



Función Pública

Concepto 327341 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000327341

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000327341

Fecha: 07/09/2021 02:21:38 p.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que el hermano del alcalde fallecido sea candidato a la alcaldía del mismo municipio en las elecciones atípicas que van a adelantarse? Radicado 20212060578182 del 12 de agosto de 2021.

En atención a su consulta de la referencia, remitida a esta Dirección Jurídica por el Consejo Nacional Electoral y en la cual pregunta si existe impedimento para que el hermano del alcalde fallecido sea candidato a la alcaldía del mismo municipio en las elecciones atípicas que van a adelantarse, me permito manifestarle lo siguiente:

Con relación a las inhabilidades para ser elegido alcalde, la Ley 617 de 2000, expresa:

"ARTÍCULO 37. Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

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

De acuerdo con el texto legal citado, y para el caso que nos ocupa, para que se configure la inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 95, deberá verificarse la existencia de los siguientes presupuestos:

1. Que el pariente dentro de las modalidades y grados señalados: matrimonio o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos), primero de afinidad o único civil; haya laborado como empleado público.
2. Dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección.
3. Que como empleado haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.
4. O que como empleado público (nacional, departamental o municipal), haya intervenido como ordenador del gasto en ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos que deban ejecutarse en el municipio.

Como se aprecia, entre los parientes que se encuentran inhabilitados para inscribirse y ser elegidos como alcalde, se encuentran los hermanos.

Ahora bien, respecto del vínculo de consanguinidad y su vigencia después del fallecimiento tenemos que el Consejo Nacional Electoral al decidir sobre la revocatoria de una inscripción de candidatura en un caso similar (estudio de primer grado de consanguinidad) señaló:

“La tesis de la defensa se centra en que, a su juicio, el vínculo de parentesco entre padre - MIGUEL ANGEL GÓMEZ GARCÍA- e hijo DAWINSON GOMEZ TAMAYO - cesaron al momento del fallecimiento del primero, el día 12 de septiembre de 2020 y en consecuencia, no se configura la causal que trata el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 del 2000, esto es, “...Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio”.

En virtud de lo expuesto, en lo que refiere a la aplicación del precedente que trae a colación el abogado defensor, se debe decir que, la Corte Constitucional en Sentencia T-360/14:

“Por precedente se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones facticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso. La anterior noción, se ha adoptado en sentencias como la T-794 de 2011], en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.”

En este caso, se debe decir que, a pesar que versa sobre un problema jurídico semejante, los hechos del caso no son similares ya que en la Sentencia aludida se resuelve la inhabilidad respecto a la relación conyugal que deviene del vínculo de matrimonio entre la candidata y quien fuera su cónyuge y no, respecto al parentesco de consanguinidad que existe entre el padre y su hijo.

Así las cosas, no se puede confundir el precedente con el antecedente, bajo el entendido que: “El precedente, se diferencia del antecedente en que este último se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).”

También se equivoca el defensor, al afirmar que el vínculo se asemeja desconociendo la naturaleza del vínculo del matrimonio, en el que, de conformidad con el artículo 152 del código civil, se disuelve entre otros, “por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado.”, no pasa lo mismo con el vínculo entre padre e hijo no se extingue con la muerte del progenitor, por el contrario se mantiene en el tiempo, entre otros aspectos, por el apellido.

Sobre el particular, vale la pena traer a colación pronunciamiento del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

"(...) Dicha inhabilidad se fundamenta en el vínculo de parentesco existente entre quien se inscriba como candidato, es elegido o designado alcalde y el funcionario que haya ejercido autoridad civil, política o militar dentro de los doce meses anteriores a la elección.

El tercero interviniente sostiene que los atributos de la personalidad terminan con la muerte del titular de los mismos y que, por lo tanto, la muerte del señor J.O.L. crea una situación jurídica nueva con respecto a M.Á.O.L., porque los derechos de la personalidad no se pueden heredar, son derechos intuitu personae y si se rompe el vínculo de la consanguinidad, el derecho no existe, no se puede acceder a el.

Sobre este aspecto la Sala precisa que si bien es cierto el hecho de la muerte genera unas consecuencias que tienen trascendencia jurídica como son la extinción de la personalidad del fallecido y con ella sus derechos a la vida, la salud, la libertad, la igualdad, la seguridad, el honor, la vida privada, etc., estas circunstancias, conforme al ordenamiento jurídico colombiano, no eliminan las relaciones de parentesco; por el contrario, del hecho de la muerte de una persona se origina la transmisión de sus derechos patrimoniales con fundamento precisamente en la filiación natural, que es el conjunto de regulaciones jurídicas a través de las cuales se accede a la herencia. Por el hecho de la muerte no se deja de ser hijo o hermano del causante, tal condición es la que precisamente persiste porque el Estado le ha atribuido la trascendencia jurídica de determinar los derechos sucesorales.

