



Función Pública

Concepto 136371 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000136371

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000136371

Fecha: 04/04/2023 05:50:02 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Diputado. Para ser diputado de cónyuge de empleado directivo municipal. RAD.: 20239000146542 del 7 de marzo de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si el cónyuge del subsecretario de despacho del municipio de Pasto está inhabilitado para postularse y ser elegido diputado del respectivo departamento, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto de las inhabilidades para ser inscrito y elegido diputado, la Ley 2200 de 2022¹, señala:

"ARTÍCULO 49. De las inhabilidades de los diputados. Además de las inhabilidades establecidas en la Constitución, la ley y el Código General Disciplinario, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido diputado:

(...)

Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer 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 departamento; 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 departamento. Así mismo, esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado consanguinidad, segundo de afinidad o Único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el departamento en la misma fecha.

(...)

PARÁGRAFO. Interpretese para todos sus efectos, que las inhabilidades descritas en el Artículo, se refieren al departamento como entidad pública y sus institutos y entidades descentralizadas, que funcionan en el respectivo territorio o ejercen competencias que involucran a la respectiva entidad territorial." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la disposición transcrita, quienes tengan vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer 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 departamento; 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 departamento, estarán inhabilitados para inscribirse o ser elegidos como diputados.

Es decir, la norma referida establece tres parámetros para que se configure la inhabilidad: el primero se fundamenta en el vínculo por matrimonio o unión permanente o la relación de parentesco; en segundo lugar, el ejercicio como empleado público de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, o haber sido el servidor representante legal 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; y en tercer lugar que ese ejercicio se hubiera dado en el respectivo ente territorial, dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección.

Sobre el primer aspecto, debe señalarse que, de conformidad con lo enunciado en su consulta, el candidato a la Asamblea Departamental del Nariño es cónyuge de un empleado del nivel directivo del municipio de Pasto, esto es, se cumple el primer requisito establecido en la ley para que se configure la prohibición.

Sobre el segundo elemento, en relación con lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994², dispone lo siguiente:

“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:

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.

Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

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.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”

“ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”

Al respecto, el Consejo de Estado, mediante Concepto No. 2355 de diciembre 5 de 2017, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, dentro del expediente con Radicado No. 11001-03-06-000-2017-00186- 00, con ponencia del Magistrado Edgar González López, señaló sobre el tema analizado:

“Con posterioridad, la Ley 136 de 1994, por medio de la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, introdujo los siguientes conceptos, que se han convertido en los referentes normativos más cercanos en el ordenamiento jurídico para comprender y dar alcance a los conceptos de autoridad civil y política, y que por lo tanto pueden ser empleados en este concepto¹¹ para determinar si un Viceministro ejerce autoridad civil o política en nuestro país.

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:

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.

Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

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.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”

(Subraya la Sala).

Como se puede observar, de acuerdo con el artículo 189 arriba transcrito, la autoridad política se define a través de un criterio orgánico que, a su vez, está determinado por el desempeño de determinados cargos que hacen parte del Gobierno municipal, como el del alcalde, los secretarios y los jefes de departamentos administrativos, y el de las personas que ejercen temporalmente estos cargos.

Así las cosas, una aplicación de este criterio a los cargos de nivel nacional, permite concluir que poseen autoridad administrativa en Colombia todos los funcionarios que hacen parte del Gobierno Nacional, como el Presidente de la República, sus ministros, jefes de departamentos administrativos, entre otros, y las personas que asumen temporalmente estos cargos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido al alcance del concepto de la autoridad civil y administrativa en los siguientes términos:

“De los fallos y conceptos de esta corporación puede concluirse: 1) que los conceptos de autoridad civil y administrativa conservan como notas distintivas, por una parte, el poder de mando y la autonomía decisoria de los funcionarios previstos en ley o reglamento y, por otra, la correlativa sujeción y obediencia de quienes están sujetos a su autoridad. 2) de acuerdo con los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa los cargos que allí se mencionan y constituyen actos típicos de autoridad los que allí se enuncian; 3) además de los señalados en los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa aquellos cargos respecto de los cuales pueda predicarse, luego de un análisis desde el punto de vista orgánico y funcional, que tienen poder de mando y de disposición sobre los ciudadanos, sobre el personal que sirve a la administración o sobre los bienes que le son confiados para satisfacer los servicios a cargo del Estado; poder que, se insiste, obliga a los ciudadanos o a los funcionarios públicos”¹².

