESPECIAL DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES. Los resguardos podrán igualmente asociarse para efectos de administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del SGP, siempre que acrediten los requisitos establecidos en el presente decreto para administrar dichos recursos. Para estos efectos las asociaciones de que trata el presente artículo serán consideradas como personas jurídicas de derecho público especial.

Estas entidades tendrán un órgano colegiado, integrado por autoridades propias de los resguardos o Territorios Indígenas que las conforman, así como un representante legal, y deberán registrarse ante el Ministerio del Interior.

Para la conformación de las asociaciones de que trata el presente decreto se tendrá en cuenta la Ley de origen, derecho propio o derecho mayor de los respectivos pueblos indígenas que lo conforman.

(...)

ARTÍCULO 9o. CAPACIDAD JURÍDICA. Para los efectos del desempeño de las funciones públicas y de la consecuente ejecución de recursos de que trata

básico, y el otorgamiento de los recursos necesarios para ejercerlas de manera directa, tal y como lo establecen el numeral 1 del artículo 25 y los numerales 2 y 3 del artículo 27 de la Ley 21 de 1991, mediante la cual se aprueba el Convenio número 169 de la OIT.»

el presente decreto, los Territorios y Resguardos Indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP conforme a lo dispuesto por este decreto serán considerados entidades estatales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Dicha capacidad será ejercida a través de su representante legal, conforme a lo dispuesto en el presente decreto.

En consideración a lo anterior, se observa que lo que se busca es hacer compatible el estatuto jurídico especial de las comunidades indígenas con el sistema constitucional y legal colombiano, preservando prima facie su diversidad étnica y cultural «en garantía de la convivencia pacífica dentro del mismo ámbito espacial de grupos humanos que profesan cosmovisiones diferentes»⁹⁷.

2.9.3.2. Caso concreto

En el asunto sometido a consideración se encontró acreditado que el padre de la representante a la Cámara, el señor Simón Valencia López, al momento de la inscripción y elección de aquélla se encontraba registrado como consejero mayor, esto es, representante legal de «Gobierno propio de los pueblos indígenas del gran resguardo indígenas del Vaupés – parte oriental y territorios ancestrales - CRIVA».

Dicha organización, con base en la normativa antes referida, es una autoridad indígena que ejerce algunas funciones públicas⁹⁸, conforme lo establece el Decreto 1953 de 2014, y, en principio, administra recursos públicos del Sistema General de Participaciones, lo cual le da la capacidad de contratar, de acuerdo a lo previsto en la Ley 80 de 1993.

No obstante estas características, no se puede predicar que el señor Simón Valencia López, como consejero mayor de esa organización, tenga la condición de empleado público y, en consecuencia, de funcionario, toda vez que no cumple con los requisitos de manera concurrente, mencionados en el acápite anterior, para ser considerado como tal, por lo siguiente:

(i) Su vinculación no fue realizada mediante acto administrativo de nombramiento emitido por una entidad pública, en la medida en que su designación se hizo a través de una elección interna en el cabildo indígena, integrado por miembros indígenas del resguardo.

⁹⁷ Para el efecto, ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de 14 de diciembre de 2000, radicado No. 1297, consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

⁹⁸ Artículos 6 y 7 del Decreto 1953 de 2014.

Ahora, si bien existe un Acta de posesión para dicho cargo, expedida por la Gobernación del Vaupés, esta fue emitida con la sola formalidad de ser reconocido por la parcialidad ante el cabildo y el Departamento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 89 de 1890, que señala: «En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño Cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres. El período de duración de dicho Cabildo será de un año, de 1º. de Enero a 31 de Diciembre. Para tomar posesión de sus puestos no necesitan los miembros del Cabildo de otra formalidad que la de ser reconocidos por la parcialidad ante el Cabildo cesante y la presencia del Alcalde del Distrito».

(ii) Sus funciones no están señaladas en la Constitución, Ley o reglamento. En este asunto pese a que el consejero mayor de la organización indígena referida tiene unas funciones establecidas, estas fueron implementadas a través del estatuto de creación de la entidad pública especial, el cual no puede considerarse, como un manual específico de funciones, ya que este «debe ser adoptado mediante resolución por la entidad y debe ser refrendado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien previamente asesorara su elaboración»⁹⁹.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente¹⁰⁰:

(...) debe precisar la Corte que cuando el artículo 122 exige fijar las funciones de los empleos públicos, entre otros actos por medio de reglamentos, no se está refiriendo exclusivamente a la ley que determina la estructura orgánica de la entidad pública, ni al manual general de funciones que expide el Presidente de la República, sino también al manual específico de funciones de cada entidad.

