

NULIDAD ELECTORAL – Contra elección de concejal / CONCEJAL – Requisitos para acceder al cargo / NULIDAD ELECTORAL – La pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral no constituye un incumplimiento a los requisitos para acceder al cargo de concejal como tampoco comporta una inhabilidad

De acuerdo con los problemas jurídicos planteados se comenzará por estudiar si el literal c) del artículo 51 de la Ley 134 de 1996 consagra un requisito para acceder al cargo de concejal. (...). De acuerdo con esta norma [artículo 312 de la Carta Política], el legislador es el llamado a establecer las calidades que se requieren para ser concejal, así como las inhabilidades e incompatibilidades. (...). De conformidad con esta norma [artículo 42 de la Ley 136 de 1994], quien quiera aspirar al cargo de concejal, deberá acreditar los siguientes requisitos: (i) Ser ciudadano en ejercicio; (ii) Haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o área metropolitana durante los 6 meses anteriores a la fecha de inscripción o durante un período mínimo de 3 años consecutivos en cualquier época. Además de esas calidades, la persona que aspire a ser elegido concejal, no debe estar incurso en las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la ley. Preciso lo anterior, se tiene que en el caso concreto, el debate radica en determinar si además de esos dos requisitos o calidades que consagra el artículo 42 de la Ley 136 de 1994, también debe exigirse no estar impedido para el ejercicio del cargo, por pérdida de la capacidad laboral en más del 50% y tener una pensión de invalidez, de conformidad con el literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994. (...). Del texto de la norma [literal c del artículo 51 de la Ley 136 de 1994] se advierte, tal como lo dijo el Tribunal en primera instancia, que no consagra un requisito del cargo, sino que establece que la incapacidad física permanente deviene en una falta absoluta para quien ostente el cargo de concejal. En este punto se precisa que el medio de control de nulidad electoral, no es el medio adecuado para pretender que se declare la falta absoluta del cargo por una incapacidad física permanente y su consecuente retiro, puesto que tiene por objeto estudiar la legalidad del acto de elección. (...). Esta Corporación explicó que el literal c) del artículo 51 de la Ley 134 de 1996 no constituye una inhabilidad, puesto que la misma se genera cuando la persona se halla en estado de interdicción judicial, más no por tener reconocida una pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral. (...). Ahora, si bien en este caso no se alega que el demandado esté incurso en una inhabilidad, lo cierto es que tampoco se encuentra que el hecho de tener una pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral implica incumplimiento de los requisitos del cargo. En consonancia con lo anterior, en esta oportunidad esta Sala concluye que el literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994 además de no ser una inhabilidad, como ya se había dicho, tampoco contiene un requisito para acceder al cargo de concejal, y en consecuencia no le asiste razón al demandante en su recurso de apelación.

PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD – Puede ser candidato a cargos de elección popular siempre y cuando su condición no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD – Deber de garantizar sus derechos políticos

Resuelto lo anterior, en el recurso de apelación se solicitó conforme se había planteado también en la demanda, que se resuelva si el demandado estaba impedido para ser elegido concejal de Ibagué, por tener una pérdida de capacidad laboral de más del 50% y ser beneficiario de una pensión por invalidez. En este punto precisa la Sala, que si bien el apelante se refiere a un posible impedimento del demandado por su situación de invalidez, debe entenderse que hace referencia es a la aptitud del demandado para ser elegido concejal, y poder ejercer el cargo. Al respecto debe decirse, que si bien el estudio de la aptitud del demandado para el ejercicio del cargo, es un tema que corresponde resolver más a la jurisdicción laboral, por la trascendencia que dicho planteamiento puede tener en el derecho electoral y además por ser tema de gran relevancia para la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, que puede concretarse en el goce de los derechos políticos en igualdad de condiciones, así como en el acceso a los cargos de elección popular. (...). En primer lugar se hará referencia a lo establecido en la Ley 361 de 1997 que en su artículo tercero señaló que dicha normatividad busca la total integración de las personas en situación de discapacidad, y está inspirada en disposiciones como la Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas en el año 1948, la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental aprobada por la ONU el 20 de diciembre de 1971, la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación aprobada por la Resolución 3447 del 9 de diciembre de 1975, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, Unesco 1981, la Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983 y a la recomendación 168 de la OIT de 1983. (...). De acuerdo con esta disposición [artículo 26 de la Ley 361 de 1997], la discapacidad no se puede erigir como un motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos de que sea demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. (...). Según lo establecido en esta norma [artículo 33 de la Ley 361 de 1997], una persona que devengue una pensión por invalidez puede ingresar al servicio público, y no perderá tal derecho, siempre y cuando no implique doble asignación al tesoro público. (...). De acuerdo con el anterior recuento normativo, es claro que no existe una limitación para que una persona con alguna discapacidad pueda ser candidata en las elecciones para cargos de voto popular y ser elegida o ingresar al servicio público, siempre y cuando su condición de discapacidad no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1996 de 2019. En este contexto, se deben garantizar los derechos políticos de las personas con discapacidad, para lo cual la ley presume su capacidad legal, en aras de evitar tratos discriminatorios. Explicado lo anterior, se tiene que dentro del expediente no obra prueba que demuestre que la discapacidad que tiene el demandado era incompatible o insuperable para ser elegido concejal. (...). De acuerdo con lo anterior, es claro que si bien el demandado con ocasión de la pérdida de la capacidad laboral, se consideró no apto para actividades militares, lo cierto es que dada la evolución que tuvo pudo estudiar y desempeñarse como tecnólogo en rayos x. Así mismo obran certificaciones médicas que indican que el demandado no tiene limitaciones cognitivas o comportamentales que afecten el desempeño de sus actividades cotidianas, laborales o personales. Por lo expuesto y al no encontrar que el demandado incumplió con alguno de los requisitos, calidades o inhabilidades que se exigen

para aspirar al cargo de concejal, se confirmará la sentencia de primera instancia.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a un caso en el que se estudió si una persona estaba inhabilitada para ser concejal, por tener una pensión por invalidez, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez, radicación 08001-23-33-000-2015-00820-01.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 312 / CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD – ARTÍCULO 27 / CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD – ARTÍCULO 29 / LEY 134 DE 1996 – ARTÍCULO 51 LITERAL C / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 42 / LEY 1996 DE 2019 – ARTÍCULO 6 / LEY 361 DE 1997 – ARTÍCULO 3 / LEY 361 DE 1997 – ARTÍCULO 26 / LEY 361 DE 1997 – ARTÍCULO 33 / LEY ESTATUTARIA 1618 DE 2013 – ARTÍCULO 22

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 73001-23-33-000-2020-00004-01

Actor: ALFONSO LÓPEZ CEDEÑO

Demandado: LISANDRO TRUJILLO CENDALES – CONCEJAL DE IBAGUÉ

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 3 de agosto de 2020 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El señor Alfonso López Cedeño, solicitó que se declare nulo el acto administrativo de elección y de credencial contenido en el formulario E-27 del 4 de noviembre de 2019, proferido por la Comisión Escrutadora Municipal de Ibagué, por el cual se declaró electo al señor Lisandro Trujillo Cendales como concejal del municipio de Ibagué para el periodo 2020-2023.

2. Hechos

Relató que el señor Lisandro Trujillo Cendales fue elegido concejal del municipio de Ibagué por el movimiento político ADA para el periodo 2020-2023, y para esa fecha era pensionado por invalidez por parte del Ministerio de Defensa.

Sostuvo que por medio de Acta de Junta Médica Laboral de las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional – Dirección de Sanidad, se determinó una incapacidad laboral superior al 50%, por habersele encontrado lesiones o afecciones de carácter psicofísico que le disminuyeron su capacidad laboral y por la cual se le debió retirar del servicio activo.

Adujo que durante el año anterior a la Junta Médica Laboral de las Fuerzas Militares, el demandado fue valorado por psiquiatría por parte del Departamento de Sanidad del Ejército, por presentar diagnóstico de síndrome de estrés postraumático, trastorno mixto de ansiedad, exámenes que determinaron la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante afirmó que el artículo 51 de la Ley 136 de 1994 establece que es una falta absoluta de los concejales, entre otras, la incapacidad física permanente, de manera que si bien no hay una causal de inhabilidad, el demandado se encuentra impedido absolutamente para ser concejal de la ciudad de Ibagué.

Destacó que los funcionarios públicos, incluidos los miembros de las fuerzas militares, que pierdan la capacidad psicofísica para desempeñar alguna labor pública, mientras subsista esa pérdida de capacidad laboral, no podrán por ningún motivo desempeñar dentro del Estado otra función pública, que además implique tener el 100% de sus capacidades físicas y psíquicas para hacerlo.