Más recientemente, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente¹³ :

“(…) la autoridad civil consiste “en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad que recaen

sobre los ciudadanos, la comunidad en general y sobre la organización estatal en sí. Dicha manifestación de autoridad implica, por lo tanto, dirección o mando y se expresa en la posibilidad de impartir órdenes, instrucciones o de adoptar medidas coercitivas, de carácter general o particular, de obligatorio acatamiento, motivo por el cual se dice que:

“la autoridad civil suele expresarse a través de i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o ii) de la ejecución de las mismas. Las primeras deben denotar la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos; pero no se trata de cualquier clase de decisión -las cuales adopta, incluso, un funcionario del nivel operativo de una organización, en la labor diaria que tiene a cargo-, sino de aquella que determina originariamente el modo de obrar mismo del Estado. La segunda supone la realización práctica de las tareas que desarrolla la entidad, y su puesta en práctica demuestra el control que se tiene sobre la administración, los funcionarios y los ciudadanos destinatarios de las políticas que se trazan desde un vértice de la administración pública”. (Destacado nuestro)

De conformidad con lo señalado en la jurisprudencia precitada, según los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero, se deriva del hecho de ocupar un cargo con autoridad política, como por ejemplo, los de Presidente de la República, Ministros y Directores de Departamentos Administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, el Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional.

El otro aspecto que permite establecer que un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la Ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción, se obtiene del análisis del contenido funcional del empleo ejercido para determinar si el mismo implica poderes decisivos, es decir, que estos impliquen atribuciones de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

De la misma manera, se afirma que la autoridad civil se expresa a través de la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o de la ejecución de las mismas. Estas atribuciones denotan la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos, en el entendido de que determina originariamente el modo de obrar del Estado. A su vez, señala la jurisprudencia que, la ejecución de decisiones representa la realización práctica de las tareas que desarrolla la entidad, y su puesta en práctica demuestra el control que se tiene sobre la administración, los funcionarios y los ciudadanos destinatarios de las políticas que se trazan desde un vértice de la administración pública.

En consecuencia, para determinar si un empleado ejerce autoridad civil, política o administrativa, se hace necesario acudir a la naturaleza y funciones de su cargo, con el propósito de analizar si ellas implican poderes decisivos, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados.

Por lo tanto, el análisis respectivo deberá realizarlo el interesado de acuerdo con las funciones previstas en el manual específico de funciones y competencias laborales que tenga adoptado la entidad, verificando si las ejercidas por su cónyuge implican poderes decisivos, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados y las personas jurídicas y naturales vinculadas, y que las mismas sean desarrolladas en el respectivo municipio, o que la intervención como ordenador de gasto sea en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio donde presentará su candidatura a un cargo de elección popular. Una vez establecido lo anterior, el interesado en aspirar al cargo de diputado, podrá determinar si existe o no limitación para presentar su aspiración en las próximas elecciones locales, de manera que estará inhabilitado en su candidatura si su cónyuge, en el desempeño de su empleo, ejerció autoridad civil o administrativa dentro de los doce meses previos a la elección.

Dicho en otras palabras, si el cónyuge del aspirante a diputado ejerce un cargo que implique la autoridad a la que se refieren los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, el candidato estará inhabilitado para postularse al cargo de elección popular mencionado en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección si su cónyuge no renuncia a su cargo dentro de los doce meses que anteceden a la fecha de elección, en los términos de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 49 de la Ley 2200 de 2022.

Finalmente, con respecto a que el ejercicio de autoridad se deba dar en el respectivo municipio, distrito o departamento en el cual se desea aspirar como candidato, es preciso señalar que el Consejo de Estado no ha tenido un criterio unificado pues difiere en su concepción de circunscripción, acogiendo ya sea un criterio electoral o territorial; es decir, no ha tenido una posición unánime frente a si el “departamento” comprende todas las entidades municipales que lo conforman, o si solo corresponde a la entidad pública y sus institutos y entidades

descentralizadas.

