

INHABILIDAD DE DIPUTADO - Por vinculo de afinidad dentro del segundo grado con candidato que se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elecciones deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha / INHABILIDAD POR PARENTESCO O POR MATRIMONIO - Los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio / PARENTESCO POR AFINIDAD - Cesación de los efectos civiles del matrimonio termina con el parentesco por afinidad / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Inaplicación por inconstitucional del término “que ha estado casada” del artículo 47 del Código Civil

Corresponde a la Sala decidir si la elección de la señora Merly del Socorro Miranda Benavides como diputada del Departamento del Atlántico, periodo constitucional 2012-2015, debe ser declarada nula por la configuración de la causal de inhabilidad que contempla el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, en razón a que estuvo casada con el señor Laureano Augusto Acuña Díaz, hermano de Alvaro Augusto Acuña Díaz, quien participó en las elecciones de 30 de octubre de 2011 como candidato al concejo del municipio de Soledad por el Partido Conservador Colombiano. Es decir, corresponde a la Sala determinar si la causal del artículo 33, numeral 5 de la Ley 617 de 2000, en relación con el vínculo de afinidad se configura pese a que hubieren cesado los efectos civiles del matrimonio por divorcio debidamente solemnizado ante notario en el año 2009 y, en consecuencia, no se le puede aplicar la inhabilidad con la que se pretende anular su elección. En ese sentido, la Sección, en aplicación del artículo 47 del Código Civil que define la afinidad como la existente entre una persona casada o “que ha estado casada” y los consanguíneos de su cónyuge, tendría que confirmar la nulidad de la elección que decretó el Tribunal Administrativo del Atlántico. Sin embargo, atendiendo lo expuesto en otros acápites de esta providencia, la Sala inaplicará para el caso en estudio la expresión “que ha estado casada” del artículo 47 del Código Civil, para entender que el nexo de afinidad entre los señores Merly del Socorro Miranda Benavides y Alvaro Augusto Acuña Díaz para la fecha de la inscripción de la candidatura de la señora Miranda Benavides no podía tenerse como vigente, en razón a que desde mayo de 2009, acordaron ante autoridad competente cesar los efectos civiles de su matrimonio, terminando su relación marital. La razón de esa inaplicación se justifica porque aquella no resulta razonable, idónea ni necesaria para lograr el fin que se propuso el Constituyente y el legislador al estructurar la inhabilidad del artículo 33, numeral 5 de la Ley 617 de 2000 en cuanto a la coexistencia de inscripciones para el segundo grado de afinidad. Su aplicación, por el contrario, generaría una lesión grave a un derecho fundamental, en el caso en estudio el de ser elegida de la que es titular la señora Miranda Benavides y que se materializó en las elecciones que se efectuaron el 30 de octubre de 2011, pues la Sala no percibe cómo la extensión del vínculo de afinidad después de la terminación de su relación matrimonial pudiera alterar los principios de igualdad, transparencia y moralidad en las elecciones que se registraron en el departamento del Atlántico. Igualmente, no se evidencia que las relaciones de afecto y cercanía que pudieron generarse por razón del vínculo matrimonial entre la Diputada Merly del Socorro Miranda Benavides y los consanguíneos del señor Acuña Díaz, las que por cierto no están probadas en el proceso, pudieran para la fecha de la inscripción de las candidaturas –año 2011, dos años después del divorcio o cesación de los efectos civiles del matrimonio- influir en el electorado para configurar la hegemonía familiar en la política del departamento. La inaplicación de la expresión “o ha estado” en este proceso, difiere de la conclusión a la que había arribado esta misma Sección en un caso que, como en el presente, se puso de manifiesto que el vínculo matrimonial había terminado. En efecto, en providencia de mayo 29 de 2003, esta Sala sostuvo expresamente que “la decisión judicial que produjo la cesación de los efectos

civiles del matrimonio católico celebrado entre el alcalde elegido y la señora AA, no afecta el vínculo de afinidad legítima en primer grado que une a los señores AA con ZZ". En esta providencia no se hizo un estudio o consideración diferente a la transcrita, es decir, la simple existencia del vocablo "o ha estado" para llegar a la afirmación transcrita. La posición que hoy prohija la Sala, encuentra apoyo en la Ley 1150 de 2007, que introdujo un inciso adicional al párrafo al artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para indicar que en las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio. Ha de entenderse que cuando esta norma hace alusión al "parentesco", es para referirse al vínculo de afinidad que precisamente es el que surge por el hecho del contrato de matrimonial o de la unión marital, por cuanto el parentesco por consanguinidad no surge de aquel y trasciende no solo la muerte de los consanguíneos sino las eventualidades de sus relaciones. En efecto, si el legislador ha decidido hoy que la inhabilidad por afinidad en materia contractual no se configurara cuando ha terminado el vínculo que lo generó, con igual o mayor razón debe considerarse que se produce el mismo efecto en el terreno del ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, por la naturaleza fundamental de este derecho. Con fundamento en el análisis que antecede y, en razón de la inaplicación del término "o ha estado" del artículo 47 del Código Civil, se revocará lo dispuesto en los numerales 2º, 3º y 4º de la parte resolutive de la sentencia dictada el 24 de julio de 2012 dentro del proceso de la referencia y, en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia de 29 de mayo de 2003, rad. 13001-23-31-000-2000-00502-01, M.P. Reinaldo Chavarro Buritica.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01417-01

Actor: ALEXANDER MUÑOZ PELAEZ

Demandado: DIPUTADA A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo anulatorio emitido el 24 de julio de 2012, por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

I.- Antecedentes

1.1. Hechos

1.1.1. El 30 de octubre del 2011 se realizó la elección de Diputados a la Asamblea del Atlántico, período 2012-2015.

1.1.2. La Comisión Escrutadora Departamental declaró elegida como diputada a la señora Merly del Socorro Miranda Benavides, quien fue avalada por el Partido Conservador Colombiano.