(iii) Sus emolumentos no se encuentran previstos en el presupuesto correspondiente y no recibe remuneración alguna por parte del Estado.

⁹⁹ Derecho Administrativo Laboral. Jairo Villegas Arbeláez. Cuarta edición. Página 311.

¹⁰⁰ Sentencia C- 447 de 1996.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, **primero**, el pago que recibe como consejero mayor es una de las obligaciones estatutarias que a él le corresponde fijar, pues, de conformidad con lo establecido en los estatutos de dicha organización, una de sus funciones es la de «fijar las remuneraciones, bonificaciones, e incentivos especiales necesarios para el cumplimiento de sus funciones»; y **segundo**, los dineros que recibe por dicha función no tienen origen público, dado que el patrimonio que ingresa a la autoridad indígena, proviene de: «a) los aportes de los pueblos indígenas; b) los aportes, donaciones o indemnizaciones públicas o privadas de origen regional, nacional o internacional; c) las rentas o utilidades producidas por los bienes, servicios, proyectos y convenios ejecutados por el Gobierno Propio; d) las cuotas de administración que se originen de las contrataciones que realice el Gobierno propio; e) recursos de recaudos por gravámenes por el uso y aprovechamiento científico y económico en los resguardos y territorios ancestrales; y f) las utilidades obtenidas por las empresas establecidas por el Gobierno Propio».

En ese orden de ideas, considera la Sala que en atención a que hasta el momento no se ha expedido la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial ni otra norma que permita atribuir a los gobernadores indígenas la calidad de empleados públicos y que, en consecuencia, la designación del señor Simón Valencia López como consejero mayor del cabildo indígena del Vaupés, no cumple con los criterios de vinculación y funcional necesarios para acreditar dicha condición, no se configura así el segundo elemento de la inhabilidad materia de estudio; teniendo en cuenta, además, que su desempeño en dicho cargo lo que implica es el desarrollo de una actividad comunitaria dentro de una comunidad que profesa una cosmovisión diferente, frente a la cual existe reconocimiento y protección, atendiendo a lo establecido en el artículo 7 de la Constitución Política.

En igual sentido, esta Corporación en oportunidades anteriores ha sostenido lo siguiente:

- Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 14 de diciembre de 2000¹⁰¹

En estas condiciones, los gobernadores de cabildo y los cabildantes gozan de un régimen excepcional para el cumplimiento de las funciones atribuidas a esta entidad, pues la naturaleza de éstas no permite encasillarlas en la clasificación de servidores públicos ¹⁰² prevista en el artículo 123

¹⁰¹ Radicado N.º 1297, consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹⁰² Sentencia C-230/95 : Los servidores públicos son personas naturales, vinculadas mediante una relación de servicio - con o sin subordinación laboral -, que desarrollan las

constitucional, dado que no son miembros de una corporación pública, ni empleados o trabajadores del Estado y, por lo demás el legislador no ha establecido ninguna otra clasificación respecto de ellos, en uso de las facultades del artículo 150.23 ibídem. Así las cosas, el hecho de calificarse el Cabildo como entidad pública no tiene por virtud transformar las atribuciones de los gobernadores de Cabildo y cabildantes en públicas y darles a estos la calidad de servidores públicos.

- Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, de 25 de septiembre de 2008¹⁰³:

La noción de empleo público está definida en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 “(...)

De acuerdo con el artículo señalado el cargo de Gobernador Indígena no es un empleo público porque **sus funciones no están señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento, ni le son asignadas por autoridad pública competente alguna.** Y quienes ostentan la condición de Gobernadores Indígenas no son empleados públicos porque **no han sido designados para ejercer un empleo público ni han tomado posesión de él.**

Tampoco integran los Gobernadores indígenas la función pública, conformada, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 909 de 2004, (...) por la razón evidente de que su vinculación no tiene carácter legal ni reglamentaria.

