



Sentencia 00093 de 2006 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

NULIDAD ELECCION DE CONCEJAL - Improcedencia. No se configuró inhabilidad por parentesco con funcionario que ejerció autoridad / INHABILIDAD DE CONCEJAL - Parentesco con servidor que fue elegido en la misma elección como alcalde / EJERCICIO DE AUTORIDAD - Requisitos para que se configure inhabilidad: concejal que fue elegido en la misma elección en que su hermano salió electo como alcalde

Para el demandante la elección acusada debe anularse porque el señor Diógenes Hernández Casado fue elegido estando incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Se afirma que el demandado está incurso en la referida inhabilidad, por tener parentesco en segundo grado de consanguinidad con funcionario que dentro de los 12 meses anteriores a la elección ejerció autoridad civil, política o administrativa en el respectivo municipio, al ser hermano del señor Robin Hernández Casado, alcalde municipal de Malambo. El parentesco en segundo grado de consanguinidad (hermanos), entre los señores Robin Hernández Casado y Diógenes Jesús Hernández Casado, se acreditó con la copia auténtica de los registros civiles de nacimiento expedidos por el Notario Único de Soledad - Atlántico, de los cuales se desprende que son hijos de los señores Julio Hernández y Nila E. Casado; sin embargo, este es apenas uno de los elementos constitutivos de la inhabilidad, puesto que el accionante corre con la carga de probar que el señor Robin Javier Hernández Casado, dentro de los 12 meses anteriores a la elección censurada, en su calidad de funcionario ejerció autoridad civil, política, militar o administrativa en el municipio de Malambo. El hecho anterior no está probado. Debe resaltar la Sala que el demandante interpreta en forma equivocada la causal de inhabilidad; salta a la vista el error de apreciación del demandante, puesto que el presupuesto del parentesco con funcionario que ejerza autoridad debe cumplirse dentro de un lapso determinado por el propio legislador, esto es dentro de los doce meses anteriores a la elección, de modo que no basta probar el parentesco con funcionario que tenga esas prerrogativas si ellas sencillamente se ejercieron o ejercen por fuera de ese interregno. En el sub lite eso es precisamente lo que acontece, pues aunque no se acreditó el hecho de la elección del señor Robin Hernández Casado como alcalde del municipio de Malambo, el mismo accionante admite en su demanda que su elección se produjo durante la misma jornada electoral del 26 de octubre de 2003, en que resultó elegido el concejal demandado. Demuestra lo dicho hasta el momento que la hipótesis inhabilitante de la norma transcrita no se configura: en primer lugar, porque no se probó el hecho de la elección del señor Robin Hernández Casado como alcalde municipal de Malambo; y en segundo lugar, porque tampoco se acreditó que éste hubiera ejercido autoridad civil, política o administrativa dentro de los doce meses anteriores a la elección, a lo que por supuesto no puede ser asimilado el eventual ejercicio de la alcaldía por aquél durante el período constitucional que seguía a las elecciones del 26 de octubre de 2003.

NULIDAD ELECCION DE CONCEJAL - Improcedencia. No se configuró inhabilidad con fundamento en coexistencia de inscripciones / INHABILIDAD DE CONCEJAL - Requisitos para que se configure por coexistencia de inscripciones / COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES - Supuestos para que se configure. Elección de alcalde y concejal en una misma elección / NEPOTISMO ELECTORAL - Finalidad. Prohibición

El planteamiento se fundamenta en que el demandado incurrió en la causal de inhabilidad prevista en la parte final del numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994. Su fundamento radica en que los señores Robin Javier Hernández Casado y Diógenes Jesús Hernández Casado, hermanos entre sí, se inscribieron y participaron como candidatos en las pasadas elecciones del 26 de octubre de 2003, el primero a la alcaldía y el segundo al concejo del municipio de Malambo - Atlántico. Esta inhabilidad, está dirigida a conjurar el nepotismo político, evitando que se sigan sucediendo las dinastías electorales, donde miembros de una misma familia se valen del poder electoral de uno de sus parientes para conquistar los cargos de elección popular, lo que en verdad viene a quebrantar el principio de la igualdad que debe reinar en todo proceso electoral. Sin embargo el propósito moralizador no debe impedir que se reconozcan y se exija la prueba de los elementos configuradores de la causal de inhabilidad, puesto que no queda a la voluntad del intérprete determinar cuándo se materializa. La causal en estudio es clara en exigir la concomitante inscripción de los candidatos-parientes "por el mismo partido o movimiento político", para elecciones que deban surtirse en la misma fecha y en el mismo municipio o distrito; así, la depuración del nepotismo es, por ahora, exigible tan solo respecto de candidatos parientes que se postulen a unas mismas elecciones por idéntico partido o movimiento político, de modo que si éstos familiares se inscriben para aspirar a cargos o corporaciones públicas de elección popular militando en distintos partidos o movimientos políticos, la inhabilidad no tiene cabida, de seguro porque las ideologías políticas no van a ser afines, garantizando de alguna manera la imparcialidad en el manejo de los asuntos asignados a cada una de las entidades en que se sirva. Pese a contar con la prueba del parentesco entre los hermanos tantas veces citados, la improsperidad del cargo surge del hecho de haberse inscrito con el aval de diferentes partidos o movimientos políticos; el señor Robin Javier Hernández Casado se inscribió como candidato a la alcaldía de Malambo, período 2004 - 2007, con el aval del movimiento político Voluntad Popular, en tanto que el señor y Diógenes Jesús Hernández Casado, se inscribió como candidato al concejo municipal de Malambo, período 2004-2007, con el aval del partido político Movimiento Nacional. Así las cosas, al no haberse inscrito por el mismo partido o movimiento político, la inscripción y elección simultánea de éstos candidatos, no es constitutiva de la causal de inhabilidad en estudio, razón suficiente para afirmar la improsperidad del cargo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Bogotá D. C., nueve (9) de febrero de dos mil seis (2006)

Rad. No.: 08001-23-31-000-2004-00093-02(3900)

Actor: ANTONIO FERNANDO GARCIA DEL CASTILLO

Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE MALAMBO

Se ocupa la Sala de decidir la impugnación presentada por la parte demandante contra la sentencia desestimatoria proferida el treinta y uno (31) de agosto de dos mil cinco (2005), por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Las Pretensiones

Con la demanda se solicitan los siguientes pronunciamientos:

"1.- Que en el (acto administrativo parcialmente) en donde se declara la elección del señor Diógenes Hernández Casado, como concejal del municipio de Malambo para el período de Enero 1º de 2004 hasta el 1º de Enero de 2007, por encontrarse su elección vinculada con una causal de nulidad del orden constitucional y legal.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración y condena ocupe la curul en el concejo el señor Antonio Fernando García del Castillo, quien es la persona que en a lista No. 13 Movimiento Nacional, designado como el #3 en esa lista, por razón y motivo de que el señor Diógenes Hernández Casado en la misma lista movimiento Nacional designado con el #6 y que el numero (sic) de votos obtenido por cada uno corresponden así: Antonio García del Castillo (271) Diógenes Hernández Casado (554)"

1.2.- Soporte Fáctico

Bajo este capítulo se dice que:

1. El 26 de octubre de 2003 se realizaron en todo el territorio nacional elecciones para escoger autoridades territoriales.

2. Por el partido Movimiento Nacional, código 13, se inscribieron como candidatos al concejo de Malambo, los señores Antonio Fernando García del Castillo con el No. 13 y Diógenes Hernández Casado con el No. 6.

3. Cita los votos obtenidos por cada uno de ellos, el umbral, la composición de los candidatos de la lista 13 y el lugar ocupado por cada uno de ellos en la votación.

4. Diógenes Hernández Casado es pariente en segundo grado de consanguinidad con el alcalde electo del municipio de Malambo, señor Robin Hernández Casado "...lo que hace que exista una inhabilidad para ocupar una curul en el concejo municipal de Malambo, esto se encuentra descrito en los siguientes (sic) normas: son Ley 136 de 1994 en un artículo 43 numeral 6 modificado por la ley 177 de 1994, artículo embragado (sic) por el artículo 6 numeral 5 de la Ley 96 de 1985".

5. Debido al parentesco de hermanos, el señor Diógenes Hernández Casado estaba inhabilitado para ser elegido concejal "...porque el alcalde municipal, ejerce autoridad civil, política y administrativa, lo que encuadra dentro de la orbita (sic) de las inhabilidades entre el alcalde y algún miembro del concejo municipal".

1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Cita el demandante como vulnerados los artículos 40 y 260 de la Constitución Política y el artículo 21 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, normas en las que según el libelista descansa el principio de la capacidad electoral, restringido por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que incluso tenían asiento en la Constitución Política de 1886. Con fundamento en "el artículo 4 de la Ley 96 de 1995", el principio de la capacidad electoral permite la libre aspiración a cargos de elección popular, con las limitaciones previstas en esos regímenes, por lo que ellas deben interpretarse restrictivamente.

También encuentra violado el numeral 5º del artículo 223 del C.C.A., subrogado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, puesto que a favor del señor Diógenes Hernández Casado se computaron votos, pese a estar inhabilitado porque su hermano, el señor Robin Hernández Casado, como alcalde ejerce autoridad, configurando ello la causal de inhabilidad del numeral 6º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994. Por último discurrió:

"Cabe destacar en este punto que lo que determinara (sic) la inhabilidad consagrada en el numeral 6 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 es la calidad de concejal adquirida por el hecho de la declaratoria de la elección y la especial situación de privilegios en que tal declaración coloca al elegido para influir (en su condición de coadministrador municipal) en beneficio de los actos que ejecute el alcalde o el (sic) mismo como concejal y que desde esa posición favoreciera con sus actos los proyectos de acuerdo de iniciativa del alcalde y así igualmente, el alcalde de una forma u otra favoreciera al concejal correspondiendo del orden burocrático"

Con el escrito de corrección de demanda visible de folios 15 a 17, este acápite fue aclarado diciendo que la causal de inhabilidad corresponde a la prevista en el "artículo 43 de la Ley 136 de 1944 ", modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, cuyo contenido literal según el actor es: "..., quien este (sic) vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político, para elección de cargos o de corporaciones públicas que deben realizarse, en el mismo municipio o distrito en la misma fecha". Luego, señala que vinieron modificaciones a través del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, igualmente modificado con la Ley 821 de 2003, que trajo prohibiciones relativas al parentesco

1.4 Adición de la Demanda

Con escrito visible de folios 54 a 56 la parte actora adicionó la demanda, presentando algunas pruebas y aduciendo que el demandado DIOGENES DE JESUS HERNANDEZ CASADO integra la Comisión de Hacienda y Presupuesto del Concejo Municipal de Malambo, según Acta 001 de enero 2 de 2004, aprobada por la corporación en sesión del 7 de enero siguiente. Agrega que esta circunstancia atenta contra el principio de transparencia de la administración pública, puesto que los hermanos HERNANDEZ CASADO, uno como alcalde y el otro como concejal, están coadministrando los destinos de esa entidad territorial.

1.5 Contestación

Por medio de apoderado judicial se opuso el demandado a las súplicas de la demanda y los hechos los contestó así: El primero y el segundo, son ciertos. El tercero, no le consta. El cuarto, es cierto. El quinto, tampoco lo es. La oposición a lo pretendido se funda en que la demanda invoca como causal de inhabilidad la prevista en el numeral 6º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, pero refiriéndose a la del numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 que modificó la anterior, cuyos presupuestos no se cumplen porque el alcalde electo de Malambo, ROBIN HERNANDEZ CASADO, se inscribió con el aval de un partido o movimiento político diferente al de su hermano.

Propuso como excepción la denominada "INEPTA DEMANDA", sustentada en que ella "...no integró el litis consorcio necesario, pues no vinculó como demandado al Partido Político Movimiento Nacional, que de acuerdo con las nuevas disposiciones constitucionales y legales es quien inscribe los candidatos y estos son elegidos por aparecer como candidatos suyos, por una parte, y por la otra no identifica con claridad individualizando con precisión el acto administrativo que pretende anular".

En capítulo aparte, que intitula "INTEGRACION DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO", solicitó la parte demandada integrar al proceso, en calidad de parte demandada al partido político Movimiento Nacional, por haber sido quien inscribió al candidato ahora demandado.

II. EL FALLO IMPUGNADO

Con la sentencia del 31 de agosto de 2005 el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró no probada la excepción propuesta y denegó las pretensiones de la demanda. Lo relacionado con la falta de integración del litisconsorcio necesario se negó con remisión a los argumentos que esta Corporación citó en el auto del 17 de febrero de 2005 al resolver la apelación interpuesta contra el auto que negó esa vinculación en primera instancia; la falta de individualización del acto acusado la desestimó acudiendo a los deberes del juez, entre ellos el de interpretar la demanda que sí permite identificar el acto atacado.

Yendo al fondo del asunto debatido, el Tribunal identificó como causal de inhabilidad invocada en la demanda, la del numeral 6º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, pero agregó que fue modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, de donde afirmó que "la ley invocada como contentiva de la causal de inhabilidad no se encontraba vigente, por haber sido modificada por una norma posterior". No obstante lo anterior, el Tribunal A-quo determinó los presupuestos de la causal de inhabilidad invocada y encontró que no estaban probados; y que asumiendo que se tratara de la correspondiente causal de inhabilidad del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, tampoco prosperaría la demanda, porque el concejal demandado y su hermano, que resultó elegido alcalde, no se inscribieron por el mismo partido o movimiento político, "...el Concejal DIOGENES HERNANDEZ CASADO se inscribió por el Movimiento Nacional (folio 50) y el Alcalde ROBIN HERNANDEZ CASADO por el Movimiento Voluntad Popular (folio 397),...". Finalmente adujo el Tribunal:

"Por lo tanto el Tribunal colige que la inhabilidad alegada no se configura, en primer término porque la norma invocada no es aplicable siendo entonces la respuesta al único interrogante un NO, y porque a pesar de ello, se reitera en gracia de discusión, la situación fáctica de las elecciones del Concejal y el Alcalde del Municipio de Malambo, no encuadraban en la nueva norma, pues a pesar de que el parentesco está probado y que las elecciones se llevaron a cabo en la misma fecha, su participación en el debate electoral fue bajo el aval de movimientos políticos diferentes"

III. EL RECURSO DE APELACION

Se formuló en tiempo, sin ser sustentado.

IV. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte apelante se ocupa, en principio, de exponer algunas consideraciones de lo que es la inhabilidad como inelegibilidad o impedimento para acceder a cargos de elección popular, y luego examina el contenido gramatical de la causal de inhabilidad citada en la demanda para señalar que no puede ser elegido quien tenga parentesco, en el grado indicado, con funcionario que dentro de los 12 meses anteriores haya ejercido autoridad en el mismo municipio.

Señala, además, la necesidad de las inhabilidades para evitar el tráfico de influencias y el nepotismo, en particular porque en el sub lite, dice el actor, el señor DIOGENES HERNANDEZ CASADO votó por su hermano ROBIN JAVIER HERNANDEZ CASADO para la Alcaldía de Malambo, a quien de igual forma beneficiaron los votos que al concejo obtuvo aquél. Esta circunstancia es constitutiva, para el libelista, de falsedad en los registros electorales. Por lo demás, se pregonan los efectos que en el sistema democrático Colombiano puede tener la elección de personas incurso en causales de inhabilidad.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

Para el señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado el fallo impugnado debe confirmarse. Antes de arribar a esa conclusión interpretó la demanda, dada su confusión, coligiendo que el cargo por inhabilidad no puede ser estudiado con fundamento en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, debido a la modificación que la Ley 617 de 2000 le introdujo.

Respecto de la causal de inhabilidad de la primera parte del numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, sostiene que ella no se configura porque la elección de los dos hermanos fue concomitante, impidiendo que alguno ejerciera autoridad con antelación al acto acusado. Y en lo relativo a la causal de inhabilidad de la parte final del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, también la halló impróspera "...porque el presupuesto referido con el hecho de que la inscripción de los candidatos se efectúe por el mismo partido no se cumple cabalmente; en efecto, el señor Diógenes Hernández fue inscrito como candidato al Concejo por el Movimiento Nacional y el Señor Robin Javier Hernández fue inscrito como candidato por el movimiento Voluntad Popular".

VI. TRAMITE DEL RECURSO

El recurso de apelación contra el fallo de primera instancia se concedió por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, con auto del 27 de septiembre de 2005, que fue admitido por la Consejera directora del proceso con auto del 10 de noviembre siguiente, con el que se ordenó fijar el negocio en lista por el término legal de tres días y dar traslado por tres días más para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión; igualmente se precisó que el señor agente del Ministerio Público podía solicitar traslado especial por cinco días para rendir concepto de fondo.

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó traslado especial y rindió su concepto sobre el caso debatido. Vencidos los términos anteriores ingresó el expediente al Despacho para proferir sentencia de mérito, al no advertirse la presencia de nulidades.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 37; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. El Acto Acusado

El acto de elección del señor DIOGENES HERNANDEZ CASADO como Concejal del municipio de Malambo - Atlántico, para el período constitucional 2004 - 2007, inscrito por el Movimiento Nacional, se acreditó con copia auténtica del Acta Parcial del Escrutinio de los Votos para Concejo Municipal o formulario E-26, expedido por la comisión escrutadora municipal el 24 de noviembre de 2003 (fl. 50).

3. Problema Jurídico

Si bien el libelo de demanda inicialmente presentado (fls. 1 a 9), no es del todo claro, ya que parece basarse en causales de inhabilidad contenidas en normas que habían perdido su vigencia para cuando se produjo la elección acusada, con el escrito aclaratorio contenido en el escrito de folios 15 a 17, se logra establecer que el reproche de ilegalidad se estructura sobre dos de los supuestos contenidos en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 "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", así como en el supuesto quebrantamiento del artículo 49 de la misma ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 821 de 2003.

Por tanto, establecerá la Sala si es verdad que la elección del señor DIOGENES HERNANDEZ CASADO está afectada de nulidad por configurarse la causal prevista en el numeral 5º del artículo 223 del C.C.A., modificado por la Ley 62 de 1988 artículo 17, es decir por haberse computado votos a su favor pese a estar incurso en las causales de inhabilidad que se enrostran o por violar la norma últimamente citada.

4. De las imputaciones de la demanda

El accionante considera que el acto de elección del ciudadano DIOGENES HERNANDEZ CASADO, como concejal del municipio de Malambo para el período constitucional 2004 - 2007, debe ser declarado nulo por la concurrencia de tres factores que la Sala examinará por separado, los inhabilitantes en un acápite y el restante en otro.

4.1 De las inhabilidades invocadas

Para el demandante la elección acusada debe anularse porque el señor DIOGENES HERNANDEZ CASADO fue elegido estando incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 "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", cuyo tenor literal expresa:

"ARTÍCULO 40.- *De las inhabilidades de los concejales.* El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

ARTÍCULO 43. *Inhabilidades:* No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

.....

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en 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 distrito; 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 en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha"

Cada una de las hipótesis anteriores y correlativos planteamientos de la demanda, se analizarán por separado, con miras a facilitar no solo su estudio sino también su comprensión.

a. La primera hipótesis

Se afirma que el demandado está incurso en la referida inhabilidad, por tener parentesco en segundo grado de consanguinidad con funcionario que dentro de los 12 meses anteriores a la elección ejerció autoridad civil, política o administrativa en el respectivo municipio, al ser hermano del señor ROBIN HERNANDEZ CASADO, alcalde municipal de Malambo. El parentesco en segundo grado de consanguinidad (hermanos), entre los señores ROBIN JAVIER HERNANDEZ CASADO y DIOGENES JESUS HERNANDEZ CASADO, se acreditó con la copia auténtica de los registros civiles

de nacimiento expedidos por el Notario Único de Soledad - Atlántico¹, de los cuales se desprende que son hijos de los señores JULIO HERNANDEZ y NILA E. CASADO; sin embargo, este es apenas uno de los elementos constitutivos de la inhabilidad, puesto que el accionante corre con la carga de probar² que el señor ROBIN JAVIER HERNANDEZ CASADO, dentro de los 12 meses anteriores a la elección censurada (Octubre 26 de 2003), en su calidad de funcionario ejerció autoridad civil, política, militar o administrativa en el municipio de Malambo.