1.1.3. El acta de elección de la diputada Miranda Benavides es de fecha 13 de noviembre del 2011.

1.1.4. En la misma jornada electoral y por el mismo partido político (PCC), el señor Alvaro Augusto Acuña Díaz, cuñado de la señora Miranda Benavides, se presentó como candidato al Concejo de Soledad-Atlántico.

1.2. Pretensiones

“1.- Que son nulos los actos del 13 de noviembre de 2011, por medio de los cuales la Comisión Escrutadora Departamental del Atlántico declaró la elección de la señora Merly del Socorro Miranda Benavidez (sic) como Diputada del Departamento del Atlántico para el período 2012-2015, como consta en el Acta de Escrutinio General E-26 cuya copia autentica (sic) adjunto a la presente.

2.- Que como consecuencia de lo anterior, el cargo de Diputado deberá ser ocupado por el señor Fernando Cadena Bonfanti, que obtuvo el mayor de número de votos de los no elegidos de la lista que presentó el Partido Conservador para la Asamblea del Departamento del Atlántico, período 2012-2015.”

1.3. Norma violada

Se invoca la violación del numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 según el cual *“...Así mismo, {está inhabilitado} quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo 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 Departamento en la misma fecha”.*

Sobre el concepto de violación, se afirma que los señores Merly del Socorro Miranda Benavides y Alvaro Augusto Acuña Díaz **son cuñados**, en razón a que la primera está casada con el Representante a la Cámara por el Atlántico, Laureano Acuña Díaz, quien es hermano de Alvaro Augusto Acuña Díaz, es decir, que entre ellos media un vínculo en el segundo grado de afinidad y que ambos se inscribieron como candidatos para elecciones que se debían registrarse en un mismo día y por el mismo partido político, razón por la que la señora Miranda Benavides estaba inhabilitada para ser electa como miembro de la Asamblea Departamental.

1.4. Contestación de la demanda

La señora Miranda Benavides, a través de representante legal, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

1.4.1. **Excepción de mérito de ineptitud de la demanda:** Se afirma que si bien en el escrito de demanda se invocó la inhabilidad por coexistencia de inscripciones, ello se hizo *“...de manera general, sin indicar el argumento por el cual, en este caso concreto, deba anularse el acto demandado.”*, omisión que no puede suplirse con un fallo *extra o ultra petita*.

1.4.2.- **Inexistencia de parentesco de afinidad:** Se afirmó que desde mayo de 2009 cesaron los efectos civiles del matrimonio que existió entre los señores Laureano Acuña Díaz y la demandada, así como la sociedad conyugal, para el efecto se allega prueba de la copia de la escritura pública debidamente registrada. Igualmente se invoca lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, para decir que la muerte o la disolución del matrimonio terminan el parentesco o el matrimonio.

1.5. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo de 24 de julio de 2012, el Tribunal Administrativo del Atlántico **declaró la nulidad** de la elección de Merly del Socorro Miranda Benavides como Diputada del Atlántico -2012-2015- y denegó las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

En cuanto a la excepción de inepta demanda considero que la parte actora sí cumplió con la carga impuesta en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., esto es, suministró el marco de la censura, no obstante lo sucinto de su fundamento. La excepción referida a la inexistencia del parentesco se consideró un asunto de fondo que debía ser abordado al resolver la solicitud de nulidad.

En cuanto al fondo del asunto, con fundamento en los numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, así como algunos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre lo que se entiende por inhabilidad, y la definición consagrada en el artículo 47 del Código Civil sobre parentesco por afinidad, señaló que en el proceso se probó que: (i) la demandada se inscribió y resultó electa como diputada para la Asamblea del Atlántico por el Partido Conservador Colombiano; (ii) los señores Laureano Augusto Acuña Díaz y Alvaro Augusto Acuña Díaz son hermanos entre sí; (iii) la demandada contrajo matrimonio con el señor Laureano Augusto Acuña Díaz el 24 de julio de 1998, el cual cesó sus efectos civiles según las pruebas arrimadas al proceso y (iv) la inscripción del señor Alvaro Augusto Acuña Díaz, como candidato al Concejo de Soledad en la misma jornada electoral.

Del material probatorio concluyó el *a-quo* la existencia de los presupuestos de la inhabilidad, y en torno al parentesco sostuvo:

“Sin embargo, pese a lo anteriormente expuesto, esto es, que exista un divorcio entre los señores Merly Miranda y Laureano Acuña Díaz, ello no quiere decir que por desaparecer de la vida jurídica el vínculo matrimonial existente entre estos, desaparezca automáticamente el segundo grado de afinidad (cuñados), que comportaban la demandada y el señor Alvaro Acuña; pues, el artículo 47 del Código Civil, que trata de la afinidad legítima, manifiesta de manera clara y sin lugar a dubitaciones que este grado de parentesco se mantiene entre una persona que está o HA ESTADO CASADA y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer, hecho este que ocurre en el presente asunto, toda vez, que la demandada señora Merly Miranda, estuvo casada con el señor Laureano Acuña Díaz, hermano del señor Alvaro Acuña Díaz –candidato al Concejo municipal de Soledad Atlántico-, luego entonces aún continúa dicho grado de parentesco –segundo de afinidad-.”

La tesis anterior la respalda el Tribunal en la providencia de esta Sección, proferida el 29 de mayo de 2003¹ para concluir que por estar probados todos los supuestos de la inhabilidad alegada, procedía la declaración de nulidad de la elección acusada.

¹ Exp. 200000502-01 -3063.

1.6. Recurso de apelación

La parte demandada sostuvo que la interpretación de las inhabilidades es restrictiva, literal y exegética, motivo por el cual el vínculo mencionado en la causal de inhabilidad alegada debe ser actual, esto es, que a la fecha de inscripción el matrimonio esté vigente. Por tanto, la inhabilidad no *“...cobija a los candidatos que tengan algún vínculo de matrimonio disuelto en el pasado y anterior a la fecha de inscripción de la elección.”*, razón por la que no se puede aplicar el artículo 47 del Código Civil, cuando define este vínculo frente a quien *“ha estado casado”*.

En consecuencia, solicita se aplique la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 47 del Código Civil, que si bien fue declarado exequible por la Corte Constitucional con sentencia C-595 de 1996, no fue estudiado el punto relacionado con la definición de este vínculo. En ese sentido, afirma que la expresión *“o ha estado caso”* contenida en el mencionado precepto, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, a la honra, al libre desarrollo de la personalidad y a la familia, artículos 13, 15, 16 y 42, en cuanto se entiende que dicho únicamente se rompe con la muerte.

La violación de los indicados derechos ocurre cuando esa disposición mantiene la relación a pesar de la voluntad de los cónyuges de terminar el matrimonio, porque si este desaparece *“también desaparecen las relaciones familiares de afinidad, ya que estas son distintas a las relaciones familiares por parentesco, las cuales son de sangre”*, es decir, que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal.

Así mismo, solicita un pronunciamiento frente al párrafo 1º del artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, en cuanto señala que la muerte o la disolución impiden la configuración de la inhabilidad en materia contractual.

En escrito posterior, (Fls 224 a 231), reitera que el vínculo familiar debe estar vigente para el período inhabilitante. Posteriormente, insistió en que el divorcio cesa los efectos civiles del matrimonio, razón por que la no se puede mantener el vínculo de afinidad, por lo que considera que el artículo 47 del Código Civil debe entenderse parcialmente derogado.

1.7. Concepto del Ministerio Público

El Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado solicitó revocar el fallo de primera instancia, con fundamentó en la siguiente tesis:

Señala que el precedente jurisprudencial empleado por el *a-quo* no se puede aplicar, porque los fundamentos de hecho y de derecho no son similares, puesto que en dicho caso se examinó la causal de nulidad prevista en el numeral 6º del artículo 223 del C.C.A., que hace referencia al parentesco de consanguinidad o afinidad entre los jurados de votación y los candidatos de elección popular. Además, luego de extensas transcripciones de esa providencia, la calificó de contradictoria, porque por una parte sostiene la inmutabilidad del parentesco por afinidad a pesar del divorcio, y por otro reconoce que normativamente el divorcio cesa los efectos civiles del matrimonio.

El Agente Fiscal recuerda que las normas del Código Civil datan de 1887, época en la que únicamente se admitía como matrimonio válido el católico, pero que actualmente la Constitución de 1991 propende por un Estado laico. Además, que el artículo 42 influye en la interpretación del artículo 47 del Código Civil, porque una vez terminado el vínculo matrimonial también desaparece el parentesco por afinidad.

En ese sentido, la interpretación *pro homine* lleva a afirmar que la tesis del Tribunal implica “...condenar para el resto de sus días a las personas que alguna vez estuvieron casadas no solo a vivir atadas a una familia afín de la cual ya no son parte sino a no permitirles jamás el ejercicio de un derecho político, que es inherente a cualquier persona.”.

Por último, sostiene que ante la inexistencia del parentesco por afinidad entre la demandada y el señor Alvaro Acuña Díaz, se debe revocar el fallo apelado y desestimar las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del C.C.A., subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 –Reglamento Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de

2003, esta Sección es competente para conocer del recurso de apelación formulado por la parte demandada contra el fallo emitido el 24 de julio de 2012, por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala decidir si la elección de la señora Merly del Socorro Miranda Benavides como diputada del Departamento del Atlántico, periodo constitucional 2012-2015, debe ser declarada nula por la configuración de la causal de inhabilidad que contempla el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, en razón a **que estuvo casada** con el señor Laureano Augusto Acuña Díaz², hermano de Alvaro Augusto Acuña Díaz³, quien participó en las elecciones de 30 de octubre de 2011 como candidato al concejo del municipio de Soledad por el Partido Conservador Colombiano⁴.

Es decir, corresponde a la Sala determinar si la causal del artículo 33, numeral 5 de la Ley 617 de 2000, en relación con el vínculo de afinidad se configura pese a que hubieren cesado los efectos civiles del matrimonio por divorcio debidamente solemnizado ante notario.