Si alguna duda pudiera haber acerca de que el cargo de Gobernador Indígena no es un empleo público, ésta quedaría resuelta con el artículo 122 de la Constitución Política de acuerdo con el cual **“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”**

El cargo de Gobernador Indígena, se insiste, **no tiene funciones detalladas en ley o reglamento y esa razón es suficiente para negarle el carácter de empleo público.** A la misma conclusión llegó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en el concepto de 14 de diciembre de 2000, rad. 1297 en el que expresó lo siguiente:

“En estas condiciones, los gobernadores de cabildo y los cabildantes gozan de un régimen excepcional para el cumplimiento de las funciones atribuidas a esta entidad, pues la naturaleza de éstas no permite encasillarlas en la clasificación de servidores públicos prevista en el artículo 123 constitucional, dado que no son miembros de una corporación pública, ni empleados o trabajadores del Estado y, por lo demás el legislador no ha establecido ninguna otra clasificación respecto de ellos, en uso de las facultades del artículo 150.23 ibídem. Así las cosas, el hecho de calificarse el Cabildo como entidad pública no tiene por virtud transformar las atribuciones de los

funciones públicas que corresponden a las competencias de las ramas del poder público y de los órganos que las integran y de los que gozan de autonomía. Sobre el mismo asunto, ver sentencia C-299/94.

¹⁰³ Expediente No. 73001233100020070070501, consejero ponente: Mauricio Torres Cuervo.

gobernadores de Cabildo y cabildantes en públicas y darles a estos la calidad de servidores públicos.

(...)

Quien se desempeñe como gobernador indígena o cabildante no adquiere por ese hecho la calidad de servidor público ni de empleado privado, sino que desarrolla una actividad comunitaria que no implica el desempeño de funciones públicas y, por tanto, según la normatividad analizada, no resulta incompatible el ejercicio de las funciones propias de aquéllos, con los cargos de concejal, alcalde, gobernador, diputado y congresista.” (Negrillas fuera del texto)

- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B de 1.º de diciembre de 2016¹⁰⁴:

En este orden de ideas, retomando el análisis hecho en el concepto que antecede en relación con la naturaleza jurídica de los cabildantes, para la Sala, no es posible atribuirles la condición de servidores públicos, en los términos previstos en el artículo 123 de la CP.

(...)

De acuerdo con lo señalado, la IPS Indígena del Gran Cumbal es una entidad pública de carácter especial creada por las autoridades de los pueblos indígenas, que gozan de la atribución de autogobierno y, quienes se vinculen a ella para cumplir con la prestación de los servicios de salud no ostentan la condición de servidores públicos investidos de competencia, en virtud de una relación legal y reglamentaria, para desarrollar las funciones públicas que corresponden a las ramas del poder público y los órganos que las integran. El legislador en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 150.23 de la CP., no ha establecido la denominación para caracterizar la vinculación laboral con esta clase de entidades.

2.9.4. Ejercicio de autoridad civil o política

Frente a este elemento, la inhabilidad en estudio requiere que el funcionario, en el marco de sus funciones que ejerce, ostente autoridad civil o política.

Como se señaló en el acápite anterior y en concordancia con lo dispuesto sobre esta materia en la Ley 136 de 1994, la autoridad civil es aquélla que se le confía a un servidor público por razón de sus funciones y consiste en la potestad para producir actos de poder y mando, que se expresan y se hacen cumplir respecto de los ciudadanos y la comunidad en general; y la política, es la que le es otorgada a un empleado público y que atañe al manejo del Estado.

¹⁰⁴ Radicado N.º 3488 de 2013, consejero ponente: César Palomino Cortés.

En el sub examine, independientemente de las funciones a cargo del señor Simón Valencia López como consejero mayor en la organización referida, no puede establecerse el ejercicio de los conceptos de autoridad señalados en la Ley 136 de 1994, pues estos son aplicables, exclusivamente, a los servidores públicos, específicamente a los empleados públicos para desempeñar determinadas atribuciones, calidad que, se reitera, no se predica frente a los miembros de los cabildos indígenas, motivo por el cual el tercer elemento constitutivo de la inhabilidad analizada, tampoco se predica.