El hecho anterior no está probado. Debe resaltar la Sala que el demandante interpreta en forma equivocada la causal de inhabilidad, puesto que para él se configura por el hecho de que los hermanos HERNANDEZ CASADO, inscritos por distintos partidos o movimientos políticos, se presentaron como candidatos en las pasadas elecciones del 26 de octubre de 2003 en el municipio de Malambo - Atlántico, ROBIN JAVIER aspirando a la alcaldía y DIOGENES JESUS al concejo, resultando ellos vencedores en esa justa electoral; y esta victoria coetánea inhabilita al último, según sus propias palabras "Por tener un vínculo de consanguinidad en 2do grado en relación con el alcalde el señor Diógenes Hernández Casado..., porque el alcalde municipal, ejerce autoridad civil, política y administrativa, lo que encuadra dentro de la órbita (sic) de las inhabilidades entre el alcalde y algún miembro del concejo municipal" (fl. 4).

Salta a la vista el error de apreciación del demandante, puesto que el parentesco con funcionario que ejerza autoridad debe cumplirse dentro de un lapso determinado por el propio legislador, esto es dentro de los doce meses anteriores a la elección, de modo que no basta probar el parentesco con funcionario que tenga esas prerrogativas si ellas sencillamente se ejercieron o ejercen por fuera de ese interregno. En el sub lite eso es precisamente lo que acontece, pues aunque no se acreditó el hecho de la elección del señor ROBIN HERNANDEZ CASADO como alcalde del municipio de Malambo, el mismo accionante admite en su demanda que su elección se produjo durante la misma jornada electoral del 26 de octubre de 2003, en que resultó elegido el concejal demandado.

Demuestra lo dicho hasta el momento que la primera hipótesis inhabilitante de la norma transcrita no se configura. En primer lugar, porque no se probó el hecho de la elección el señor ROBIN HERNANDEZ CASADO como alcalde municipal de Malambo; y en segundo lugar, porque tampoco se acreditó que éste hubiera ejercido autoridad civil, política o administrativa dentro de los doce meses anteriores a la elección, a lo que por supuesto no puede ser asimilado el eventual ejercicio de la alcaldía por aquél durante el período constitucional que seguía a las elecciones del 26 de octubre de 2003.

b. La segunda hipótesis

El planteamiento se fundamenta en que el demandado incurrió en la causal de inhabilidad prevista en la parte final del numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que enseña:

"Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha"

Su fundamento radica en que los señores ROBIN JAVIER HERNANDEZ CASADO y DIOGENES JESUS HERNANDEZ CASADO, hermanos entre sí, se inscribieron y participaron como candidatos en las pasadas elecciones del 26 de octubre de 2003, el primero a la alcaldía y el segundo al concejo del municipio de Malambo - Atlántico.

Esta inhabilidad, está dirigida a conjurar el nepotismo político, evitando que se sigan sucediendo las dinastías electorales, donde miembros de una misma familia se valen del poder electoral de uno de sus parientes para conquistar los cargos de elección popular, lo que en verdad viene a quebrantar el principio de la igualdad que debe reinar en todo proceso electoral. El punto ya fue tratado por la Doctrina Constitucional, sentando al respecto la siguiente posición jurisprudencial:

"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”³

Sin embargo el propósito moralizador no debe impedir que se reconozcan y se exija la prueba de los elementos configuradores de la causal de inhabilidad, puesto que no queda a la voluntad del intérprete determinar cuándo se materializa. La causal en estudio es clara en exigir la concomitante inscripción de los candidatos - parientes “por el mismo partido o movimiento político”, para elecciones que deban surtirse en la misma fecha y en el mismo municipio o distrito; así, la depuración del nepotismo es, por ahora, exigible tan solo respecto de candidatos parientes que se postulen a unas mismas elecciones por idéntico partido o movimiento político, de modo que si éstos familiares se inscriben para aspirar a cargos o corporaciones públicas de elección popular militando en distintos partidos o movimientos políticos, la inhabilidad no tiene cabida, de seguro porque las ideologías políticas no van a ser afines, garantizando de alguna manera la imparcialidad en el manejo de los asuntos asignados a cada una de las entidades en que se sirva.