La parte demanda y el Ministerio Público consideran que la expresión “o ha estado” que se emplea en el artículo 47 del Código Civil para definir la afinidad, resulta contraria, entre otros, a los derechos de acceso a cargos públicos y elegir y ser elegido, pues extiende el vínculo pese al cese de los efectos civiles del matrimonio. Por su parte, el Tribunal Administrativo del Atlántico, en aplicación de dicho vocablo, consideró que la relación por afinidad con los consanguíneos de quien fuera el cónyuge se mantenía, razón por la que declaró la nulidad de la elección como diputada en la Asamblea Departamental del Atlántico de la señora Miranda Benavides, en cuanto incurrió en la causal de nulidad del artículo 33, numeral 5 de la Ley 617 de 2000.

Para resolver el anterior interrogante, es necesario ahondar sobre los siguientes temas: (i) Si la sentencia C-595 de 1996 constituye cosa juzgada frente a la

² Este hecho es cierto. Así lo prueba la copia auténtica del registro civil de matrimonio obrante a folio 10.

³ Este hecho es cierto. La parte demandante lo probó con la copia auténtica de los registros civiles de los citados hermanos, visibles 7 y 8, los cuales permiten establecer que son hijos de Elvia Tulia Díaz Miranda y Laureano Augusto Acuña Torres.

⁴ Este hecho se acreditó con la constancia expedida el 25 de junio de 2012 por el Director de Gestión Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil, visible a folio 148, como respuesta al auto de 1º de junio de 2012 dictado para mejor proveer.

expresión “*o ha estado*” del artículo 47 del Código Civil; (ii) si como lo plantea la demanda y el agente del Ministerio Público se pueda hablar de la derogación tácita de dicha expresión o si procede la inaplicación dicho término para resolver el caso concreto y (iii) si, según lo que resulte de los análisis anteriores, se configura la inhabilidad que se le endilga a la demandada y que el a-quo encontró probada.

2.3. La Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre si el término “o ha estado” que emplea el artículo 47 del Código Civil se ajusta al ordenamiento constitucional: en relación con este precepto operó la cosa juzgada relativa

En la sentencia C-595 de 1996, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 47 del Código Civil, cuya aplicación se discute en el caso de la referencia.

En efecto, en la sentencia en mención, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 47 del Código Civil sin hacer ninguna precisión en la parte resolutive sobre el alcance de su pronunciamiento, lo que en principio podría generar la idea según la cual la constitucionalidad de dicho precepto no se puede discutir, por cuanto el máximo órgano de lo constitucional en términos absolutos lo encontró ajustado a los preceptos superiores, es decir, que el mismo hizo tránsito a cosa juzgada absoluta.

Sin embargo, es importante advertir que la mencionada providencia se circunscribió al análisis del término “legítimo” que se emplea en él para referirse a la afinidad, sin hacer mención alguna a si ésta pervive después de la disolución del vínculo matrimonial. En otros términos, **no** se hizo ningún análisis de constitucionalidad sobre el término “*o ha estado*” que se cuestiona en el caso que ahora estudia esta Sección.

Una lectura rápida de la sentencia C-596 de 1995 permite advertir que el juez de lo constitucional se limitó a efectuar un análisis que se restringió a confrontar la expresión “legítimo” con la Constitución Política, pero en especial con la igualdad que el texto superior reconoció entre las familias surgidas de un contrato matrimonial y aquellas originadas en la decisión libre de conformarla, es decir, donde media la simple voluntad sin agotar un determinado formalismo.

En ese orden de ideas, frente al punto en discusión *–la terminación o no del vínculo de afinidad por disolución del contrato matrimonial–* no es admisible alegar

la existencia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con la sentencia C-596 de 1995, por cuanto la misma solo hizo tránsito a lo que la doctrina de la Corte Constitucional denomina cosa juzgada relativa⁵, en la medida en que ella se pronunció sobre un **aspecto específico** y diverso al que se discute en este proceso. En efecto, en dicho fallo no se examinó si el vínculo de afinidad podía entenderse vigente pese a la terminación del contrato matrimonial.

Ese pronunciamiento sobre un aspecto puntal de un mandato legal, le permitirá a dicho órgano un nuevo estudio sobre el artículo 47 en comento, para definir asuntos diversos al de la exequibilidad del vocablo "*legítimo*", frente al cual operó la cosa juzgada.

El anterior aserto se corrobora con un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, sentencia C-125 de 2013⁶, en el que esa Corporación se declaró inhibida para conocer de una demanda contra la expresión "*o ha estado*" del artículo 47 del Código Civil porque carecía de los requisitos de certeza y suficiencia que exige esa Corporación para que proceda el análisis de constitucionalidad y no porque frente a dicho vocablo existiere un pronunciamiento que permitiera afirmar la existencia de la cosa juzgada constitucional. Es decir, dejó abierta la posibilidad de una nueva demanda.

En consecuencia, le asiste la razón a la parte demandada cuando afirma que el fallo en comento no puede servir de fundamento para hablar de la existencia de la cosa juzgada constitucional en relación con la pervivencia del vínculo de afinidad pese a la disolución del matrimonio.

En ese orden, corresponde a la Sección decidir si para efectos de la inhabilidad de que trata el artículo 33, numeral 5 de la Ley 617 de 2000, y que se alega en el proceso de la referencia, se ajusta a los derechos a elegir y ser elegido el que el vínculo de afinidad se tenga como vigente pese a la terminación del contrato matrimonial como lo preceptúa el artículo 47 del Código Civil.

⁵ La Corte Constitucional ha identificado diversos tipos de cosa juzgada en los pronunciamientos que ella emite, así: formal, material, absoluta, relativa, aparente, etc. En sentencia C-925 de 2000, se señaló que la cosa juzgada **relativa** es aquella en la que el juez de constitucionalidad "*ha proferido antes un fallo de exequibilidad circunscrito de manera específica a alguno o algunos aspectos constitucionales de la norma, sin haberlos agotado en su totalidad, lo que conduce a que, aun existiendo ya sentencia declaratoria de la constitucionalidad del precepto, subsiste la posibilidad de nuevo análisis de la disposición correspondiente, no ya por los conceptos precedentes -respecto de los cuales se juzgó y a los que no puede volverse- sino por otros sobre los cuales en el primer fallo no se pronunció la Corte.*"

Por tanto, se hace imperioso estudiar los alcances y evolución de dicho vínculo y sus efectos en relación con las inhabilidades electorales.

2.4. La constitucionalidad de ampliar la relación de afinidad más allá de la existencia del vínculo que le dio origen, cuando su razón de ser es la voluntad de las partes

2.4.1. Breve reseña histórica del vínculo de afinidad, su regulación en nuestro ordenamiento y otras legislaciones

La filiación es un vínculo jurídico que une a un individuo con su madre o su padre y que da origen al parentesco. En el derecho romano aquella figura dependía inicialmente de la voluntad del *pater familias*, se era hijo del padre por el reconocimiento que este hacía bien porque se nacía dentro del matrimonio o por adopción. En relación con la madre, la filiación surgía de un hecho biológico: el parto. En consecuencia, la paternidad era discutible, la maternidad no.

Esa tradición fue cambiando al parentesco por sangre. No obstante la influencia de la religión católica produjo que solo se reconociera este, pero atado al matrimonio, lo que generó diferencias discriminatorias entre los nacidos en dicha relación y los que no -parentela legítima e ilegítima-. Distinción que tenía hondas consecuencias jurídicas en todos los órdenes, por ejemplo, sucesoral, alimentos, etc.

Pese a las ideas de igualdad de la revolución francesa, la diferencia de trato se mantuvo en nuestra legislación hasta mitad del siglo XX, cuando con la Ley 29 de 1982 se reconoció plena igualdad de trato entre los hijos habidos en o fuera del matrimonio. Idea de igualdad que se vio reforzada con la promulgación de la Constitución de 1991 que, en su artículo 42, inciso tercero, señaló que los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio tienen iguales derechos y obligaciones y por los diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional que materializaron ese ideario en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶ Cfr. Comunicado de prensa No. 20 de 13 de marzo de 2013. Magistrado Ponente, doctor Alexey Julio Estrada.

Al tiempo que el derecho romano reconocía el parentesco por sangre, también se le dio vigencia a otra clase de vínculo - *la affinitas*-, que no dependía ya de los lazos de *consanguinidad*, sino del contrato matrimonial que hacía que frente a la parentela de cada uno de los cónyuges se reconociera el surgimiento de una relación, de un vínculo denominado de "*afinidad*". Entre los contrayentes había un contrato, no surgía ningún parentesco o vínculo, relación que sí surgía entre los consanguíneos de cada uno frente al consorte.

Así, el Código Civil colombiano, artículo 47, siguiendo la tradición romano-germánica definió la afinidad como la que existe entre una persona que está **o ha estado casada** y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

Es importante reseñar que el artículo 48 de la misma codificación definía la afinidad ilegítima como aquella entre una de las personas **que no ha contraído matrimonio** y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra, precepto declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁷ por el hecho de usar el vocablo ilegítimo, el cual resultaba contrario a la pretensión de igualdad entre la familia que surge por el contrato matrimonial o por la decisión libre y voluntaria de conformarla, en los términos del artículo 42 de la norma fundamental.

No obstante la declaración de inexecutable, la Corte Constitucional fue enfática en afirmar, incluso en la parte resolutive de la sentencia C-595 de 1996, que la decisión de excluir del ordenamiento el precepto que definía la afinidad ilegítima no podía llevar a interpretaciones como la de considerar que había desaparecido del ordenamiento jurídico colombiano "**la afinidad extramatrimonial**"⁸, es decir, la originada en la unión marital de hecho y a la que se hacía expresa referencia en normas constitucionales como el 126 y 179, que específicamente aluden al parentesco y a los vínculos surgidos de las uniones permanentes, como denominan en dichos preceptos a las sociedades o uniones maritales de hecho.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595 de 1996. M. P. Jorge Arango Mejía

⁸ Se lee en la parte resolutive de la sentencia C-595 de 1996 "*Tercero: Expresamente se advierte que la declaración de inexecutable de los artículos 39 y 48 no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo.*"

Por tanto, la Corte Constitucional sentenció que la afinidad extramatrimonial seguía vigente.

Bajo la anterior precisión, la **afinidad** se puede definir en la actualidad **como el vínculo que surge entre quien ha contraído matrimonio o tiene una unión marital de hecho y los consanguíneos de la esposa, esposo y/o compañero o compañera permanente.**

Para los antropólogos el parentesco por afinidad tiene su fundamento en la posibilidad de las alianzas, de generar fraternidad con otros grupos, en donde la posibilidad de elección es su fuente. Así, se dice *“que si la consanguinidad es el resultado de la causa procreativa del parentesco {mientras} la afinidad es construida, es elegida. La afinidad está fuera del dominio de lo dado, está en el terreno de las estrategias políticas de relación entre grupos y, en la modernidad de las elecciones afectivas entre individuos”*⁹

Desde el aspecto jurídico, la existencia de dicho vínculo y su reconocimiento en las diversas legislaciones, busca establecer y afianzar lazos con aquellos que sin tener la misma sangre, entran al grupo familiar **por razón de la decisión de quienes han decidido conformar una pareja.**

En algunas legislaciones se discute si, para que esta nazca a la vida jurídica, se requiere expresamente de un vínculo matrimonial o si basta la decisión de conformar una pareja. Es así como por la redacción de sus leyes, en países como Italia¹⁰, Alemania¹¹, Portugal¹² y Perú¹³, entre otros, parecería que se exigiera el vínculo **matrimonial**, pues ellas se refieren a los **esposos**, a los **cónyuges** lo que llevaría a pensar que solo surge en presencia del contrato matrimonial. Hecho que también podría discutirse entre nosotros por la misma razón: la redacción del artículo 47 del Código Civil que utiliza las expresiones “casada o ha estado casada”.

⁹ BESTARD, Juan L. “Lo dado y lo construido en las relaciones de parentesco” artículo publicado en el libro “La Familia en la Historia” publicado por LORENZO PINAR. Francisco Javier. Universidad de Salamanca. 2009. Págs. 28 y 29.

¹⁰ Código Civil, artículo 78: La afinidad es el vínculo entre un **cónyuge** y los parientes del otro cónyuge”.

¹¹ El BGB, artículo 1.590: Los familiares de un **esposo** están relacionados con el otro esposo por afinidad.

¹² Código Civil, artículo 1584: “Afinidade é o vínculo que liga cada um dos **cônjuges** aos parentes do outro”.

¹³ Código Civil peruano, artículo 237: **El matrimonio** produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro.

Sin embargo, de una lectura del artículo 48 original del Código Civil y del fallo de la Corte Constitucional previamente comentado, esa discusión perdería sustrato, pues la afinidad también surge frente a quienes **no estaban casados** y “se hubieran conocido carnalmente”, situación que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se confirmó, cuando expresamente reconoció que la familia se constituye a partir del vínculo matrimonial o de la decisión libre y voluntaria de la pareja de conformarla, sometida a todos los efectos jurídicos de aquel: uno de ellos, sin duda, el vínculo de afinidad¹⁴.

La afinidad, entonces, surge en nuestro ordenamiento por la existencia de una relación matrimonial o de una unión marital de hecho, es decir, a partir de la voluntad de las parejas que, al tomar la decisión de unirse, generan para su entorno familiar unos lazos que el derecho reconoce y proyecta. Por ende, el contrato matrimonial no es su fuente.

Bajo ese entendido, se evidencia que ese vínculo origina, de antaño, una serie de consecuencias, como por ejemplo el impedimento matrimonial, tal como se lee en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, que proscribía el matrimonio hasta el cuarto grado en los afines¹⁵ como también lo hace el derecho canónico que excluye el matrimonio entre los afines legítimos o ilegítimos. Por su parte, en legislaciones como la francesa, la italiana o la argentina, además de existir el impedimento matrimonial también le reconocen obligaciones, es el caso de los alimentos a los cuales tienen derecho los afines hasta el segundo grado.

En el ordenamiento colombiano el nexo de afinidad no genera el impedimento matrimonial, pero si exonera al afín de declarar contra las personas que se encuentren en el primer grado de afinidad, artículo 33 constitucional. Así mismo, en el texto original del artículo 104, numeral 1 de la Ley 599 de 2000 -Código Penal-, la afinidad hasta el segundo grado era circunstancia de agravación del tipo penal de homicidio, agravante que fue excluido de la redacción del tipo penal vigente¹⁶.

¹⁴ En sentencia esta sección reconoció que tanto el matrimonio como la unión marital de hecho son tratados por la ley como vínculos, el primero jurídico y el segundo natural, para constituir una familia de manera permanente y estable, los cuales dan origen al vínculo por afinidad.

¹⁵ Cfr, RODRIGUEZ, María del Carmen y SANCHEZ MARQUEZ, Ricardo. “*El parentesco en el Derecho Comparado: con un estudio del Derecho Mexicano*” Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. 1996. Pag 101.

¹⁶ La redacción se modificó en el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008, en la que se señaló que el homicidio se agravaría en los casos de “... los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos

Igualmente, el Constituyente incluyó el vínculo por afinidad como una de las inhabilidades para que una persona pueda acceder o desempeñar un cargo público. Así, el artículo 126 constitucional introdujo una prohibición al señalar que no se podrá nombrar como empleados a las personas con las cuales se **tenga** parentesco en el **segundo grado de afinidad** y en el 179, numerales 5 y 6 estableció unas inhabilidades, en las que expresamente se hace referencia a la inhabilidad **por tener un vínculo** con personas que hayan ejercido autoridad civil o política **en el primer grado de afinidad o segundo de afinidad y** para quienes se presenten a elecciones de corporaciones que deban realizarse el mismo día y por el mismo partido o movimiento político. Inhabilidades que reprodujo el legislador, entre otros, en la Ley 617 de 2000, artículos 30 y siguientes.

2.4.2. La afinidad y sus efectos cuando se termina el vínculo que la origina

Expuesto lo anterior, la pregunta que surge y que debe absolver la Sala para decidir el caso de la referencia, es si ¿la terminación del vínculo matrimonial, bien por muerte, divorcio, cesación de los efectos civiles o por la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes¹⁷, extingue el vínculo de afinidad?

Una primera respuesta a ese interrogante se podría encontrar en el propio artículo 47 del Código Civil cuando señala que el parentesco por afinidad se da entre quien está **o ha estado casado/a** y los consanguíneos de su marido o mujer. Es decir, parece indicar que se mantiene pese a la disolución del vínculo matrimonial, sin distinguir la causa de la misma, es decir, muerte o divorcio.

En relación con las sociedades patrimoniales que se originan de las uniones maritales de hecho esa conclusión parece no tener cabida, pues una lectura del artículo 48 que, como ya se explicó en otro aparte de esta providencia, se refería a la afinidad ilegítima, aludía al **vínculo existente**, texto del que se podía deducir que quedaba excluida toda relación anterior. Es decir, debía distinguirse si se

adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica. Es ese sentido, puede entenderse que si un "afín" está integrado a la unidad familiar como la denomina el texto de la reforma, será causal de agravación punitiva.

¹⁷ En los términos del artículo 5 la Ley 54 de 1990, reformada por la Ley 979 de 2005 la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve por i). Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a Escritura Pública ante Notario; ii). De común acuerdo entre compañeros permanentes, mediante acta suscrita ante un Centro de Conciliación legalmente reconocido; iii). Por Sentencia Judicial y iv). Por la muerte de uno o ambos compañeros.

trataba de afinidad “legítima” o extramatrimonial, porque la consecuencia en apariencia era diversa, en el primer caso, el nexo se mantenía, en el segundo no. En consecuencia, no cree la Sala suficiente remitirse al texto del artículo 47 del Código Civil, como lo hizo el *a-quo* para resolver el recurso de apelación propuesto, pues se requieren de otras consideraciones para adoptar una u otra solución, pues se pueden generar tratos desiguales entre unas relaciones y otras.

En ese orden y volviendo a la regulación que de esta clase de vínculo se hacía, es importante señalar que en el derecho romano la muerte de uno de los cónyuges **extinguía** el vínculo por afinidad. No obstante, la mayoría de legislaciones a partir del brocardo “*ad finitas in coniuge superstite non deletur*” y la clara influencia de la iglesia católica, consagraron que aquel se mantenía pese a la muerte de uno de los cónyuges. La disolución del vínculo por divorcio, bajo la concepción religiosa predominante no era aceptado y, por tanto, no se admitía discusión frente a si dicho vínculo podía terminar como consecuencia de aquel.

Esa visión quedó reflejada en legislaciones como la alemana, que en su artículo 1590 señala que la relación por afinidad permanece aunque **se disuelva** el matrimonio que le dio origen. Igualmente, el Código Suizo que preceptúa “*La dissolution du mariage ou du partenariat enregistré ne fait pas cesser l’alliance*” (artículo 21), y el artículo 78 del Código Italiano según el cual “*la afinidad no cesa por la muerte...*”.

Por su parte, el Código Civil de Chile, del cual somos herederos, contempla un precepto de las mismas características del artículo 47 de nuestra legislación civil, es decir, la afinidad trasciende el vínculo. Por su parte, el Código Civil de Venezuela, artículo 40, prescribe igual consecuencia “*la muerte de uno de los cónyuges no termina el vínculo de afinidad*”¹⁸.

Ese breve repaso por las legislaciones de otros Estados, podía llevar a la conclusión que también se deriva de la lectura del artículo 47 del Código Civil, según la cual el vínculo de afinidad **no termina por extinción de la relación que le dio origen**, bien por muerte o divorcio. Es decir, que pese a que cesen los efectos civiles del matrimonio, los vínculos de afinidad se mantienen.

¹⁸ Parte de este recuento normativo se encuentra en el documento denominado “*El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción.*” Escrito por **Joaquín**

En relación con este punto, es importante advertir que el artículo 5 Ley 25 de 1992, en desarrollo del artículo 42 constitucional, señaló que el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado. Igualmente, que los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia. Posteriormente, el artículo 34 de la Ley 962 de 2005 reconoció la posibilidad del divorcio por mutuo acuerdo ante notario que produce los mismos efectos del que se decreta judicialmente.

Basados en esos preceptos, el apoderado de la parte demandada y el Agente Ministerio Público señalan que la expresión “o *ha estado casada*” del artículo 47 del Código Civil debe entenderse **derogada**, pues deducen que una vez cesan los efectos civiles del matrimonio como consecuencia del divorcio, bien sea por mutuo acuerdo o sentencia judicial, también finaliza el vínculo de afinidad, por cuanto este se origina por razón del contrato matrimonial.

La Sección no duda en señalar que uno de los efectos del matrimonio o de la unión marital de hecho que hace el legislador es el surgimiento de la relación de afinidad como se desprende de la misma redacción del artículo 47 del Código Civil. Sin embargo, también podría deducirse, como ya se ha explicado en la remisión a la legislación extranjera que antes se hizo, que dicho nexo trasciende la relación marital y no termina ni por la muerte ni por la disolución del vínculo, pues se deduce que se regula un tema que concierne a las relaciones familiares y, por tanto, la decisión de la pareja o un hecho natural como la muerte no la pueden afectar.