2.9.5. De la circunscripción territorial.

Como se mencionó, la Sala Plena ha precisado y reiterado frente a dicho elemento de la inhabilidad, que¹⁰⁵ «de acuerdo con el artículo 176 de la Carta Política, la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales; y que para la elección de Representantes a la Cámara cada Departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial, por lo que se ha concluido que los Municipios que integran un Departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y, por ello está inhabilitado para inscribirse como Representante a la Cámara quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente, o parentesco, en los términos señalados por la ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en Municipios del mismo Departamento por el cual se inscribe».

De acuerdo con lo expuesto, está demostrado que el señor Simón Valencia López se desempeñó como consejero mayor de «Gobierno propio de los pueblos indígenas del gran resguardo indígenas del Vaupés – parte oriental y territorios ancestrales», entidad especial que forma parte de la circunscripción territorial del Departamento del Vaupés, por la cual fue elegido representante a la Cámara, su hija, Mónica Liliana Valencia, para el periodo constitucional 2018-2022.

2.9.6. Del factor temporal

¹⁰⁵ Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 3 de mayo de 2017. Consejero de estado. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001-03-15-000-2016-02058-00(PI), entre otras, las cuales fueron citadas anteriormente.

En el asunto sometido a consideración, reposa en el expediente Acta de Posesión No. 002 de 10 de noviembre de 2015, emitida por la Gobernación del Vaupés, a través de la cual se posesionó, en calidad de consejero mayor, al señor Simón Valencia López, con base en el Acta No. 001 de 10 de septiembre de 2014 del Congreso Departamental de los Pueblos Indígenas del Vaupés¹⁰⁶ y certificación de 8 de agosto de 2019, expedida por la coordinadora del Grupo de Investigaciones y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y minorías del Ministerio del Interior, en la que se señala que el señor Simón Valencia López (...) se registra como representante de Territorio y Representante Legal del Resguardo Indígena Parte Oriental del Vaupés, para la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, de acuerdo con la designación realizada en Asamblea No. 001 de 9 y 10 de septiembre de 2014, para un periodo estatutario de 4 años, es decir, hasta el 10 de septiembre de 2018.

En vista de lo anterior, resulta claro que el factor temporal de la inhabilidad se encuentra configurado, pues para los días de la inscripción y elección como congresista, el padre de la representante se encontraba vinculado en el cargo de consejero mayor en el resguardo indígena antes referido.

3. Conclusión

En ese orden de ideas, al no reunirse dos de los presupuestos de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, esto es, que el pariente del congresista tenga la calidad de funcionario (empleado público) y que, en consecuencia, no sea acreedor de autoridad civil o política, considera la Sala que los demás elementos¹⁰⁷ no permiten demostrar la inhabilidad señalada por el accionante, teniendo en cuenta para dicho efecto que, como se mencionó, tanto las causales de pérdida de investidura como de inhabilidad, son

¹⁰⁶ Folio 38 del cuaderno principal. «De acuerdo al artículo 330 de la constitución política de Colombia, el convenio 169 de la OIT ratificado por la Ley 21 de 1991 y en aplicación la Ley 89 de 1890, de acuerdo a sus usos y costumbres, la Ley de origen o la Ley mayor de su comunidad, pueden ejercer el cargo de autoridad tradicional y gobierno propio dentro del ámbito de su jurisdicción, así mismo, representar a sus miembros ante las autoridades civiles y militares en ejercicio de su cargo».

¹⁰⁷ Parentesco de consanguinidad entre la representante a la Cámara Mónica Liliana Valencia Montaña con el señor Simón Valencia Montaña, en su condición de consejero mayor; circunscripción territorial; y factor temporal.

restrictivas, esto es, que de ellas no se puede hacer una interpretación extensiva, sino literal a la norma que las contempla.

No sobra añadir a lo anterior que al no estar tipificada la causal, la Sala queda relevada de analizar los aspectos subjetivos de la conducta.

En ese orden de ideas, por las razones que anteceden y las piezas que conforman el acervo probatorio, resulta forzoso concluir que la señora Mónica Liliana Valencia Montaña no incurrió en la causal de pérdida de investidura invocada por el solicitante, razón por la cual se desestimarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, la Sala Especial de Decisión Veintiuno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Denegar la pérdida de investidura de la Congresista Mónica Liliana Valencia Montaña, de acuerdo con las consideraciones que anteceden.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)
Aclaración de voto

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA