



Concepto 440821 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000440821

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000440821

Fecha: 10/12/2021 04:37:45 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Pérdida del vínculo de afinidad. RAD. 20219000702812 del 12 de noviembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe alguna inhabilidad, incompatibilidad o prohibición para el alcalde en realizar un nombramiento en provisionalidad para un excuñado, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política señala en su artículo 126 lo siguiente:

“Artículo 2^o • El artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

(...)” (Subraya fuera del texto)

Sobre el parentesco por afinidad, la legislación colombiana indica que la afinidad es la que existe entre una persona y su cónyuge o compañero/a permanente y los consanguíneos de éstos. La línea o grado de afinidad de una persona con un consanguíneo de su cónyuge o compañero/a permanente, se califica por su línea o grado de consanguinidad. Así, por ejemplo, un varón está en primer grado de afinidad, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad, en la línea transversal, con los hermanos de su cónyuge. Así las cosas, el hermano de la cónyuge del alcalde, está en segundo grado de afinidad con el burgomaestre y, en principio, incluido en la prohibición constitucional que extiende la limitación hasta el segundo grado de afinidad.

No obstante, indica en su consulta que se trata de la vinculación de un ex cuñado, lo que supone un rompimiento del vínculo del alcalde con su cónyuge o compañera permanente. Por lo tanto, es pertinente citar la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente, Alberto Yepes Barreiro, emitida el 2 de mayo de 2013 dentro del proceso con Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01417-01, que indicó:

“2.4.3 Las inhabilidades electorales no pueden tener como fundamento una relación que dejó de existir con anterioridad a los periodos inhabilitantes

Por lo expuesto en precedencia, la Sala considera de la mayor transcendencia definir si se ajusta a la concepción constitucional que nos rige, específicamente, en el marco de los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, como el de acceso a cargos públicos en los términos del artículo 40, numeral 1 y 7 de la Constitución, extender la afinidad mas allá de la existencia del vínculo o relación que le dio origen, por cuanto algunas de las inhabilidades y prohibiciones que contempla la Constitución y la ley, se fundan en el vínculo de afinidad, como sucede, por ejemplo, en el caso de la prohibición del artículo 126 o la inhabilidad del 179 constitucional, así como de las que contempla la Ley 617 de 2000,

en algunos de sus preceptos.

La Sección, con fundamento en el recuento que se hizo en párrafos anteriores sobre el surgimiento y naturaleza del vínculo de afinidad, entiende que si él se origina en la voluntad de las parejas que, al tomar la decisión de unirse mediante un contrato matrimonial o una unión marital de hecho generan para su entorno familiar un lazo emocional –como lo dicen los antropólogos– que el derecho reconoce y proyecta, debe admitirse que él no puede seguir irradiando sus efectos después de la terminación de la causa que le dio origen, porque ello puede generar consecuencias lesivas de derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico está obligado a proteger. Veamos:

Si la finalidad que se busca al reconocer el vínculo de afinidad es el de producir un acercamiento afectivo entre los miembros de dos grupos familiares de origen diferente, a partir de la unión de uno de sus integrantes –razón antropológica– para de esa forma reconocer algunos derechos –concreción jurídica–, por ejemplo, dispensar la declaración contra el afín hasta el segundo grado –artículo 33 constitucional– o imponer restricciones a sus derechos, como lo es la generación de inhabilidades para el acceso a cargos públicos, – artículos 179 de la Constitución y 30 y siguientes de la Ley 617 de 2000–, aquella finalidad de crear, mantener y extender los lazos entre unos y otros, a partir del principio de solidaridad que rige las relaciones entre los miembros de una familia, tiende a perder su razón de ser cuando el vínculo que la origina cesa, a diferencia de lo que ocurre con el parentesco de consanguinidad, pues este se proyecta en el tiempo, no se disuelve pese a la voluntad de quienes están inmersos en él.

En ese orden, considera la Sala que si bien los lazos que se pueden generar por razón de la afinidad pueden perdurar en el entorno social aún después de la desaparición del vínculo entre los miembros de uno y otro grupo, esa proyección en el tiempo y por razón de los sentimientos que se pudieron suscitar, no resultan una justificación razonable ni necesaria para que se limiten derechos fundamentales como el de elegir y ser elegidos o el acceder a cargos públicos tanto para los consanguíneos de la pareja como para estos; derechos que requieren para su restricción, de motivos que resulten adecuados, necesarios y proporcionados a la finalidad que se persigue con su limitación.

Ha de recordarse que las inhabilidades e incompatibilidades entendidas como circunstancias creadas por la Constitución o por la ley que impiden a una persona el acceso y el desempeño a cargos y funciones públicas, y cuya razón de ser es la observancia de los principios de moralidad, idoneidad, imparcialidad, igualdad, transparencia en el acceso a los cargos públicos, en especial, en los de elección popular, deben ser razonadas y proporcionales¹⁹.

En consecuencia, si bien la Sala no discute la razonabilidad y proporcionalidad de la inhabilidad que consagra el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, en cuanto se refiere al vínculo de afinidad como causa que impide participar en una misma contienda electoral a quienes están unidos por él, aprovechando precisamente la cercanía y afectos que genera esa relación, considera, igualmente, que para determinar si se incurrió o no en dicha inhabilidad el concepto de afinidad que consagra el artículo 47 del Código Civil, en cuanto extiende sus efectos más allá de la vigencia de la relación que le dio origen, frente a los derechos fundamentales como el de elegir y ser elegido, así como frente al desempeño de función pública en los términos del artículo 40, numerales 1 y 7 de la Constitución Política, genera una restricción que no resulta proporcional, adecuada ni necesaria para la realización de los principios de moralidad, idoneidad, imparcialidad, igualdad, transparencia en el acceso a los cargos públicos que el legislador buscó proteger mediante el régimen de las inhabilidades.

Así, entiende la Sección que, en casos como el que ahora ocupa su atención, la expresión “o ha estado” que emplea el artículo 47 del Código Civil para referirse al vínculo de afinidad no se debe aplicar para fundamentar la declaración de nulidad de una elección²⁰, pues ella no resulta adecuada ni necesaria para la realización del fin que constitucionalmente se impuso el Constituyente con el establecimiento de este tipo de inhabilidad.

En efecto, la inhabilidad que consagra el último aparte del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 y que cobija por efecto de otras normas, a congresista, diputados, concejales y miembros del Parlamento Andino, tiene por objeto según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, “evitar el nepotismo electoral, esto es que la fuerza electoral de unos sirva para proyectar las aspiraciones que en el mismo terreno tengan sus allegados, de modo que vayan colmando el poder político en forma escalonada, con detrimento del principio de igualdad respecto de candidatos que no gozan de esa ventaja.”²¹

Es decir, la coexistencia de inscripciones, como se conoce esta causal de inhabilidad, busca que las personas unidas por relaciones de parentesco o vínculos de afinidad y con cierta fuerza electoral no logren por su cercanía con el electorado, irradiar esa posición de privilegio para que su pariente o afín, llegue a una posición de poder, formando o consolidando los llamados clanes o hegemonías políticas en una determinada familia.

(...)

En ese orden de ideas, considera la Sección que cuando ha desaparecido el vínculo que dio origen a la afinidad, por ejemplo, por el divorcio, no existe una justificación razonable para que aquel siga proyectando sus efectos para impedir el ejercicio de un derecho fundamental como el de elegir y ser elegido, por cuanto si bien en algunos casos los lazos de fraternidad entre los miembros de una y otra familia pueden pervivir, ello no evidencia que la exclusión de la contienda electoral sea una medida idónea para lograr la finalidad de la inhabilidad en comento –evitar el nepotismo y las empresas políticas familiares– pues si se entiende que por razón de la libre decisión –divorcio por mutuo acuerdo– o por un fallo judicial, se deja de pertenecer al grupo afectivo, bien para integrar otro por nuevas nupcias o por una nueva unión marital de hecho, o

simplemente para no conformar otro, dicha restricción pierde su razón de ser no solo porque el vínculo dejó de existir sino porque la inhabilidad ha de entenderse referida al nuevo grupo familiar cuando este se conforme.

Si el fundamento de ser de la proyección de efectos en casos como el que analiza la Sala está en que los sentimientos de afecto y cercanía pueden mantenerse, este discernimiento no puede aceptarse como una justificación suficiente para mantener la limitación de los derechos en comento, pues esas emociones igualmente pueden perdurar entre los miembros de la pareja, sin que por ello pueda admitirse que las inhabilidades por razón del nexo que existió puedan seguir irradiando efectos, en la medida en que las relaciones de fraternidad, por sí mismas, no pueden ser consideradas una razón suficiente para imponer límites a derechos como el de elegir y ser elegido.