Precisó que en este caso no se alega una causal de inhabilidad, sino que el demandado no reúne los requisitos del cargo al estar impedido físicamente para ser concejal, puesto que se viola el literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994.

4. Contestación de la Demanda

4.1 Registraduría Nacional del Estado Civil

Mediante apoderado, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que su labor en los comicios solo es logística, y no verifica ni inhabilidades ni incompatibilidades. Además, sostuvo que ninguno de los empleados de esa entidad interviene en el conteo de los votos.

4.2 Lisandro Trujillo Cendales

A través de apoderado contestó la demanda y solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Indicó que en efecto es pensionado por invalidez por parte del Ministerio de Defensa Nacional, al presentar una disminución de la capacidad laboral del 56.37% con ocasión de un evento de guerra, al caer en campo minado en la zona del Cañón las Hermosas, como soldado profesional.

A su vez, alegó que la pensión de invalidez fue reconocida por medio de la Resolución 1359 de 2017 confirmada por la Resolución 2492 de 2017.

Sostuvo que fue calificado no apto para el desarrollo de actividades militares, razón por la que no se recomendó la reubicación laboral.

Precisó que no es cierto que el demandado haya quedado con una incapacidad física permanente que le impida ocupar el cargo de concejal de Ibagué, pues para esas tareas su intelecto, razonabilidad y funcionalidad corporal le permiten ejercer esas actividades.

Señaló que en la demanda no se indica el requisito incumplido, sino que se anuncia el acaecimiento de una supuesta falta absoluta que es un evento jurídico diferente.

Expuso que las calidades o requisitos para ocupar el cargo de concejal fue dejado en manos del legislador, el cual expidió la Ley 136 de 1994, que establece que para resultar elegido concejal se debe cumplir con los siguientes requisitos: ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente del municipio al que aspira en los periodos establecidos.

Adujo que ostentar el 100% de la capacidad laboral y ocupacional o no poseer ninguna discapacidad física o psíquica, no se erigen como uno de los requisitos o calidades legales exigibles a quien se postule como concejal municipal, por lo que siempre que la persona que aspira ser elegida tenga

habilitados sus derechos y se considere ciudadano en ejercicio, podrá ocupar esa dignidad.

Mencionó que de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 361 de 1997 no existe límite de vinculación laboral para las personas que se hayan pensionado por invalidez, sino que por el contrario se garantiza su ingreso al servicio público y privado, incluso sin perder su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.

Recalcó que disfrutar de una pensión de invalidez no genera causal de inhabilidad.

De otra parte, sostuvo que devengar una asignación económica como concejal, no implica incompatibilidad con el disfrute de mesadas pensionales.

Finalmente, dijo que el actual estado de salud del demandado es compatible con las funciones que debe desarrollar como concejal, puesto que su pérdida de capacidad laboral se dictaminó en comparación con las labores asignadas como soldado profesional, resultando con concepto de no apto para el desarrollo de actividades militares. Sostuvo que como lo prueba la historia clínica aportada, el demandado no sufre de afectaciones en su razón o psiquis que le impidan desempeñarse como concejal.

Explicó que con ocasión del accidente sufrido, tuvo fractura de tibia y peroné izquierdo y de maxilar superior con pérdida de piezas dentales, trauma craneoencefálico leve, heridas múltiples por arma de fragmentación y afectación psicológica catalogada como estrés postraumático, la cual se asociaba con depresión y pesadillas, lo que es normal después de haber caído en un campo minado.

Propuso las excepciones de cumplimiento de todos los requisitos y calidades por parte del demandado para ocupar el cargo de concejal del municipio de Ibagué.

5. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia del 3 de agosto de 2020, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda.

Explicó que el hecho de que el demandado ostente una pensión de invalidez, no constituye per se un incumplimiento o violación a las calidades y requisitos exigidos por el legislador para ser inscrito o electo concejal.

Indicó que el demandante no alega una causal de inhabilidad de las contempladas en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo

40 de la Ley 617 de 2000, sino un supuesto impedimento físico amoldado al literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994, que establece las faltas absolutas de los concejales, para concluir que el elegido no reúne las calidades y requisitos legales.

Precisó que las calidades son condiciones o requisitos que deben reunir quienes aspiren, para poder ser elegidos en un cargo o corporación pública, pues de su cumplimiento depende el surgimiento del derecho, como la edad, la nacionalidad, la residencia, la profesión, entre otras.

Explicó que el artículo 312 de la Constitución, establece que la ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales. Por su parte en la Ley 136 de 1994 en el artículo 42 se estableció que para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio, y haber nacido o ser residente del respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante los 6 meses anteriores a la fecha de la inscripción, o durante un periodo mínimo de tres años consecutivos en cualquier época.

Reiteró que el requisito de ostentar el 100% de la capacidad laboral o incluso, de no poseer ninguna discapacidad física o psíquica no fue instituido ni por el legislador ni mucho menos por el Constituyente, como uno de los requisitos o calidades exigibles para quien se postule como concejal.

Concluyó que en el medio de control de nulidad electoral se examina y se juzga la legalidad de la elección, y que en este caso el no poseer ninguna discapacidad o tener el 100% de la capacidad laboral o no ser beneficiario de una pensión de invalidez, no son requisitos o calidades exigidas por la Constitución o la ley para ser electo concejal, y por ende la demanda de nulidad electoral no tiene vocación de prosperidad.

6. La impugnación

Actuando por medio de apoderada, el demandante, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia.

Explicó que está probado dentro del proceso que el señor Lisandro Trujillo fue electo y posesionado concejal del municipio de Ibagué para el periodo 2020-2023.

Destacó que también está probado que el demandado es pensionado por las Fuerzas Militares de Colombia, por presentar una disminución en su capacidad laboral del 56.37%, y que esa incapacidad proviene fundamentalmente de una enfermedad psiquiátrica crónica, que le impidió ser reubicado dentro del servicio

activo del Ejército Nacional, y por lo tanto cuenta con derecho a pensión de invalidez por parte del Ministerio de Defensa.

Señaló que el demandado no puede volver al servicio activo del Estado Colombiano, ni desempeñar ninguna labor remunerada con el Estado, en ningún cargo o servicio público.

Manifestó que el demandado no tiene ni la capacidad física ni legal para ejercer el cargo de concejal.

Adujo que el artículo 51 de la Ley 136 de 1994 establece que es una falta absoluta, la incapacidad física permanente, por lo que si bien puede no encontrarse en una causal de inhabilidad, sí se encuentra impedido absolutamente para ser concejal de la ciudad de Ibagué.

Reiteró que el demandado al estar impedido físicamente para ser concejal, no reúne las calidades o los requisitos legales para ser concejal, ya que su incapacidad física viola lo determinado en el artículo 51 literal c) de la Ley 136 de 1994.

Sostuvo que debe determinarse si cuando se habla de requisitos y calidades, solo se hace énfasis en la edad o en el hecho de haber nacido en el respectivo municipio donde se produce la elección, o si también cuenta el hecho de estar o no impedido por una causal determinada en la ley y soportado en unas pruebas.

7. Actuación procesal en esta instancia

Mediante auto del 28 de agosto de 2020 el Tribunal Administrativo del Tolima concedió el recurso de apelación.

A través de auto del 17 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

8. Alegatos de conclusión

8.1. Parte demandante

No presentó alegatos de conclusión.

8.2. Parte demandada

No presentó alegatos de conclusión.

8.3 Registraduría Nacional del Estado Civil

Reiteró que esa entidad se debe desvincular por su falta de legitimación en la causa por pasiva¹.

9. Concepto del Ministerio Público

La procuradora séptima delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en los siguientes términos:

Sostuvo que desde la demanda se advirtió que la pensión de invalidez por incapacidad laboral superior al 50%, reconocida al demandado, es una circunstancia que genera una falta absoluta por incapacidad física permanente, y por tanto el demandado se encuentra impedido absolutamente para ser concejal.

Indicó que el medio de control de nulidad electoral no es el mecanismo mediante el cual puede exigirse la declaratoria de falta absoluta por incapacidad física permanente, ni el retiro por esa circunstancia.

De otra parte, explicó que el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015 establece que la persona mayor de 70 años o retirada con pensión de vejez no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar los cargos enlistados, dentro de los que están los de elección popular.

Indicó que el artículo 33 de la Ley 361 de 1997 dispone que es posible que quien goce de pensión por invalidez por encontrarse en situación de discapacidad, pueda ingresar al servicio público, siempre que no implique el desconocimiento a la prohibición constitucional de doble asignación.

Argumentó que le corresponderá al demandante, en un proceso diferente a la nulidad electoral, demostrar que el demandado en razón de su invalidez, está impedido para desempeñar el cargo público.

En cuanto al desconocimiento del artículo 128 de la Constitución, concluyó que la Sección Quinta sostuvo que dicha afirmación es irrelevante desde el punto de vista electoral, puesto que no es una inhabilidad, y si bien puede tener consecuencias desde el punto de vista disciplinario, no las tiene en el electoral.

Adujo que en este caso está probado que el demandado por medio de la Resolución 1359 de 2017 tiene una pensión de invalidez, por haber sido soldado profesional del ejército Nacional y tener una disminución de su capacidad laboral de 56.37%; mencionó el Convenio 159 de la OIT que establece que en ningún

¹ Esta excepción quedó resuelta en la audiencia inicial que se llevó a cabo el 9 de marzo de 2020, en donde no se declaró probada. Esta decisión que no fue recurrida.

caso la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o mentales podrán ser impedimento para ingresar al servicio público o privado, y por tanto considera que la pensión por invalidez no es impedimento para que acceda al cargo de concejal.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 3 de agosto de 2020 dentro del presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150 y 152.8 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo² y el artículo 13 del acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación³.

2. Problema jurídico

De lo planteado en el recurso de apelación, le corresponde a esta Corporación resolver, si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, habrá de establecerse si: (i) el literal c) del artículo 51 de la Ley 134 de 1996 consagra un requisito para acceder al cargo de concejal y (ii) si el demandado estaba apto para ser elegido concejal de Ibagué, por tener una pérdida de capacidad laboral de más del 50% y ser beneficiario de una pensión por invalidez.

4. Análisis de los argumentos de la apelación

² **Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia.** “El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos...”

³ Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003)

Artículo 13.- “DISTRIBUCIÓN DE LOS NEGOCIOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

Sección Quinta:

(...)

3-. Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos”.

(i) De acuerdo con los problemas jurídicos planteados se comenzará por estudiar si el literal c) del artículo 51 de la Ley 134 de 1996 consagra un requisito para acceder al cargo de concejal.

Para resolver este asunto se tiene que el artículo 312 de la Constitución dispone:

*En cada municipio habrá una corporación administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de siete, ni más de veintiún miembros según lo determine la ley, de acuerdo con la población respectiva. **La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales** y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones. Su aceptación de cualquier empleo público, constituye falta absoluta.* (Negrillas fuera del texto original)

De acuerdo con esta norma, el legislador es el llamado a establecer las calidades que se requieren para ser concejal, así como las inhabilidades e incompatibilidades. En cumplimiento de esta disposición, el artículo 42 de la Ley 136 de 1994 se señaló:

CALIDADES. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente del respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

De conformidad con esta norma, quien quiera aspirar al cargo de concejal, deberá acreditar los siguientes requisitos:

- Ser ciudadano en ejercicio
- Haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o área metropolitana durante los 6 meses anteriores a la fecha de inscripción o durante un período mínimo de 3 años consecutivos en cualquier época.

Además de esas calidades, la persona que aspire a ser elegido concejal, no debe estar incurso en las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la ley.

Precisado lo anterior, se tiene que en el caso concreto, el debate radica en determinar si además de esos dos requisitos o calidades que consagra el artículo

42 de la Ley 136 de 1994, también debe exigirse no estar impedido para el ejercicio del cargo, por pérdida de la capacidad laboral en más del 50% y tener una pensión de invalidez, de conformidad con el literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994.

Para resolver se tiene que dicha norma consagra:

*Artículo 51. **FALTAS ABSOLUTAS.** Son faltas absolutas de los concejales:*

a) La muerte;

b) La renuncia aceptada.

c) La incapacidad física permanente;

d) La aceptación o desempeño de cualquier cargo o empleo público, de conformidad con lo previsto en el artículo 291 de la Constitución Política;

e) La declaratoria de nulidad de la elección como concejal;

f) La destitución del ejercicio del cargo, a solicitud de la Procuraduría General de la Nación como resultado de un proceso disciplinario;

g) La interdicción judicial;

h) La condena a pena privativa de la libertad. (Negrillas fuera del texto original)

Del texto de la norma se advierte, tal como lo dijo el Tribunal en primera instancia, que no consagra un requisito del cargo, sino que establece que la incapacidad física permanente deviene en una falta absoluta para quien ostente el cargo de concejal

En este punto se precisa que el medio de control de nulidad electoral, no es el medio adecuado para pretender que se declare la falta absoluta del cargo por una incapacidad física permanente y su consecuente retiro, puesto que tiene por objeto estudiar la legalidad del acto de elección.

Lo anterior va en consonancia con lo dicho por esta Corporación, en una oportunidad anterior, al estudiar si una persona estaba inhabilitada para ser concejal, por tener una pensión por invalidez. En ese caso esta Corporación sostuvo:

*“(...) Pues bien, en criterio del apelante, el señor **RAFAEL ELOY OROZCO TORRES** se encontraba inhabilitado, de acuerdo con la causal contenida en el artículo 51.c de la Ley 136 de 1994, para ser concejal, en la medida en que actualmente y desde 1983 percibe una pensión de invalidez, que le fue reconocida en razón de una pérdida de capacidad laboral de 66% atribuida a esquizofrenia.*

Sea lo primero destacar, entonces, que la mencionada norma es del siguiente tenor: (...)

Al respecto, conviene decir que la precitada norma no responde a la

estructura de una inhabilidad, las cuales han sido definidas por esta Sala como "... circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan a una persona acceder a un cargo público"⁴; y que para el caso de los concejales, se encuentran consagradas expresamente en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 (...)

*Nótese que entre la causal primera de estas dos últimas disposiciones y los supuestos de hecho alegados por el libelista existe una relativa aproximación. Sin embargo, esta no resulta suficiente para que en el plano jurídico se pueda enervar la presunción de legalidad que reviste al acto de elección enjuiciado, habida cuenta que dichas inhabilidades tienen como punto de partida la **interdicción**, que debe ser declarada judicialmente, lo cual dista enormemente de lo planteado por la parte actora, que, realmente, cuestiona una incapacidad total derivada de un reconocimiento pensional en favor del demandado, que deviene de un acto administrativo expedido en 1983."⁵*

Esta Corporación explicó que el literal c) del artículo 51 de la Ley 134 de 1996 no constituye una inhabilidad, puesto que la misma se genera cuando la persona se halla en estado de interdicción judicial, más no por tener reconocida una pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral.

Frente a este punto, se hace una precisión consistente en que para la fecha en la que se profirió esta sentencia, no se había expedido la Ley 1996 de 2019, en la que se estableció el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, que en el artículo 6 establece que todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, y en su parágrafo señaló que el reconocimiento de la capacidad legal plena previsto en el presente artículo aplicará, **para las personas bajo medidas de interdicción o inhabilitación anteriores a la promulgación de la presente ley, una vez se hayan surtido los trámites señalados en el artículo 56 de la misma.**

Ahora, si bien en este caso no se alega que el demandado esté incurso en una inhabilidad, lo cierto es que tampoco se encuentra que el hecho de tener una pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral implica incumplimiento de los requisitos del cargo.

En consonancia con lo anterior, en esta oportunidad esta Sala concluye que el literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994 además de no ser una inhabilidad,

⁴ C.P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 50001-23-31-000-2012-00087-02, demandado: CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO DE VICHADA.

⁵ Sección Quinta del Consejo de Estado. Sentencia del 15 de diciembre de 2016. Expediente 08001-23-33-000-2015-00820-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez

como ya se había dicho, tampoco contiene un requisito para acceder al cargo de concejal, y en consecuencia no le asiste razón al demandante en su recurso de apelación.

(ii) Resuelto lo anterior, en el recurso de apelación se solicitó conforme se había planteado también en la demanda, que se resuelva si el demandado estaba impedido para ser elegido concejal de Ibagué, por tener una pérdida de capacidad laboral de más del 50% y ser beneficiario de una pensión por invalidez.

En este punto precisa la Sala, que si bien el apelante se refiere a un posible impedimento del demandado por su situación de invalidez, debe entenderse que hace referencia es a la aptitud del demandado para ser elegido concejal, y poder ejercer el cargo. Al respecto debe decirse, que si bien el estudio de la aptitud del demandado para el ejercicio del cargo, es un tema que corresponde resolver más a la jurisdicción laboral, por la trascendencia que dicho planteamiento puede tener en el derecho electoral y además por ser tema de gran relevancia para la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, que puede concretarse en el goce de los derechos políticos en igualdad de condiciones, así como en el acceso a los cargos de elección popular, se procede a hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar se hará referencia a lo establecido en la Ley 361 de 1997 que en su artículo tercero señaló que dicha normatividad busca la total integración de las personas en situación de discapacidad, y está inspirada en disposiciones como la Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas en el año 1948, la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental aprobada por la ONU el 20 de diciembre de 1971, la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación aprobada por la Resolución 3447 del 9 de diciembre de 1975, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, Unesco 1981, la Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983 y a la recomendación 168 de la OIT de 1983.

En el artículo 26 de esta ley se dispuso:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de

su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina del Trabajo. (...) (Negrillas fuera del texto original)

De acuerdo con esta disposición, la discapacidad no se puede erigir como un motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos de que sea demostrada como **incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar**.

A su vez en el artículo 33 de esa misma ley se señala:

El ingreso al servicio público o privado de una persona en situación de discapacidad que se encuentre pensionada, no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.

Según lo establecido en esta norma, una persona que devengue una pensión por invalidez puede ingresar al servicio público, y no perderá tal derecho, siempre y cuando no implique doble asignación al tesoro público.

Más adelante se profirió la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y aprobada por Colombia por medio de la Ley 1346 del 31 de julio de 2009.

En el artículo 27, la Convención establece:

Trabajo y empleo

1. Los Estados Partes **reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás**; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. **Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo**, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a

igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

(Negrillas fuera del texto original)

De igual forma, en el artículo 29 señala:

Participación en la vida política y pública

Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante: i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, **y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos**

y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar;

b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas: i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos; ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones. (Negrillas fuera del texto original)

De acuerdo con lo establecido en esta Convención, los Estados parte deben:

- Reconocer el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás.
- Garantizar a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás.
- Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás.
- Garantizar que las personas con discapacidad puedan presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública en todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda.

Con posterioridad a la Convención y a la Ley 1346 de 2009, se expidió la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, que en su artículo 22 dispuso:

“PARTICIPACIÓN EN LA VIDA POLÍTICA Y PÚBLICA. La participación en la gestión administrativa se ejercerá por las personas con discapacidad y por sus organizaciones en los términos de la

*Constitución Política, la Ley 134 de 1994 y demás normas que desarrolla el inciso segundo del artículo 103 de la Constitución Política, y **los artículos 29 y 33, entre otros, de la Ley 1346 de 2009.** Para el efecto, el Ministerio del Interior deberá dictar medidas que establezcan los requisitos que deban cumplirse para la creación y funcionamiento de las Organizaciones de personas con discapacidad que representen a las personas con discapacidad ante las instancias locales, nacionales e internacionales, así como las medidas que deben adoptarse para su fortalecimiento y el aseguramiento de su sostenibilidad y de la garantía de su participación plena y efectiva en la adopción de todas las decisiones que los afectan.*

Las alcaldías municipales y locales deberán implementar programas especiales de promoción de acciones comunitarias, servicios de apoyo de la comunidad y de asistencia domiciliaria y residencial, que faciliten la integración, relación y participación de las personas con discapacidad con los demás ciudadanos, incluida la asistencia personal para facilitar la vida digna, evitando el aislamiento, garantizando el acceso y la participación según sus necesidades. (Negrillas fuera del texto original)

Finalmente, la Ley 1996 de 2019 estableció la presunción de capacidad para las personas con discapacidad mayores de edad, en los siguientes términos:

Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.

PARÁGRAFO. El reconocimiento de la capacidad legal plena previsto en el presente artículo aplicará, para las personas bajo medidas de interdicción o inhabilitación anteriores a la promulgación de la presente ley, una vez se hayan surtido los trámites señalados en el artículo 56 de la misma.

De acuerdo con el anterior recuento normativo, es claro que no existe una limitación para que una persona con alguna discapacidad pueda ser candidata en las elecciones para cargos de voto popular y ser elegida o ingresar al servicio público, siempre y cuando su condición de discapacidad no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos, de

conformidad con lo establecido en la Ley 1996 de 2019.

En este contexto, se deben garantizar los derechos políticos de las personas con discapacidad, para lo cual la ley presume su capacidad legal⁶, en aras de evitar tratos discriminatorios.

Explicado lo anterior, se tiene que dentro del expediente no obra prueba que demuestre que la discapacidad que tiene el demandado era incompatible o insuperable para ser elegido concejal, puesto que obran los siguientes documentos:

- Acta de Junta Médica Laboral del 3 de agosto de 2017, en donde se indica:

*“IV. CONCEPTO DE LOS ESPECIALISTAS
(AFECCIÓN POR EVALUAR – DIAGNÓSTICO – ETIOLOGÍA –
TRATAMIENTOS – VERIFICADOS – ESTADO ACTUAL –
PRONÓSTICO – FIRMA MÉDICO)*

Fecha: 01/03/2017 PSIQUIATRIA (COMITÉ BASAN)

*PACIENTE HERIDO CON CAMPO MINADO EN EL 2011
FRACTURAS DE PIEZAS DENTALES DEL MAXILOFACIAL SEGÚN
EL PACIENTE HA SIDO VISTO EN EL FEDERICO LLERAS NO
TRAE HISTORIA TRAE HISTORIA DE IBAGUÉ DESDE EL 14 DE
JUNIO DE 2016 CON UNA IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA
TRASTORNO DEPRESIVO Y ESTÁ CON MEDICACIÓN. ESTUVO
EN CONTROL CON PSIQUIATRÍA Y LE COLOCARON
DIAGNÓSTICO DE TRASTORNO DE ANSIEDAD Y ESTRÉS
POSTRAUMÁTICO CON MEDICACIÓN SIGNOS Y SÍNTOMAS: VER
ITEM UNO DE ETIOLOGÍA: MULTICAUSAL. ESTADO ACTUAL:
ORIENTACIÓN ADECUADA EN TIEMPO, ESPACIO, PERSONA
EFECTO MODULADO, PENSAMIENTO LÓGICO, IDEAS DE
MUERTE Y/O SUICIDIO EN EL MOMENTO SIN ACTIVIDAD
ALUCINANTE NI DELIRANTE EN EL MOMENTO. DIAGNÓSTICO:
TRASTORNO DE ANSIEDAD. PRONÓSTICO: ASINTOMÁTICO. (...)*

V. SITUACIÓN ACTUAL

(...)

B. EXAMEN FÍSICO

*BUEN ESTADO GENERAL. ESPASMO MUSCULAR A NIVEL
DORSOLUMBAR PARAVERTEBRAL, NO SIGNOS DE RADIOPATÍA
MIEMBROS INFERIORES, ALERTA, ORIENTADO,
COLABORADOR, ADECUADO PORTE Y ACTITUD.*

⁶ La capacidad legal de una persona, según el artículo 1502 del Código Civil, consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o autorización de otra.

VI. CONCLUSIONES

(...)

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio.

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

NO APTO – PARA ACTIVIDAD MILITAR NO APLICA REUBICACIÓN LABORAL POR TRATARSE DE UN RETIRO.”

- Copia de la Resolución 1359 del 4 de abril de 2017 del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual por invalidez a favor del demandado.

- Copia de la Resolución 2492 del 29 de junio de 2017 del Ministerio de Defensa por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1359 de 2017, en el sentido de confirmarla en su integridad.

- Copia de una valoración ambulatoria realizada el 20 de febrero de 2020 de la Dirección General de Sanidad del Comando General de las Fuerzas Militares del Ministerio de Defensa Nacional, en donde se informó que el demandado es un *“paciente con referencia de requerimiento de intervención por parte de salud mental hace 9 años, dentro de cuadro clínico de características afectivas reactivas a evento traumático laboral, que evolucionó de manera favorable con remisión completa sintomática lo cual queda en evidencia en el desempeño de actividades laborales y académicas que llevó a cabo sin ninguna limitación. **Por todo lo anterior, se considera en el momento paciente sin limitaciones cognitivas o comportamentales que afecten el desempeño de sus actividades cotidianas, laborales o personales**”*. (Negrillas fuera del texto original)

- Copia de una certificación expedida el 16 de junio de 2016 en la que el Teniente Coronel Director el Establecimiento de Sanidad Militar 5175 Sexta Brigada menciona que el señor Lisandro Trujillo Cendales labora en su especialidad de tecnólogo en Rayos X en la Oficina de Imágenes Diagnósticas.

De acuerdo con lo anterior, es claro que si bien el demandado con ocasión de la pérdida de la capacidad laboral, se consideró no apto para actividades militares, lo cierto es que dada la evolución que tuvo pudo estudiar y desempeñarse como tecnólogo en rayos x.

Así mismo obran certificaciones médicas que indican que el demandado no tiene limitaciones cognitivas o comportamentales que afecten el desempeño de sus actividades cotidianas, laborales o personales.

Por lo expuesto y al no encontrar que el demandado incumplió con alguno de los requisitos, calidades o inhabilidades que se exigen para aspirar al cargo de concejal, se confirmará la sentencia de primera instancia.

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia del tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO: En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrada

(Aclara voto)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

(Aclara voto)

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”

NULIDAD ELECTORAL – La sentencia aceptó como causal de anulación que la situación de discapacidad de la persona designada sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD – Gozan de presunción de capacidad / NULIDAD ELECTORAL – El análisis de la capacidad física y mental de la persona designada para desempeñar las funciones del empleo es un asunto ajeno al ámbito electoral que corresponde al ámbito laboral

Aunque comparto los argumentos por los cuales se confirmó la negativa de las pretensiones de la demanda, en la medida en que la norma invocada como desconocida no contiene alguno de los requisitos, calidades o inhabilidades atinentes al cargo de concejal y que como lo ha precisado esta Corporación, el hecho de contar con una pensión de invalidez no constituye una circunstancia que vicie de ilegalidad la designación, no comparto las razones que expuso la sentencia para justificar que constituye una causal de nulidad en materia electoral, que el elegido padezca de una discapacidad “incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos”. En efecto, el fallo respecto del cual aclaro mi voto, luego de descartar la presunta vulneración del literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994, plantea como asunto a resolver “si el demandado estaba apto para ser elegido concejal de Ibagué, por tener una pérdida de capacidad laboral de más del 50% y ser beneficiario de una pensión por invalidez”. Para resolver el problema antes señalado, a partir del análisis de varios preceptos de orden interno e internacional, se propone como parámetro para revisar la validez de una designación, verificar que la condición de discapacidad de una persona “no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos”, lo que implica desvirtuar la presunción de capacidad, que también se predica de quienes tienen tal condición. (...). [A] mi juicio se terminó aceptando como un asunto susceptible de ventilarse en sede de nulidad electoral, inclusive, como causal de anulación de las elecciones, nombramiento y llamamientos, que la situación de discapacidad de la persona designada sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo, regla que no advierto esté contenida o se desprenda de las normas especiales en materia electoral, relativas a los requisitos, calidades e inhabilidades. Ahora bien, el fallo infiere tal requisito y/o causal de nulidad electoral, de las normas de orden nacional e internacional que cita, que revisadas con detenimiento, sin duda alguna consagran varios derechos de las personas con discapacidad, tales como la presunción de capacidad, la prohibición de discriminación, la participación plena y efectiva en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, a presentarse efectivamente como candidatos en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, entre otros. No obstante lo anterior, de los instrumentos analizados por la Sala, que insisto, contienen derechos para las personas con discapacidad, y por ende, valiosas herramientas que pueden invocar ante un tratamiento discriminatorio o para reclamar una acción afirmativa, no advierto que se desprenda la existencia de un requisito en materia electoral, consistente en no padecer de una condición de discapacidad incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos. Hago esta precisión, porque el hecho de

predicar el anterior requisito para acceder a los cargos públicos, como lo hace el fallo, conlleva a que la ciudadanía está legitimada para cuestionar la legalidad de una elección sobre la base de la “falta de capacidad” o “aptitud” física o mental del elegido, y a su vez, que las autoridades electorales son competentes en sede administrativa y judicial para revisar dicha situación de cara a la validez de la designación, nombramiento o llamamiento, aunque reitero, la normas especiales, de naturaleza electoral, no contemplan esta condición para ser designado, y los preceptos analizados por el proyecto tampoco, en tanto reivindicar los derechos de las personas con discapacidad, más no establecen condiciones o mecanismos de control cuando aspiran a acceder a un cargo. Dicho de otro modo, no considero acertado que de normas que buscan la protección de los derechos de las personas con discapacidad, entre los que se destacan su vinculación al mundo laboral y el ejercicio pleno de los derechos políticos, se infiera un requisito para ser elegido, y aún más, una causal de nulidad electoral, aunque las normas relativas a requisitos, calidades, inhabilidades y causales de anulación no establecen tal condición o situación de inelegibilidad. Es más, al inferirse el mentado requisito o causal de nulidad, eventualmente puede propiciarse que en lugar de propender por la presunción de capacidad de las personas con discapacidad, se avale que las elecciones o nombramientos de éstas puedan ser cuestionados bajo el entendido que no reúnen las condiciones de salud mínimas para ejercer el cargo directamente o por medio de apoyos. (...). Aunado a lo expuesto, vale la pena destacar, que las consideraciones que efectúa la sentencia frente al segundo problema jurídico planteado, relativo a la “aptitud para ser elegido”, finalmente conllevan a un análisis de la capacidad física y mental de la persona designada para desempeñar las funciones del empleo, asunto que considero corresponde al ámbito laboral, en el que se analizan problemáticas como la ventilada en esta oportunidad, y por ende, en el que resulta pertinente definir si una persona puede o no ser desvinculada del cargo en razón a su discapacidad. (...). Es más, al asumir que en el ámbito electoral es posible abordar un asunto de carácter laboral, como la capacidad física y mental para desempeñar las funciones de un empleo, podría generar que respecto del estado de salud de las personas elegidas, nombradas o llamadas a ocupar un cargo en específico, existan decisiones contradictorias, dada la posibilidad de estudiar dicha situación en los referidos ámbitos, en detrimento de principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 73001-23-33-000-2020-00004-01

Actor: ALFONSO LÓPEZ CEDEÑO

Demandado: LISANDRO TRUJILLO CENDALES – CONCEJAL DE IBAGUÉ

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Ausencia de fundamento normativo para considerar la falta de “aptitud” física o mental como causal de nulidad electoral

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011⁷ y con el acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la Sala, procedo a aclarar mi voto frente a la providencia del 22 de octubre de 2020, en la que se resolvió el recurso de apelación, interpuesto contra el fallo de 3 de agosto de 2020 del Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Lisandro Trujillo Cendales como concejal del municipio de Ibagué, para el período 2020-2023, porque presuntamente su designación resultaba contraria a lo previsto en el literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994, que establece que es una falta absoluta de los concejales, la incapacidad física permanente, situación en la que la parte actora consideró se encontraba el demandado, debido a que para el momento de elección había perdido más del 50% de su capacidad laboral, lo que le mereció, incluso, el reconocimiento de una pensión de invalidez.

2. Aunque comparto los argumentos por los cuales se confirmó la negativa de las pretensiones de la demanda, en la medida en que la norma invocada como desconocida no contiene alguno de los requisitos, calidades o inhabilidades atinentes al cargo de concejal y que como lo ha precisado esta Corporación, el hecho de contar con una pensión de invalidez no constituye una circunstancia que vicie de ilegalidad la designación, no comparto las razones que expuso la sentencia para justificar que constituye una causal de nulidad en materia electoral, que el elegido padezca de una discapacidad “*incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos*”.

3. En efecto, el fallo respecto del cual aclaro mi voto, luego de descartar la presunta vulneración del literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994, plantea como asunto a resolver “*si el demandado **estaba apto para ser elegido concejal de Ibagué**, por tener una pérdida de capacidad laboral de más del 50% y ser beneficiario de una pensión por invalidez*”.

⁷ “Artículo 129. **Firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto.** Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.

Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho”.

4. Para resolver el problema antes señalado, a partir del análisis de varios preceptos de orden interno e internacional⁸, **se propone como parámetro para revisar la validez de una designación**, verificar que la condición de discapacidad de una persona “no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos”, lo que implica desvirtuar la presunción de capacidad, que también se predica de quienes tienen tal condición. Sobre el particular expresamente se indica:

*“De acuerdo con el anterior recuento normativo, es claro que no existe una limitación para que una persona con alguna discapacidad pueda ser candidata en las elecciones para cargos de voto popular y ser elegida o ingresar al servicio público, **siempre y cuando su condición de discapacidad no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos**, de conformidad con lo establecido en la Ley 1996 de 2019”.*

5. Con la anterior tesis y las consideraciones que le preceden, a mi juicio se terminó aceptando como un asunto susceptible de ventilarse en sede de nulidad electoral, inclusive, como causal de anulación de las elecciones, nombramiento y llamamientos, que la situación de discapacidad de la persona designada sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo, regla que no advierto esté contenida o se desprenda **de las normas especiales en materia electoral**, relativas a los requisitos, calidades e inhabilidades.

6. Ahora bien, el fallo infiere tal requisito y/o causal de nulidad electoral, de las normas de orden nacional e internacional que cita, que revisadas con detenimiento, sin duda alguna consagran varios derechos de las personas con discapacidad, tales como la presunción de capacidad, la prohibición de discriminación, la participación plena y efectiva en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, a presentarse efectivamente como candidatos en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, entre otros.

7. No obstante lo anterior, de los instrumentos analizados por la Sala, que insisto, contienen **derechos para las personas con discapacidad**, y por ende, valiosas herramientas que pueden invocar ante un tratamiento discriminatorio o para reclamar una acción afirmativa, no advierto que se desprenda la existencia de un **requisito en materia electoral**, consistente en no padecer de una condición de discapacidad incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos.

8. Hago esta precisión, porque el hecho de predicar el anterior requisito para acceder a los cargos públicos, como lo hace el fallo, conlleva a que la ciudadanía está legitimada para cuestionar la legalidad de una elección sobre la base de la “falta de capacidad” o “aptitud” física o mental del elegido, y a su vez, que las autoridades electorales son competentes en sede administrativa y judicial para revisar dicha situación de cara a la validez de la designación, nombramiento o llamamiento, aunque reitero, la normas especiales, de naturaleza electoral, no contemplan esta condición para ser designado, y los preceptos analizados por el

⁸La Ley 361 de 1997 (art. 26, 33), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Colombia por medio de la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013 y la Ley 1996 de 2019

proyecto tampoco, en tanto reivindican los derechos de las personas con discapacidad, más no establecen condiciones o mecanismos de control cuando aspiran a acceder a un cargo.

9. Dicho de otro modo, no considero acertado que de normas que buscan la protección de los derechos de las personas con discapacidad, entre los que se destacan su vinculación al mundo laboral y el ejercicio pleno de los derechos políticos, se infiera un requisito para ser elegido, y aún más, una causal de nulidad electoral, aunque las normas relativas a requisitos, calidades, inhabilidades y causales de anulación no establecen tal condición o situación de inelegibilidad.

10. Es más, al inferirse el mentado requisito o causal de nulidad, eventualmente puede propiciarse que en lugar de propender por la presunción de capacidad de las personas con discapacidad, se avale que las elecciones o nombramientos de éstas puedan ser cuestionados bajo el entendido que no reúnen las condiciones de salud mínimas para ejercer el cargo directamente o por medio de apoyos.

11. En ese orden ideas, pese a que las limitaciones y requisitos para acceder a los cargos públicos de elección popular están reservadas al legislador (comoquiera que implican restricciones al ejercicio derechos políticos), que no ha previsto la existencia de la “aptitud” física o mental, por vía jurisprudencial con la providencia respecto de la cual aclaro mi voto se abre tal posibilidad, frente a la cual tendrán que precisarse los elementos de dicha condición, verbigracia, el factor temporal, esto es, si la referida aptitud debe verificarse al momento de la inscripción de la candidatura o de la elección, entre otros aspectos que no se abordan con suficiencia en esta oportunidad.

12. Aunado a lo expuesto, vale la pena destacar, que las consideraciones que efectúa la sentencia frente al segundo problema jurídico planteado, relativo a la “*aptitud para ser elegido*”, finalmente conllevan a un análisis de la capacidad física y mental de la personas designada para desempeñar las funciones del empleo, asunto que considero corresponde al ámbito laboral, en el que se analizan problemáticas como la ventilada en esta oportunidad, y por ende, en el que resulta pertinente definir si una persona puede o no ser desvinculada del cargo en razón a su discapacidad, insisto, sin que observe a partir de las normas especiales, que las controversias relativas a la capacidad de trabajo de una persona también están llamadas a analizarse a través del medio de control de nulidad electoral.

13. Es más, al asumir que en el ámbito electoral es posible abordar un asunto de carácter laboral, como la capacidad física y mental para desempeñar las funciones de un empleo, podría generar que respecto del estado de salud de las personas elegidas, nombradas o llamadas a ocupar un cargo en específico, existan decisiones contradictorias, dada la posibilidad de estudiar dicha situación en los referidos ámbitos, en detrimento de principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima.

14. Inclusive, el mismo fallo en los siguientes términos reconoce que las controversias relativas a la aptitud de las personas con discapacidad para

desempeñar un empleo es una cuestión laboral, pero a la vez, sin invocar con claridad el fundamento normativo para considerar que existe una causal de nulidad relacionada con la falta de capacidad física o mental de una persona, indica que tal asunto también puede ventilarse ante las autoridades electorales de cara a la validez de una designación, dejando de esta manera más dudas que certezas respecto a limitaciones y dificultades que pueden derivarse de plantear frente a la legalidad de la decisión del electorado o nominador, si el elegido es “apto” física y mentalmente para desempeñar el cargo, aunque las normas a que hace alusión la sentencia, de manera inequívoca parten de presumir como capaces a las personas con discapacidad:

*“En este punto precisa la Sala, que si bien el apelante se refiere a un posible impedimento del demandado por su situación de invalidez, debe entenderse que hace referencia es a la aptitud del demandado para ser elegido concejal, y poder ejercer el cargo. Al respecto debe decirse, que si bien el estudio de la aptitud del demandado para el ejercicio del cargo, **es un tema que corresponde resolver más a la jurisdicción laboral**, por la trascendencia que dicho planteamiento puede tener en el derecho electoral y además por ser tema de gran relevancia para la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, que puede concretarse en el goce de los derechos políticos en igualdad de condiciones, así como en el acceso a los cargos de elección popular, se procede a hacer las siguientes consideraciones: (...)”* (destacado fuera de texto).

15. Evidencia de la contradicción que reconoce la misma sentencia, es el análisis que efectúa de los documentos relativos a la salud del demandado, con el ánimo de definir a la manera que lo haría un juez laboral, si puede desempeñar el empleo en el que se encuentra, análisis que por las razones expuestas no debió incluirse, y que de fondo tampoco es preciso, pues las pruebas analizadas hacen referencia a la capacidad laboral del designado frente a las responsabilidades que en su momento ejerció como soldado profesional o tecnólogo en rayos x, pero no respecto a las tareas específicas que como concejal debe desarrollar, por lo que en estricto sentido, salvo un análisis exhaustivo que no se evidencia, no resulta válido extender las consideraciones y conclusiones de los estudios de la salud del designado frente a cargos distintos al que actualmente ocupa, para verificar la legalidad de elección del señor Lisandro Trujillo Cendales como integrante de la дума municipal.

En los anteriores términos, dejo expuesta mi aclaración de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

NULIDAD ELECTORAL – La causal de vacancia absoluta a que alude la incapacidad física permanente no constituye inhabilidad para ejercer el cargo de concejal debiendo estar presididas de la declaratoria judicial de interdicción / NULIDAD ELECTORAL – El análisis de pruebas del estado de salud del demandado no tuvo por finalidad constituirse como causal de nulidad sino a efectos de la posible declaratoria de vacancia por falta absoluta por parte del concejo municipal / NULIDAD ELECTORAL – La sentencia tiene afirmaciones que pueden interpretarse apartándose de la conclusión según la cual la causal de vacancia absoluta no puede ser analizada como vicio en el acto de elección / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD – La sentencia no definió el concepto / NULIDAD ELECTORAL – La sentencia debió exponer solamente las razones por las cuales la causal de vacancia absoluta no generaba nulidad

El fallo, frente al cual aclaro mi voto, analizó el contenido del literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994, contentivo de la falta absoluta a la que alude el demandante -incapacidad física permanente-, para concluir que dicha causal no tiene la entidad de afectar el acto de elección, pues se trata de una circunstancia que no afecta su legalidad, además, resaltó que dicho precepto carece de requisitos para el ejercicio del cargo. (...). Acompañé la decisión a la que se arribó en el fallo porque la causal de vacancia absoluta en la que se funda el actor para solicitar la nulidad de la elección del concejal demandado, no constituye circunstancia que afecte su legalidad. En efecto, como se afirma en la sentencia, esta Sala Electoral, en fallo de 15 de diciembre de 2016, concluyó que la causal de vacancia absoluta de que trata el literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994 -incapacidad física permanente-, no constituye inhabilidad para ejercer el cargo de concejal. (...). [E]n esa sentencia se afirmó que “...no resulta suficiente para que en el plano jurídico se pueda enervar la presunción de legalidad que reviste al acto de elección enjuiciado, habida cuenta que dichas inhabilidades tienen como punto de partida la interdicción, que debe ser declarada judicialmente”, pero resulta necesario manifestar que tal situación aludía al contenido de las causales. (...). Fue en razón de lo anterior, que en esa oportunidad se precisó que dichas causales debían estar presididas de la declaratoria judicial de interdicción. En este mismo sentido, se aludió al contenido de la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, de 7 de noviembre de 2007, que sirvió de fundamento al fallo electoral antes citado, del cual es mi deseo destacar que “...el hecho de que la incapacidad física permanente -o la invalidez-, ocasione la vacancia del cargo de congresista, no da lugar a la pérdida de investidura de quien se haya posesionado como tal cuando tenía la condición de pensionado por invalidez, con base en la violación del régimen de inhabilidades, por cuanto no existe en la Constitución ninguna disposición que así lo establezca”. (...). [A]compañé el proyecto en lo relacionado con analizar las pruebas allegadas al expediente que daban cuenta del estado de salud del demandado, (...) no a efectos de que se entendiera que dicha circunstancia pudiera constituirse como causal de nulidad del acto electoral sino con la finalidad de que, de ser del caso, las mismas se remitiera al Concejo Municipal para que tomara las decisiones del caso, tal y como lo dispone el artículo 54 de la Ley 136 de 1994. (...). Finalmente, sin desconocer la relevancia que tienen las normas internas y las comunitarias relacionadas con la protección a las personas en situación de discapacidad y la necesidad de garantizar sus derechos políticos,

considero que en este caso su inclusión en lugar de servir de fundamento a la conclusión arribada, puede generar confusión en los lectores. Lo primero, porque el fallo comenzó por descartar que la condición particular del demandado que devino en el reconocimiento de su derecho a pensión de invalidez, tuviera la entidad de viciar de nulidad su acto de elección como concejal. Además, se definió que el estudio de la configuración o no de la causal de vacancia de cargo, en razón de la condición médica del acusado, correspondía adelantarla al juez laboral, sin embargo, se aborda su análisis. (...). En mi criterio, dichas afirmaciones, pueden ser interpretadas como que se apartan de la conclusión según la cual la causal de vacancia absoluta no puede ser analizada como vicio en el acto de elección, pues contrario a limitarse a poner en evidencia si en el plenario existía o no alguna prueba que permitiera inferir que el demandado no estaba en plenas condiciones para desempeñar el cargo de concejal, se adentra en su análisis y señale que "...dada la evolución que tuvo pudo estudiar y desempeñarse como tecnólogo en rayos x", afirmación para la cual, en mi criterio, esta Sala carece de competencia y de la experticia que requiere un pronunciamiento en dicho sentido. Por otra parte, se toma como inicio del recuento normativo interno y comunitario que resultaba procedente analizar si existía prueba que diera lugar a señalar "...que la discapacidad que tiene el demandado era incompatible o insuperable para ser elegido concejal...", empero, y adicional lo antes anotado, en ningún momento se definió el concepto de persona en situación de discapacidad. Considero, muy comedidamente que, a efectos del análisis realizado, resultaba absolutamente necesario definir el concepto de discapacidad para luego poder determinar si la mera condición de pensionado por invalidez permite tener por cierto que su beneficio deviene en situación de discapacidad para la persona que lo disfruta. (...). Como puede advertirse no era dable, partir de la disminución de la capacidad laboral del demandado para poder hacer alusión a las normas internas y comunitarias destinadas a las personas en situación de discapacidad y tampoco afirmar si estaba o no en condiciones para ejercer el cargo de concejal para el cual fue elegido. Por el contrario, en mi criterio, bastaba con exponer las razones por las cuales la causal de vacancia absoluta no generaba la nulidad del acto de elección que se pedía anular.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto al concepto de discapacidad, ver: Corte Constitucional, sentencia C-042 de primero de febrero de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 54 / LEY 1145 DE 2007 – ARTÍCULO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cuatro (04) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 73001-23-33-000-2020-00004-01

Actor: ALFONSO LÓPEZ CEDEÑO

Demandado: LISANDRO TRUJILLO CENDALES – CONCEJAL DE IBAGUÉ

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la sentencia de 22 de octubre de 2020, que confirmó la negativa de las pretensiones de la parte demandante que perseguían la nulidad de la elección contenido en el Formulario E-27 de 4 de noviembre de 2019, proferido por la Comisión Escrutadora Municipal de Ibagué, de **Lisandro Trujillo Cendales** como concejal de Ibagué, Tolima, periodo 2020-2023.

La Sala se encargó de definir si la incapacidad laboral superior al 50 % que le fue dictaminada al demandado, antes de la fecha de su elección, tiene la virtualidad de generar la vacancia absoluta del cargo de concejal para el cual fue elegido, además, si su calidad de pensionado por invalidez genera algún impedimento para que continúe en el ejercicio de dicha dignidad.

El fallo, frente al cual aclaro mi voto, analizó el contenido del literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994, contentivo de la falta absoluta a la que alude el demandante -incapacidad física permanente-, para concluir que **dicha causal no tiene la entidad de afectar el acto de elección**, pues se trata de una circunstancia que no afecta su legalidad, además, resaltó que dicho precepto carece de requisitos para el ejercicio del cargo.

Luego, la sentencia se encargó de estudiar lo que denominó “...aptitud del demandado para ser elegido concejal...”, advirtiendo que “...si bien el estudio de la aptitud del demandado para el ejercicio del cargo, es un tema que corresponde resolver más a la jurisdicción laboral, por la trascendencia que dicho planteamiento puede tener en el derecho electoral y además por ser tema de gran relevancia para la **garantía de los derechos de las personas con discapacidad, que puede concretarse en el goce de los derechos políticos en igualdad de condiciones**, así como en el acceso a los cargos de elección popular...”.

El fallo alude al contenido del artículo 3º de la Ley 361 de 1997, a la Declaración de los Derechos Humanos, a la Declaración de los Derechos del Deficiente

Mental aprobada de la ONU, a la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación aprobada por la Resolución 3447 del 9 de diciembre de 1975, al Convenio 159 de la OIT, a la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la Unesco 1981, a la Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983 y, a la Recomendación No. 168 de la OIT de 1983.

Para concluir que "...no existe una limitación para que una persona con alguna discapacidad pueda ser candidata en las elecciones para cargos de voto popular y ser elegida o ingresar al servicio público, siempre y cuando su condición de discapacidad no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente".

Sumado a lo anterior, definió que "...se deben garantizar los derechos políticos de las personas con discapacidad, para lo cual la ley presume su capacidad legal⁹, en aras de evitar tratos discriminatorios".

Al respecto, considero necesario realizar las siguientes precisiones:

i) Acompañé la decisión a la que se arribó en el fallo porque la causal de vacancia absoluta en la que se funda el actor para solicitar la nulidad de la elección del concejal demandado, no constituye circunstancia que afecte su legalidad.

En efecto, como se afirma en la sentencia, esta Sala Electoral, en fallo de 15 de diciembre de 2016¹⁰, concluyó que la causal de vacancia absoluta de que trata el literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994 -incapacidad física permanente-, no constituye inhabilidad para ejercer el cargo de concejal.

En este sentido, me parece necesario advertir que, en esa oportunidad, el demandante sostenía que el concejal era beneficiario de pensión de invalidez "...en razón de una esquizofrenia que le generó una pérdida de capacidad laboral del 66%."

Por lo anterior, se dejó en claro que las causales de inhabilidad para los concejales, se encuentran enlistadas en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 y en el artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

Ahora bien, en esa sentencia se afirmó que "...no resulta suficiente para que en el plano jurídico se pueda enervar la presunción de legalidad que reviste al acto de elección enjuiciado, habida cuenta que dichas inhabilidades tienen como punto de

⁹ La capacidad legal de una persona, según el artículo 1502 del Código Civil, consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o autorización de otra.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 08001-23-33-000-2015-00820-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

partida la **interdicción**, que debe ser declarada judicialmente”, pero resulta necesario manifestar que tal situación aludía al contenido de las causales:

“1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o **se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas**”¹¹.

“3. **Hallarse en estado de interdicción judicial** o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma”¹².

Fue en razón de lo anterior, que en esa oportunidad se precisó que dichas causales debían estar presididas de la declaratoria judicial de interdicción.

ii) En este mismo sentido, se aludió al contenido de la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, de 7 de noviembre de 2007¹³, que sirvió de fundamento al fallo electoral antes citado, del cual es mi deseo destacar que “...el hecho de que la incapacidad física permanente -o la invalidez-, ocasione la vacancia del cargo de congresista, **no da lugar a la pérdida de investidura de quien se haya posesionado como tal cuando tenía la condición de pensionado por invalidez, con base en la violación del régimen de inhabilidades, por cuanto no existe en la Constitución ninguna disposición que así lo establezca**” (Negrilla fuera de texto original).