La doctrina ha expresado al respecto: "El parentesco genera derechos, deberes, poderes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades"; "sin duda alguna, el efecto más importante del parentesco es la vocación hereditaria, ya que por ella se llama a heredar a los parientes más próximos."

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el particular en los siguientes términos: "La filiación, ... no es cosa distinta que la "afirmación jurídica" de un nexa biológico entre el padre o la madre y el hijo.

"... o lo que es lo mismo, "el estado jurídico que la ley le asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que lo liga a otra," y que en cuanto tal, origina un conjunto de derechos y obligaciones entre ellos. Se trata, pues, de un vínculo jurídico establecido a partir de un enlace de carácter genético entre una ascendiente y su descendiente..."

Un vínculo jurídico de la misma naturaleza se establece entre todos los que provienen de un tronco común. Se concluye entonces que en el ordenamiento jurídico que nos rige el parentesco no se extingue por el hecho de la muerte. Por lo mismo la interpretación gramatical del aparte del precepto "Quien tenga vínculos por ... o de parentesco ..." no exige que el pariente de que se trate se encuentre en vida porque la conducta proscrita se circunscribe a tener parentesco en los grados que determina la ley "... con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; ..."

Consideraciones que derivaron en la nulidad de la elección del demandado y que fueron reiteradas en sentencia no 20001-23-31-000-2001-1231-01(2984) de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN QUINTA, de 20 de Marzo de 2003.

Recientemente, el Consejo de estado reiteró y manifestó:

"(...) Esta Corporación, mediante sentencia de 11 de noviembre de 2005, precisó que si bien es cierto el hecho de la muerte genera unas consecuencias que tienen trascendencia jurídica como son la extinción de la personalidad del fallecido y con ella sus derechos a la vida, la salud, la libertad, la igualdad, la seguridad, el honor, la vida privada, etc., estas circunstancias, conforme al ordenamiento jurídico colombiano, no eliminan las relaciones de parentesco. En esa providencia se sostuvo:

"[...] Un sector de los intervinientes plantea la imposibilidad de configuración de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, cuando el pariente respecto del cual ella se materializa por haber ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar dentro del año anterior a las elecciones, ha fallecido antes de esa jornada electoral. En su opinión, porque la muerte pone fin a la personalidad jurídica y con ello al parentesco que se hubiera podido tener, situación que operó en el caso en estudio porque el Ex Gobernador Dr. GUILLERMO GAVIRIA CORREA falleció el 5 de mayo de 2003, momento a partir del cual desapareció el parentesco de hermanos que existió con el Dr. ANIBAL GAVIRIA CORREA.

La existencia legal de la persona humana, como así lo prescribe el artículo 90 del Código Civil, "...principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre", y "...termina con la muerte" como igual lo define el artículo 94 de la misma codificación, subrogado por el artículo 9 de la Ley 57 de 1887. Es decir, la persona humana adquiere reconocimiento de su personalidad jurídica, de su identidad, al momento de nacer y lo conserva hasta el día de su óbito, decurso en el cual se hace sujeto de derechos y obligaciones, entre los que interesa el estado civil, entendido como su situación jurídica en la familia y la sociedad, al tiempo que determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y adquirir ciertas obligaciones.

Entonces, el parentesco, que es la expresión más clara de la pertenencia a una familia, como claramente lo define el Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas, permite a las personas identificarse en el seno de una familia, saber su posición, al paso que los derechos y obligaciones que puede demandar y le pueden ser exigidos por virtud de esa situación relacional. Sin embargo, aunque el parentesco que surge

de la pertenencia a una familia exige como requisito fundamental la condición de "persona", es claro para la Sala que la muerte que sobrevenga a alguno de los miembros de la familia no interrumpe o termina con el parentesco, en contrario lo reafirma.

En efecto, piénsese, por ejemplo, en los efectos patrimoniales del deceso. La muerte de una persona desencadena, entre otras cosas, la existencia de un patrimonio autónomo como es la masa sucesoral, frente a la cual, en principio, solamente pueden reclamar sus derechos los miembros de la familia de la que hizo parte el de cuius, con base precisamente en el parentesco existente con el titular de esos bienes. Además, de ser cierto que la muerte de la persona extingue el parentesco, tendría que aceptarse que ese hecho generaría una ruptura filial en el seno de la familia, de suerte que al desaparecer el parentesco con el interfecto, de igual forma debería tenerse por extinguido el parentesco entre sus ascendientes y descendientes que le sobreviven, lo que en el contexto jurídico que rige la materia no opera, pues como se sabe el parentesco entre unos y otros se mantiene intacto.