Pese a contar con la prueba del parentesco entre los hermanos tantas veces citados, la improsperidad del cargo surge del hecho de haberse inscrito con el aval de diferentes partidos o movimientos políticos; el señor ROBIN JAVIER HERNANDEZ CASADO se inscribió como candidato a la alcaldía de Malambo, período 2004 - 2007, con el aval del movimiento político Voluntad Popular⁴, en tanto que el señor DIOGENES JESUS HERNANDEZ CASADO se inscribió como candidato al concejo municipal de Malambo, período 2004 - 2007, con el aval del partido político Movimiento Nacional⁵. Así las cosas, al no haberse inscrito por el mismo partido o movimiento político, la inscripción y elección simultánea de éstos candidatos, no es constitutiva de la causal de inhabilidad en estudio, razón suficiente para afirmar la improsperidad del cargo.

4.2 De la violación restante

Por último, sostiene el demandante que el acto de elección del ciudadano DIOGENES HERNANDEZ CASADO como concejal del municipio de Malambo - Atlántico, período 2004 - 2007, está viciado de nulidad por haberse transgredido la siguiente disposición de la Ley 617 de 2000:

“ARTÍCULO 49.- Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales; y miembros de juntas administradoras locales distritales y municipales. (Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003). Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradores locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo ele (sic) afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

PARÁGRAFO 1º Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2º Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios”

El soporte fáctico de la supuesta violación del anterior precepto corresponde al mismo del cargo por inhabilidad estudiado anteriormente, esto es porque los hermanos ROBIN JAVIER HERNANDEZ CASADO y DIOGENES JESUS HERNANDEZ CASADO, participaron en la jornada electoral del 26 de octubre de 2003 llevada a cabo en el municipio de Malambo - Atlántico, resultando elegidos como alcalde y concejal respectivamente, cada uno por partido o movimiento político diferente.

Al primer golpe de vista se logra advertir que la acusación es por completo infundada. Una lectura detenida de la norma lleva a inferir que ella no regula lo relativo al supuesto fáctico de la acusación; aunque está dirigida a prohibir la reproducción del nepotismo a nivel territorial, no prohíbe la configuración de elecciones en los términos que expone el actor, su campo de acción lo conforman los nombramientos que, por ejemplo, se surten en las juntas o consejos directivos del nivel central o descentralizado, en los cargos de representación de las entidades públicas, la designación de funcionarios y la celebración de contratos, salvo los nombramientos que se hagan en carrera administrativa, puesto que en ellos no está permitido designar a los cónyuges o compañeros permanentes de las autoridades elegidas popularmente en el nivel territorial, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Queda demostrado con lo anterior, que no hay adecuación típica de los hechos de la demanda con los ingredientes normativos de la norma que se cita infringida, razón por la cual es dable afirmar que la vulneración señalada no se produjo. El cargo no prospera.

Al resultar imprósperos los cargos presentados con la demanda, la Sala arriba a la conclusión de que el fallo impugnado debe confirmarse, como en efecto así lo hará.

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,

FALLA

Primero. Confírmase la sentencia desestimatoria proferida el treinta y uno (31) de agosto de dos mil cinco (2005), por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso electoral promovido por el ciudadano ANTONIO FERNANDO GARCIA DEL CASTILLO.

Segundo. En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

REINALDO CHAVARRO BURITICA

Presidente

FILEMON JIMENEZ OCHOA

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

DARIO QUIÑONES PINILLA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 *Ver copia auténtica folios 18 y 19.*

2 *El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".*

3 *Corte Constitucional. Sentencia C-373 del 24 de agosto de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.*

4 *Ver copia auténtica de Acta de solicitud de inscripción y constancia de aceptación de candidatos o formulario E-6, visible a folio 397.*

5 *Ver copia auténtica de Acta de solicitud de inscripción y constancia de aceptación de candidatos o formulario E-6, visible a folio 398.*

Fecha y hora de creación: 2024-12-13 08:01:31