Así mismo, en dicha decisión se expuso que “...como el demandado se inscribió para participar en los comicios del 12 de marzo de 2006 y se posesionó en el cargo de Representante a la Cámara teniendo una invalidez del 96%, hecho que, si bien, no es causal de inhabilidad para los congresistas, esto es, no forma parte del régimen de inhabilidades, **sí podría ser irregular, se ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y al Fondo de Previsión Social del Congreso para que adelanten las investigaciones pertinentes**” (Negrilla fuera de texto original).

En razón de dicha tesis acompañé el proyecto en lo relacionado con analizar las pruebas allegadas al expediente que daban cuenta del estado de salud del demandado, preciso y debo ser enfática en señalar que no a efectos de que se entendiera que dicha circunstancia pudiera constituirse como causal de nulidad del acto electoral sino con la finalidad de que, de ser del caso, las mismas se remitiera al Concejo Municipal para que tomara las decisiones del caso, tal y como lo dispone el artículo 54¹⁴ de la Ley 136 de 1994.

¹¹ Artículo 40 de la Ley 617 de 2000

¹² Artículo 38 de la Ley 734 de 2002

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena, Rad. 11001-03-15-000-2007-00922-00(PI), demandado: Víctor Julio Vargas Polo, M. P. Héctor J. Romero Díaz.

¹⁴ **ARTÍCULO 54. INCAPACIDAD FÍSICA PERMANENTE.** En caso de que por motivos de salud debidamente certificados por la entidad de previsión social a la que estén

iii) Finalmente, sin desconocer la relevancia que tienen las normas internas y las comunitarias relacionadas con la protección a las personas en situación de discapacidad y la necesidad de garantizar sus derechos políticos, considero que en este caso su inclusión en lugar de servir de fundamento a la conclusión arribada, puede generar confusión en los lectores.

Lo primero, porque el fallo comenzó por descartar que la condición particular del demandado que devino en el reconocimiento de su derecho a pensión de invalidez, tuviera la entidad de viciar de nulidad su acto de elección como concejal.

Además, se definió que el estudio de la configuración o no de la causal de vacancia de cargo, en razón de la condición médica del acusado, correspondía adelantarla al juez laboral, sin embargo, se aborda su análisis anunciando que en el "...expediente no obra prueba que demuestre que la discapacidad que tiene el demandado era incompatible o insuperable para ser elegido concejal" del cual se concluye que:

"...es claro que si bien el demandado con ocasión de la pérdida de la capacidad laboral, se consideró no apto para actividades militares, lo cierto es que dada la evolución que tuvo pudo estudiar y desempeñarse como tecnólogo en rayos x.

Así mismo obran certificaciones médicas que indican que el demandado no tiene limitaciones cognitivas o comportamentales que afecten el desempeño de sus actividades cotidianas, laborales o personales".

En mi criterio, dichas afirmaciones, pueden ser interpretadas como que se apartan de la conclusión según la cual la causal de vacancia absoluta no puede ser analizada como vicio en el acto de elección, pues contrario a limitarse a poner en evidencia si en el plenario existía o no alguna prueba que permitiera inferir que el demandado no estaba en plenas condiciones para desempeñar el cargo de concejal, se adentra en su análisis y señale que "...dada la evolución que tuvo pudo estudiar y desempeñarse como tecnólogo en rayos x", afirmación para la cual, en mi criterio, esta Sala carece de competencia y de la experticia que requiere un pronunciamiento en dicho sentido.

Por otra parte, se toma como inicio del recuento normativo interno y comunitario que resultaba procedente analizar si existía prueba que diera lugar a señalar "...que la discapacidad que tiene el demandado era incompatible o insuperable para ser

afiliados los funcionarios de la alcaldía respectiva, un concejal se vea impedido definitivamente para continuar desempeñándose como tal, el Presidente del Concejo declarará la vacancia por falta absoluta.

elegido concejal...”, empero, y adicional lo antes anotado, en ningún momento se definió el concepto de persona en situación de discapacidad.

Considero, muy comedidamente que, a efectos del análisis realizado, resultaba absolutamente necesario definir el concepto de discapacidad para luego poder determinar si la mera condición de pensionado por invalidez permite tener por cierto que su beneficio deviene en situación de discapacidad para la persona que lo disfruta.

Para tal efecto, hubiese resultado oportuno e ilustrativo traer sus definiciones legales, en este sentido era lo procedente acudir a la Ley 1145 de 2007 “Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones”, que al respecto señala:

ARTÍCULO 2o. Para efectos de la presente ley, las siguientes definiciones tendrán el alcance indicado a continuación de cada una de ellas:

(...)

“Persona con discapacidad: Es aquella que tiene limitaciones o deficiencias en su actividad cotidiana y restricciones en la participación social por causa de una condición de salud, o de barreras físicas, ambientales, culturales, sociales y del entorno cotidiano. Esta definición se actualizará, según las modificaciones que realice la Organización Mundial de la Salud, OMS, dentro de la Clasificación Internacional de Funcionalidad, CIF”.

Asimismo, conveniente resultaban las definiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, como la expuesta en la sentencia C-042 de 2017:

“...la concepción actual de la **discapacidad**, que resulta además más cercana a la protección y el respeto de la dignidad humana, aborda la discapacidad como el efecto de las barreras sociales que impiden el pleno goce de los derechos en condiciones de igualdad y limitan la integración social como respuesta al funcionamiento orgánico o funcional diferente al de la mayoría de las personas. La discriminación frente a las personas con diversidad funcional u orgánica resulta además artificial y peligrosa, porque parte de suposiciones erradas sobre la naturaleza humana, desconoce la infinita diversidad de la especie, las múltiples capacidades humanas y sus distintas formas de desarrollo y, en cambio da lugar a teorizar sobre parámetros funcionales u orgánicos que solo son útiles para excluir, como sucede con las teorías eugenésicas. El funcionamiento de los órganos no tiene ninguna relación con el acceso a los derechos, si el Estado responde eficientemente a los requerimientos de todos los grupos sociales, la diversidad funcional no debería impedir el desarrollo adecuado del proyecto de vida individual. El problema no radica en la funcionalidad de los órganos de cada ser humano, sino en las barreras que la sociedad y el Estado ponen a ciertas personas.

4.3.14. Por lo tanto, bajo el abordaje que actualmente sirve de parámetro a la normatividad nacional e internacional en la materia, la discapacidad no es igual a las diferencias orgánicas, funcionales o intelectuales del individuo (diversidad orgánica o funcional) sino que tiene relación con las barreras sociales al goce efectivo de derechos y a la participación en la sociedad. La perspectiva constitucional colombiana concentra el concepto de la discapacidad en la falta de adaptación del entorno y de la sociedad para entender las diferencias orgánicas y funcionales como un resultado de la diversidad humana. Para el Estado Social de Derecho establecido por la Constitución Política, no existen seres humanos completos o incompletos, sino que todos son, por el hecho de ser humanos, totalmente plenos en su dignidad y derechos, por lo que el modelo social de discapacidad resulta compatible con la Carta. Asumir que hay personas incompletas, deficientes o de menor derecho, es el paradigma discriminatorio y excluyente que la Constitución, desde sus inicios, ha procurado superar y por lo tanto no puede existir ninguna norma en Colombia que sirva para mantener o patrocinar conceptos que le han costado tanto a la humanidad y que deben quedar en el pasado.

Como puede advertirse no era dable, partir de la disminución de la capacidad laboral del demandado para poder hacer alusión a las normas internas y comunitarias destinadas a las personas en situación de discapacidad y tampoco afirmar si estaba o no en condiciones para ejercer el cargo de concejal para el cual fue elegido.

Por el contrario, en mi criterio, bastaba con exponer las razones por las cuales la causal de vacancia absoluta no generaba la nulidad del acto de elección que se pedía anular y analizar las pruebas allegadas que daban cuenta de la condición médica del concejal demandado, pero solamente para determinar si era o no procedente su remisión al concejo municipal para que definiera lo referente a la vacancia del cargo requerida, pero no para esgrimir conclusión alguna en este sentido, pues se insiste dicha circunstancia no vicia de ilegalidad su elección.

En los anteriores términos aclaro mi voto, reiterando que tiene como finalidad ahondar en razones expuestas y en demostrar que no era necesario entrar en el escenario de las personas en situación de discapacidad, o en caso de hacerlo referir a las previsiones anotadas.

Cordialmente,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”