La improsperidad del argumento ya fue definida por la Sala en jurisprudencia que al respecto puntualizó:

"El tercero interviniente sostiene que los atributos de la personalidad terminan con la muerte del titular de los mismos y que, por lo tanto, la muerte del señor Juvenal Osorio Lemus crea una situación jurídica nueva con respecto a Manuel Angel Osorio Lemus, porque los derechos de la personalidad no se pueden heredar, son derechos

intuitu personae y si se rompe el vínculo de la consanguinidad, el derecho no existe, no se puede acceder a el.

Sobre este aspecto la Sala precisa que si bien es cierto el hecho de la muerte genera unas consecuencias que tienen trascendencia jurídica como son la extinción de la personalidad del fallecido y con ella sus derechos a la vida, la salud, la libertad, la igualdad, la seguridad, el honor, la vida privada, etc., estas circunstancias, conforme al ordenamiento jurídico colombiano, no eliminan las relaciones de parentesco; por el contrario, del hecho de la muerte de una persona se origina la transmisión de sus derechos patrimoniales con fundamento precisamente en la filiación natural, que es el conjunto de regulaciones jurídicas a través de las cuales se accede a la herencia. Por el hecho de la muerte no se deja de ser hijo o hermano del causante, tal condición es la que precisamente persiste porque el Estado le ha atribuido la trascendencia jurídica de determinar los derechos sucesorales.

La doctrina ha expresado al respecto: "El parentesco genera derechos, deberes, poderes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades"; "sin duda alguna, el efecto más importante del parentesco es la vocación hereditaria, ya que por ella se llama a heredar a los parientes más próximos..."

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el particular en los siguientes términos: "La filiación, ... no es cosa distinta que la "afirmación jurídica" de un nexo biológico entre el padre o la madre y el hijo. "... o lo que es lo mismo, "el estado jurídico que la ley le asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que lo liga a otra," y que en cuanto tal, origina un conjunto de derechos y obligaciones entre ellos. Se trata, pues, de un vínculo jurídico establecido a partir de un enlace de carácter genético entre una ascendiente y su descendiente..."

Un vínculo jurídico de la misma naturaleza se establece entre todos los que provienen de un tronco común. Se concluye entonces que en el ordenamiento jurídico que nos rige el parentesco no se extingue por el hecho de la muerte. Por lo mismo la interpretación gramatical del aparte del precepto "Quien tenga vínculos por... o de parentesco..." no exige que el pariente de que se trate se encuentre en vida porque la conducta proscrita se circunscribe a tener parentesco en los grados que determina la ley "... con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; ..."

Adicional a lo expuesto debe decirse que de configurarse la inhabilidad, la muerte que a futuro se pueda presentar de quien dentro del año anterior a la elección ejerció autoridad civil, política, administrativa o militar, pero en todo caso antes del certamen electoral, no elimina la materialización de esa causal de inelegibilidad, ciertamente porque el legislador no previó frente a ella ninguna causal de saneamiento, extinción o como quiera llamársele, de modo que se conserva como antecedente indeleble que ni la muerte de su pariente logra eliminar. En consecuencia, el planteamiento no es de recibo

[...]."

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Así las cosas, de acuerdo con lo manifestado por el máximo órgano electoral, el hecho de la muerte genera unas consecuencias que tienen trascendencia jurídica como son la extinción de la personalidad del fallecido y con ella sus derechos a la vida, la salud, la libertad, la igualdad, la seguridad, el honor, la vida privada, etc., estas circunstancias, conforme al ordenamiento jurídico colombiano, no eliminan las relaciones de parentesco; por el contrario, del hecho de la muerte de una persona se origina la transmisión de sus derechos patrimoniales con fundamento precisamente en la filiación natural, que es el conjunto de regulaciones jurídicas a través de las cuales se accede a la herencia. Por el hecho de la muerte no se deja de ser hijo o hermano del causante, tal condición es la que precisamente persiste porque el Estado le ha atribuido la trascendencia jurídica de determinar los derechos sucesorales.

Es así como no resulta viable afirmar que con la muerte del hermano de un aspirante a la alcaldía municipal se extingue el vínculo de parentesco, razón por la cual respondiendo puntualmente su interrogante tenemos que el hermano de un Alcalde municipal, que fallece, dentro de los doce meses anteriores a la elección, no podrá aspirar a la misma Alcaldía municipal, por encontrarse dentro de las causales de impedimento.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

2. Resolución No. 2450 del 16 de julio de 2021 consultada en: www.cne.gov.co notificaciones-cne-2021 archivo pdf.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:21:05