Por ello frente al particular, esta Dirección Jurídica acoge el criterio más replicado en los años recientes, establecido por la Sala Plena del Consejo de Estado, quien al resolver el recurso extraordinario de revisión en el asunto con radicado No. 11001-03-15-000-2015-00110-00(REVPI) del 02 de mayo de 2018 y ponencia del Magistrado William Hernández Gómez; reiteró los criterios unificados:

“(…) Reiteración de criterios de unificación

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera indispensable recordar y reiterar en esta providencia con fines de unificación previstos en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011³ que el criterio sostenido en relación con la inhabilidad prevista en el artículo 179 ordinal 5. de la Constitución Política respecto de los aspirantes a ser Representantes a la Cámara es aquel que fue expuesto con ocasión de la declaratoria de nulidad de la elección del hoy recurrente, en providencia del 20 de febrero de 2012, el cual trae a colación in extenso:

“[...] En tratándose de Representantes a la Cámara, por circunscripción departamental valga la aclaración, el debate se ha suscitado en torno a si para que se estructure tal inhabilidad es preciso que esa autoridad deba cumplirse en una entidad del ámbito departamental o si también se presenta cuando se desarrolla en un cargo o empleo del ámbito municipal. [...]

La Sección Quinta, en su integración anterior al año 2007 sobre el particular sostuvo la siguiente postura:

[...]

Dentro de este orden de ideas, se concluye que los senadores no están inhabilitados para ejercer tal cargo cuando su cónyuge o su compañero permanente, o uno de sus familiares en los grados señalados ejerza autoridad civil o política en una circunscripción departamental o municipal; con mayor razón, un representante a la cámara menos aún va a estar inhabilitado cuando su cónyuge o compañero permanente o uno de sus familiares en los grados de parentesco señalados ejerza autoridad política o civil en un municipio, así el municipio geográficamente esté ubicado en el mismo departamento por cuya circunscripción electoral fue elegido como representante.

Ciertamente, la [sic] circunscripciones electorales departamental y municipal son diferentes según la regla general, y además, como lo precisó el mandato constitucional, dicha inhabilidad debe tener “lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección”, y la elección del representante se produce en toda la circunscripción departamental y no en la circunscripción municipal, como es bien sabido.

De otra parte, toda vez que las inhabilidades son prohibiciones que restringen el derecho político a ser elegido, tales inhabilidades deben estar taxativamente consagradas y no existe ninguna norma de rango legal ni constitucional que establezca esta inhabilidad para los representantes a la cámara, por lo tanto, en el presente caso, no es de recibo la inhabilidad consagrada en el numeral 5° del artículo 179 de la C. P., a la cual nos hemos venido refiriendo.”⁴

No obstante los precedentes que sobre este asunto tenía la Sección en su conformación de otrora, es preciso que ahora la Sala Plena, en vista que el presente caso hace parte de los primeros que la Sección Quinta en su conformación actual tiene a su cargo como proceso de nulidad electoral atinente a esa causal, unifique la línea de pensamiento que sobre el tema ha desarrollado vía procesos de pérdida de investidura, en el sentido de acoger una línea de pensamiento que se ajuste más al verdadero sentido y alcance de esta inhabilidad. (negrilla fuera de texto)

En efecto, el auténtico sentido de la causal 5ª de inhabilidad del artículo 179 de la Constitución Política debe desentrañarse examinándola junto con sus dos incisos finales, que expresan:

“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.”

Con el primero de ellos queda en claro que la inhabilidad en examen, por matrimonio o por parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad se cumple cuando dicha potestad se materializa o desarrolla “...en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.”. De suerte que si se trata de un Representante a la Cámara la prohibición de postularse y ser elegido como tal opera tanto si el cónyuge o pariente ejerce autoridad en una entidad del nivel departamental por el cual se surte la elección, como si el ejercicio de autoridad se lleva a cabo en una entidad del nivel municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual se aspira a ser congresista, pues de esta manera precisamente tiene lugar “en” la circunscripción del departamento que es a la cual corresponde la elección de Representantes a la Cámara.
[negrilla fuera de texto]

Es evidente que en materia electoral existen distintas circunscripciones, como son la nacional, la departamental, la municipal y la de las localidades, dentro de las cuales se convocan y practican las distintas elecciones, en unos casos para elegir autoridades territoriales y en otros para elegir autoridades nacionales. Con todo, en las elecciones realizadas por circunscripción departamental, como lo es la elección de Representantes a la Cámara, la participación de todos los electores del departamento comprende a una misma sin que se escindan los electores del departamento de los electores de sus municipios, ya que son los habitantes de estos últimos que sumados conforman los del departamento al cual dichos entes territoriales pertenecen -, los que deciden en quienes recae la representación ante el Congreso de la República.

Una interpretación en contrario no consulta el principio de igualdad electoral, en atención a que los aspirantes a la Cámara de Representantes, con parientes en ejercicio de autoridad en entidades del nivel local, le llevarán a sus contendores una inaceptable ventaja, fruto de los factores de poder con origen en el propio Estado, que es precisamente contra lo que el constituyente y el legislador han luchado en las últimas reformas al régimen de inhabilidades.⁵

En síntesis, la Sala reitera la regla consistente en que en virtud de lo dispuesto en el ordinal 5. del artículo 179 de la Constitución Política, todo aspirante a la Cámara de Representantes se encuentra inhabilitado para postularse y ser elegido como tal si tiene vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, ya sea con personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por el 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.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, mediante sentencia con radicado No. 17001-23-31-000-2011-00637-01 y ponencia del Magistrado Alberto Yepes Barreiro, determinó lo siguiente:

“Ahora bien, sobre el elemento territorial consagrado en el artículo 30 numeral 5 de la Ley 617 de 2000, se encuentra que sólo es necesario que la autoridad se “ejerza” al interior del territorio al que se refiere la causal de manera que no es requerimiento que la autoridad se ostente respecto de todo el departamento, sino que basta que tal circunstancia se presente dentro o al interior de éste, así, con claridad esta Sección ha dicho que:

“Como elemento territorial, el numeral 5 del artículo 30 de la ley 617 de 2000 establece que el funcionario inhabilitante debió ejercer autoridad en el respectivo departamento (...).

“(...) la norma legal que establece la inhabilidad no exige que el funcionario haya ejercido la autoridad mediante el desempeño de un cargo del orden departamental, en forma tal que los servicios se hayan prestado de manera exclusiva en el departamento, como lo plantea el apoderado del demandado. En realidad, se exige que el funcionario haya ejercido autoridad en el respectivo departamento, lo cual significa que esa autoridad puede provenir del desempeño de un cargo del orden nacional, como en este caso.

"En efecto, el numeral 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 señala que la inhabilidad se establece respecto de funcionarios que "... hayan ejercido autoridad en el respectivo departamento ...", lo cual permite afirmar que sólo indica el territorio en el que los funcionarios deben haber ejercido la autoridad para que se conviertan en inhabilitantes para su pariente, cónyuge o compañero permanente que sea candidato o hubiere resultado elegido gobernador, más no señala el cargo que se debe desempeñar ni el orden a que pertenezca [...]". (Negrillas propias del texto original).

Con la misma lógica de la sentencia en cita, y atendiendo al alcance del concepto jurídico de territorio, concluye la Sala que para que se configure el elemento espacial del caso objeto de estudio es preciso que, la autoridad se ejerza al interior del departamento de Caldas, del cual, por supuesto, hacen parte todos sus municipios, incluida su Capital.

Sobre el punto, la Sala Plena del Consejo de Estado al revisar el alcance de esta causal en lo que respecta aún a Representantes a la Cámara, cuya circunscripción electoral, al igual que la de los gobernadores, es del orden departamental ha concluido que: "de esta manera, es claro que en el departamento de Risaralda la circunscripción, para efectos electorales de la elección de Representantes a la Cámara, está conformada por el departamento, que desde luego alude a todo el territorio, con las entidades territoriales que lo componen. De este criterio ha sido la Sala Plena, quien manifestó al respecto -en un caso idéntico-, sentencia del 28 de mayo de 2002 -exps. acumulados PI-033 y PI

034- que:

"De acuerdo con el artículo 176 de la Constitución la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. Para la elección de Representantes a la Cámara cada departamento y el distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. En consecuencia 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".

El anterior criterio recientemente fue ratificado el año pasado, por la Sala Plena de esta Corporación, cuando resolvió varias demandas electorales y de pérdida de investidura con fundamento en la causal de ejercicio de autoridad por parte de pariente.

En el contexto antes descrito, es claro, que el requisito espacial a que hace referencia la inhabilidad atribuida al gobernador demandado, según el cual el ejercicio de autoridad por parte de pariente debe tener lugar "en el respectivo departamento", debe ser entendido bajo el concepto de territorio antes descrito". (Subrayado nuestro).

Así las cosas, es claro que las circunscripciones nacional, departamental y municipal son independientes entre sí, y, por lo tanto, para efectos de las inhabilidades será necesario distinguirlas para cada elección, conforme los criterios establecidos por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero del 2011, radicado No. 11001-03-15-000-2010-01055-00, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero, que indica:

"Además, esta norma se debe armonizar con los incisos primero y tercero del art. 176 de la misma Constitución, que disponen, respectivamente, que: "La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional", y luego indica que: "Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el distrito Capital de Bogotá, conformarán una circunscripción territorial."

De esta manera, es claro que en el departamento de Risaralda la circunscripción, para efectos electorales de la elección de Representantes a la Cámara, está conformada por el departamento, que desde luego alude a todo el territorio, con las entidades territoriales que lo componen. De este criterio ha sido la Sala Plena, quien manifestó al respecto -en un caso idéntico-, sentencia del 28 de mayo de 2002 -exps. acumulados PI-033 y PI-034- que:

"De acuerdo con el artículo 176 de la Constitución la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. Para la elección de Representantes a la Cámara cada departamento y el distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción

territorial. En consecuencia 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”.

"Por lo expuesto también debe accederse a la pérdida de investidura del congresista llamado por configurarse esta segunda causal."

En este orden de ideas, debe distinguirse perfectamente, para comprender de manera adecuada el tema, que existen múltiples circunscripciones, algunas con fines o funciones puramente administrativas, otras con fines electorales. Las que interesan ahora son estas últimas, de las cuales las hay municipales, si se trata de elegir alcalde o concejales; departamental, si la elección es de gobernadores y diputados, además de representantes a la Cámara; o nacional, si se trata de elegir Presidente de la República o Senadores. Incluso existen circunscripciones más particulares, como acontece con la elección de ediles. En fin, para estos efectos es necesario distinguir cada elección, y adoptar la noción de circunscripción de cada caso, siendo inadecuado usar para unos efectos el concepto creado para otro.

Este es el defecto de criterio en que incurre el demandado, porque considera que la circunscripción departamental, para los fines de la elección de Representantes a la Cámara sólo incorpora las entidades del orden departamental, y por eso cree que los municipios no hacen parte de ella. La Sala advierte un error de apreciación en esta perspectiva de análisis, porque confunde la noción de "entidad territorial departamental" y "municipal" con la noción de "circunscripción electoral territorial" para los efectos de elegir representantes a la Cámara. Su visión consulta el alcance de esas expresiones pero para fines exclusivamente administrativos, no electorales, alcance que fue definido por la Constitución Política en forma diferente, puesto que el inciso tercero del art. 176 CP. reguló directa y claramente que:

"Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento..., conformarán una circunscripción territorial."

Es decir, que el departamento en su conjunto es la circunscripción territorial, para estos efectos, y desde luego en él se incluyen los municipios que lo conforman. De no ser así, ¿dónde estarían los votantes para esa elección, teniendo en cuenta que los departamentos no tienen un territorio ni una población exclusiva y diferente al de los municipios? El tema es claro, porque este art. 176 definió directamente qué territorio comprende la circunscripción por la que se eligen los Representantes a la Cámara, por ello es que una interpretación aislada de los dos incisos finales del artículo 179 CP. resulta equivocada, pues obligatoriamente se deben armonizar con el artículo 176, que en forma puntual y precisa concreta lo que debe entenderse por circunscripción para estos efectos”. (Subrayado nuestro).

Frente a una situación similar a la analizada, la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia emitida el 11 de agosto de 2005 dentro del proceso con radicado No. 76001-23-31-000-2003- 04747-01 y 76001-23-31-000-2004-00023-01(3580), con ponencia de la magistrada María Nohemí Hernández Pinzón, concluyó:

“Visto en su conjunto el régimen de inhabilidades que expidió el legislador para los Diputados, a través de la Ley 617 de 2000 y en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 293 y 299 de la C.N., se puede sostener que ese órgano legislativo optó por expedir un régimen de inhabilidades más severo que el dispuesto para ellos en el artículo 179 de la C.N., no solo porque algunas de las causales consagradas en este precepto constitucional fueron adicionadas con nuevos ingredientes, sino porque el término inhabilitante se extendió de seis meses a un año, lo que muy a las claras deja ver el propósito endurecedor que inspiró al legislador al expedir tal regulación.

(...)

Pero no solamente una visión sistemática del régimen de inhabilidades consagrado para los Diputados en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, lleva a concluir que el legislador optó por hacerlo más estricto que el previsto en el artículo 179 de la Constitución Política; también un examen detallado de la causal de inhabilidad en estudio permite arribar a idéntica conclusión.

En efecto, la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la C.N., se convertía en una norma jurídica compleja, en la medida que debía fundirse con aquella parte del mismo precepto que establecía: “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”. Significando lo dicho que por

disección del constituyente, no podían ser congresistas (y por ende Diputados según lo interpretó la jurisprudencia de la Sección), quienes tuvieran vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que hubieran ejercido autoridad civil o política dentro de la misma circunscripción en la cual debía efectuarse la respectiva elección, de tal manera que si ese funcionario ejercía autoridad civil o política en una circunscripción inferior, como es el municipio, la inhabilidad no se materializaba.

Sin embargo, la norma jurídica resultante de armonizar el numeral 5 con el inciso penúltimo del artículo 179 de la C.N., no fue absolutamente trasladada al régimen de inhabilidades que la Ley 617 de 2000 en su artículo 33 numeral 5, previó para los Diputados; en esta codificación se omitió, deliberadamente, la parte aquella del inciso penúltimo del artículo 179 que establecía que la configuración de la inhabilidad sólo operaba frente a funcionarios que ejercieran autoridad en la misma circunscripción electoral por la que se postulaba el Congresista, y de contera el Diputado según lo ha interpretado la jurisprudencia de la Sala, lo que a todas luces demuestra que la intención del legislador fue la de hacer operar esa causal de inhabilidad no solo frente a funcionarios que ejercieran autoridad en la misma circunscripción electoral del miembro de la Duma Departamental, sino también frente a funcionarios que ejercieran autoridad en una circunscripción electoral menor, como son los municipios, entidades territoriales que vienen a integrar los Departamentos, interpretación ésta que ratifica el propósito del legislador de hacer más riguroso el régimen de inhabilidades de los Diputados, en comparación con el mismo régimen establecido por el constituyente para los Congresistas.

Alguien podrá afirmar, frente a la causal que se viene estudiando, que el verdadero querer del legislador no fue el de hacer más riguroso el régimen de inhabilidades de los Diputados, comparado con el de los Congresistas, valiéndose para ello de que el parentesco por consanguinidad en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, se redujo al segundo grado, en tanto que en el numeral 5 del artículo 179 de la C.N., se extendía hasta el tercer grado.

Esta razón no sería de recibo porque su aparente razonabilidad cae en el vacío en la medida que la regulación legal que se cita, contenida en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es abiertamente inconstitucional; como se ha pregonado en esta providencia, de cara a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 299 de la C.N., modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2002 artículo 2, si bien el legislador estaba autorizado por el constituyente para expedir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados, en esa labor debía tener presente que ese régimen no podía “ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda”, de tal suerte que si la causal 5ª del artículo 179 habla de parentesco en tercer grado de consanguinidad, el legislador no podía reducirlo al segundo grado, puesto que la facultad constitucional extendida para regular la materia era clara en que no podía ser menos estricta que su similar prevista para los congresistas.

La contrariedad manifiesta que se registra entre la norma legal y la norma constitucional, conduce a colegir que la eventual sustentación de la intención morigeradora del legislador al regular el tema de las inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados, por reducir del tercer al segundo grado de consanguinidad el parentesco requerido para la configuración de la inhabilidad, no es de recibo, precisamente por apoyarse en una norma que a todas luces resulta inconstitucional (C.N. Art. 4), y por lo mismo insuficiente para fundar ese razonamiento.