No se puede olvidar que el vínculo de afinidad es una creación jurídica que depende de la voluntad, de la decisión libre de la pareja de unirse, a diferencia de la consanguinidad, que surge por el hecho natural de la concepción, por tanto, los efectos de aquella deben cesar, por lo menos, en lo que hace al ejercicio efectivo y sin limitaciones de los derechos políticos de quienes se hallan atados por el vínculo de afinidad, pues mantener esa restricción se convierte en una limitación carente de justificación a partir de la finalidad de la causal de inhabilidad en estudio.

Es importante reseñar que, a partir de la teleología de las causales de inhabilidad que el Constituyente y el legislador han fijado, esta Sección, en fallo anterior, consideró que las causales de inhabilidad por vínculo o parentesco solo se pueden aplicar cuando el vínculo este vigente para la época en que el Constituyente o el legislador definió como inhabilitante. En ese sentido se indicó:

<<“De manera que si la ventaja que objetivamente presume el legislador se deriva de un vínculo por matrimonio, unión permanente o parentesco, es válido que la norma exija un lazo vigente (entendido aquí como sinónimo de existente) entre el candidato y el funcionario con autoridad.

La norma no se refiere al vínculo o parentesco que dejó de existir, ni al vínculo o parentesco que se pueda generar a futuro, pues el legislador, de modo expreso, consideró que sólo un vínculo o parentesco vigente o existente es el que puede servir de causa a la ilegítima ventaja que objetivamente reprocha. En ese sentido debe interpretarse la expresión “Quien tenga”, formulada en tiempo presente, con que comienza el enunciado normativo transcrito.

Debe tratarse de una relación existente y no pasada, ni futura. Aunque el vínculo o parentesco son enlaces con vocación de permanencia, ocurre que en la vida de una persona los vínculos por matrimonio, unión permanente, o de parentesco no necesariamente tienen una vigencia que coincida con el tiempo de existencia de esa persona. Ciertamente, en la vida de una persona ciertos lazos pudieron estar vigentes sólo en una época precisa, como sucede con quienes en algún momento de su existencia establecieron un vínculo por matrimonio o unión permanente o un parentesco por afinidad, por adopción, o por consanguinidad judicialmente declarada. De lo anterior se desprende que la vigencia o existencia del vínculo o parentesco debe tener lugar en un momento determinado. En otras palabras, la vigencia o existencia que se exige de ese vínculo o parentesco para efectos de la configuración de la inhabilidad no puede ser un hecho indefinido en el tiempo, sino que debe limitarse a una determinada época o momento específico.”²³>>

De la lectura de la anterior providencia se desprende que para que proceda la nulidad de una elección con fundamento en las causales de inhabilidad por vínculos de afinidad o parentesco, se debe demostrar la vigencia o la existencia de aquel en el período inhabilitante.

En el caso de la coexistencia de inscripciones, se ha de entender que aquel debía existir al momento en que aquellas -las inscripciones de uno y otro candidato- se efectuaron. Por tanto, si el nexo que le dio origen no estaba vigente para ese momento, la inhabilidad no se puede configurar.

(...).

Así las cosas, se considera que con el fin de no desconocer los derechos fundamentales a elegir y a ser elegido y para efectos de la inhabilidad de que trata el aparte final del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, la expresión “o ha estado” que emplea el artículo 47 del Código Civil para definir el vínculo por afinidad debe ser inaplicable. Por tanto, entiende la Sala que para que este pueda generar los efectos inhabilitantes de que trata el mencionado inciso, debe demostrarse la existencia del vínculo que la origina, es decir, debe acreditarse la vigencia del matrimonio o la unión marital de hecho al momento de las respectivas inscripciones.

Esta interpretación, además, encuentra fundamento en el principio pro homine según el cual deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona.

(...)

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

RESUELVE:

PRIMERO: INAPLICAR para este proceso la expresión “o ha estado” que hace parte del artículo 47 del Código Civil.

(...).”

Esta Dirección Jurídica considera que es clara la jurisprudencia al señalar que cuando se rompe el vínculo con el cónyuge o la compañera permanente, el parentesco por afinidad desaparece y, en tal virtud, los efectos que aquél producía, como las inhabilidades, deben también ser desestimados pues como lo indica el citado fallo, “no existe una justificación razonable para que aquel siga proyectando sus efectos para impedir el ejercicio de un derecho fundamental como el de elegir y ser elegido”.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el alcalde de un municipio podrá nombrar a un ex cuñado, pues al desaparecer el vínculo con su cónyuge o su compañera permanente, también desaparece el vínculo de afinidad que tenía con los consanguíneos de su ex pareja y, por ende, las inhabilidades que pesaban sobre ellos.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:26:46