Por otra parte, desde el punto de vista teleológico o finalístico, es igualmente claro que el legislador abandonó la fórmula establecida por el constituyente de que el ejercicio de autoridad correspondiera a la misma circunscripción electoral, para dar paso a la configuración de la inhabilidad en los Diputados por el ejercicio de autoridad, por parte de sus parientes, en cualquier parte del respectivo departamento, que es a lo que equivale “en el respectivo departamento”, pues con ello se quiere cerrar el paso al nepotismo, evitando que varios miembros de un núcleo familiar accedan a los cargos y corporaciones públicas de elección popular, en un marco electoral reducido como las entidades territoriales seccionales y locales, donde es más sensible la influencia que desde el poder público se puede ejercer sobre el electorado para inclinar la balanza a favor de los allegados, vulnerando de paso el principio de la igualdad que debe reinar en todo certamen democrático.

De tiempo atrás la Corte Constitucional ha expresado que el diseño moral mínimo expresado en la Carta Política, apunta a depurar la democracia Colombiana de interferencias nocivas como el nepotismo, donde las dinastías electorales reproducen para los miembros de una misma familia el ejercicio del poder público. Sobre el particular dijo:

“En otra oportunidad, la Corte ha puesto de presente la absoluta y radical incompatibilidad del nepotismo con el modelo democrático. Este fenómeno no puede entenderse simplemente como que familias compartan el poder estatal, sino de manera más amplia, como proscripción de toda oportunidad para que los miembros de una misma familia incidan, tanto en el ejercicio del poder, como en las posibilidades de acceso al poder de uno de sus miembros. No son necesarios grandes esfuerzos para comprender el enorme poder y la oportunidad que tiene un jurado de

votación para favorecer a un candidato en particular”

En otra oportunidad la Corte Constitucional reflexionó de la siguiente manera:

“El artículo 179-6 de la C.P., reza: “No podrán ser congresistas: 6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha”. Las normas acusadas, en realidad, se limitaron a extender la inhabilidad establecida por la Constitución para los congresistas, a los alcaldes y concejales. Si bien los cargos son diferentes, todos poseen la nota común de la elección popular, que para los efectos de la inhabilidad es la relevante, pues como lo recuerda el Ministro de Gobierno, lo que se propuso el Constituyente fue cabalmente evitar que “se utilice la fuerza electoral de uno para arrastrar a sus parientes más cercanos y crear dinastías electorales” (Gaceta Constitucional No. 79 del 22 de mayo de 1991, p. 16).

Las normas acusadas consagran respecto de los candidatos a concejal y alcalde, una inhabilidad similar. El nepotismo y las dinastías electorales, condenados por el Constituyente, no se reducen a las que tienen proyección nacional, pues resultan igualmente perniciosas para la democracia las que tienen asiento local y florecen al amparo de la urdimbre de poder que puede emanar de unas pocas familias.

La extensión de la inhabilidad concebida por la Constitución para uno de los más importantes cargos electivos de carácter nacional, a la esfera de los cargos electivos municipales, puede ser vista como un desarrollo del principio constitucional de igualdad en el acceso a los cargos públicos. La interdicción a las dinastías electorales familiares - propósito de las normas -, es una forma de asegurar la igualdad real y efectiva entre los diferentes aspirantes a ocupar cargos de elección popular”

Pues bien, tal fue la finalidad que tuvo como horizonte el legislador al expedir el régimen de inhabilidades de los Diputados, y muy particularmente al consagrar la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, de tal suerte que no es admisible sostener, como lo pretende la parte demandada, que aún sigue imperando la posición jurisprudencial de la Sala, emitida antes de la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000, puesto que ante esta regulación la situación cambió radicalmente, al punto que actualmente no pueden inscribirse y menos ser elegidos Diputados quienes tengan vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en el grado de consanguinidad señalado en el numeral 5 del artículo 179 de la C.N., primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce meses anteriores a la elección, hayan ejercido autoridad civil, política o administrativa en el respectivo departamento, entendiendo por este último la entidad territorial correspondiente y los municipios que lo integran, como con acierto lo adujo el señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado en el concepto rendido para este proceso, cuyas disquisiciones conviene recordar ahora:

“Desde el punto de vista gramatical es de notarse como el legislador utilizó la preposición EN, la cual denota un lugar, EN EL QUE SE PROHIBE EL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD, pero no estableció relación de pertenencia del servidor con el lugar. De haberlo querido así, la fórmula gramatical hubiera impuesto la utilización de la contracción DEL para señalar la pertenencia al ente territorial (mayúsculas del Despacho). Se trata de una preposición de inclusión y no de una aquella relativa a la identidad de orden o nivel de su ejercicio. Nada se dijo respecto de que el ejercicio de autoridad inhabilitante tuviera que llevarse a cabo en el orden municipal cuando se tratara de concejal, del orden departamental cuando fuere un diputado. La disposición no le colocó límites al orden o nivel del ejercicio de autoridad. Simplemente utilizó la fórmula del ejercicio “en el respectivo departamento”.

Se insiste, como la norma que contempla la inhabilidad no la consideró en relación con la dependencia al ente territorial sino respecto del lugar de su ejercicio, se debe concluir entonces que se configura con el desempeño de cargos del orden nacional, departamental o municipal, si en cualquiera de ellos su ejercicio conlleva autoridad y si éste se lleva a cabo en el respectivo departamento, en cualquier lugar de él, sin que importe el orden al cual pertenece el cargo”

Conclusión

Deviene de lo discurrido que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 se configuró en la demandada, porque su hermana ALBA LETICIA CHAVEZ JIMENEZ, dentro del año anterior a su elección, ejerció autoridad civil, política y administrativa en el departamento del Valle del Cauca, por haberse desempeñado como Alcaldesa del Municipio de Yumbo para un período que culminó luego de la elección demandada y antes de que aquélla tomara posesión del cargo como Diputada a la Asamblea del Departamento del

Valle del Cauca.”

Conforme con lo analizado por la jurisprudencia citada, la inhabilidad objeto de estudio exige que el empleado haya ejercido autoridad en el respectivo departamento, lo cual significa que esa autoridad puede provenir del desempeño de un cargo del orden municipal, departamental o nacional, según corresponda.

Teniendo en cuenta el caso planteado en su consulta, de acuerdo con el análisis efectuado, debe entenderse que la circunscripción departamental coincide con cada una de las municipales, esto es, el departamento en su conjunto es la circunscripción territorial, y desde luego en él se incluyen los municipios que lo conforman.

Así las cosas, se considera que si el empleado del municipio al que se refiere su consulta, ejerció su cargo dentro de los doce meses anteriores a las elecciones locales en donde su cónyuge, aspira a ser elegido diputado, estará inhabilitado para presentar su candidatura en el mismo departamento, pues del análisis que antecede se colige que se reúnen todos los presupuestos que configuran la prohibición contenida en el numeral 6 del artículo 49 de la Ley 2200 de 2022.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Maia Borja G.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE D EPAGINA

¹Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos.

²Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

³ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación

jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado [...] al decidir los recursos extraordinarios [...].

⁴Fallo del 18 de septiembre de 2003. Proceso Electoral No. 110010328000200200007-01 (2889-2907). Actor: Jaime Alberto Alzate Cárdenas y otro. Demandado: Representante a la Cámara por Boyacá. Al respecto también pueden consultarse: 1.- Fallo del 6 de mayo de 1999. Expediente: 1845, 1851, 1857 y 1868. Actor: Víctor Julio Gutiérrez Jiménez y otros. 2.-

⁵Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia del 20-02-2012 Expediente Acumulado N° 11001032800020100063-00. Radicado N° 2010-00063 (Acumulado con 2010-00067 y 2010-0060) Actor: Jorge Eduardo Durán Galindo y otros Acción Electoral

⁶En relación con este pronunciamiento, vale la pena señalar que la Corte Constitucional, mediante la providencia T-167 del 2005, respaldó la tesis del Consejo de Estado, al considerar que no se había incurrido en vía de hecho al interpretar el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000.

⁷Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. Darío Quiñones Pinilla, sentencia de 29 de abril de 2005, número de radicación 11001-03-28-000-2003-00050-01(3182).

⁸Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia del 15 de febrero de 2011, Rad.: 11001-03-15-000-2010-01055-00.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:49:52