Es decir, existe una equiparación del vínculo de afinidad con el parentesco de consanguinidad, en la medida en que este, por su naturaleza, trasciende la desaparición del consanguíneo o cualquier decisión que él pueda tomar en relación con su estado civil –casado/unión marital de hecho-, hecho que generaría la conclusión según la cual, la mencionada expresión no se puede entender como derogada a partir de la expedición de la Constitución de 1991, en específico de su artículo 42, que expresamente señala que “*los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil*”. Al tiempo que se pregunta, ¿qué pasa con las uniones maritales de hecho cuando están terminan? La respuesta,

como se advirtió en otro aparte de esta providencia, si de la redacción de los preceptos se tratase, artículo 48 del Código Civil, llevaría a concluir que termina, pues se reconocía frente a la unión existente.

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

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

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

Si la finalidad que se busca al reconocer el vínculo de afinidad es el de producir un acercamiento afectivo entre los miembros de dos grupos familiares de origen diferente, a partir de la unión de uno de sus integrantes –razón antropológica- para de esa forma reconocer algunos derechos –concreción jurídica-, por ejemplo, dispensar la declaración contra el afín hasta el segundo grado –artículo 33 constitucional- o imponer restricciones a sus derechos, como lo es la generación de inhabilidades para el acceso a cargos públicos, –artículos 179 de la Constitución y 30 y siguientes de la Ley 617 de 2000-, aquella finalidad de crear, mantener y extender los lazos entre unos y otros, a partir del principio de

solidaridad que rige las relaciones entre los miembros de una familia, tiende a perder su razón de ser cuando el vínculo que la origina cesa, a diferencia de lo que ocurre con el parentesco de consanguinidad, pues este se proyecta en el tiempo, no se disuelve pese a la voluntad de quienes están inmersos en él.

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

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

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

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

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

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

Es por esa razón que esta causal no se configura cuando se milita en partidos o movimientos políticos diversos, pues se entiende que cada candidato-pariente o afín tendrá que salir a buscar su electorado que, por razón de la misma diferencia ideológica, se presume es diferente, lo que evita que el poder político se concentre en un único grupo familiar.

En ese mismo sentido, tampoco se materializa esta inhabilidad cuando la circunscripción o la fecha de las elecciones no sean coincidentes, bajo el entendido que el electorado en el primer caso no es el mismo y, en el segundo,

¹⁹

²⁰ La Sala no discute aquí la constitucionalidad en abstracto del vocablo “ha estado”, considera sí, que ella no puede ser aplicada razonablemente para el caso de las inhabilidades en materia electoral.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicación número: 2007-00086-02.

porque la **no** coincidencia de tiempos impedirá que la campaña de un familiar favorezca al otro.

Por tanto, se ha dicho que esta inhabilidad impide el nepotismo en la medida en que los *“ciudadanos habilitados para participar en las elecciones departamentales son los mismos habilitados para hacerlo en cada municipio del respectivo departamento, situación que se hace evidente en las elecciones de autoridades territoriales que se realizan en la misma fecha, pues por regla general, el ciudadano en unos mismos comicios elige gobernador, diputados, concejales y alcalde...”*²²

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

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

²² CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA. Sentencia de 9 de octubre de 2008. Consejero Ponente, doctor Mauricio Torres Cuervo. Radicación número: 07001-23-31-000-2007-00084-01. Actor: William Mauricio Naranjo Duarte. Demandado: Diputado de la Asamblea Departamental de Arauca.

mismas, no pueden ser consideradas una razón suficiente para imponer límites a derechos como el de elegir y ser elegido.

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

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

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

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

*Debe tratarse de una relación existente y no pasada, ni futura. Aunque el vínculo o parentesco son enlaces con vocación de permanencia, ocurre que en la vida de una persona los vínculos por matrimonio, unión permanente, o de parentesco no necesariamente tienen una vigencia que coincide con el tiempo de existencia de esa persona. Ciertamente, en la vida de una persona ciertos lazos pudieron estar vigentes sólo en una época precisa, como sucede con quienes en algún momento de su existencia establecieron un vínculo por matrimonio o unión permanente **o un parentesco por afinidad**, por adopción, o por consanguinidad judicialmente declarada.*

De lo anterior se desprende que la vigencia o existencia del vínculo o parentesco debe tener lugar en un momento determinado. En otras palabras, la vigencia o existencia que se exige de ese vínculo o parentesco para efectos de la configuración de la inhabilidad no

*puede ser un hecho indefinido en el tiempo, sino que debe limitarse a una determinada época o momento específico.*²³

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

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

Se podría argumentar que es posible que las personas recurran al cese de efectos de sus relaciones maritales o uniones de hecho para burlar el efecto de la inhabilidad que aquí se analiza, o de otras, hecho que si bien puede ocurrir y que la Sala no desconoce, no justifica por sí misma el mantenimiento de aquella, pues han de existir otros correctivos que, sin generar una limitación general y tan gravosa a los derechos fundamentales en comento, permitan asegurar los objetivos que tuvo el legislador cuando fijó esta causal.

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

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

²³ **CONSEJO DE ESTADO.** Sección Quinta. Sentencia de 22 de junio de 2006. Consejero Ponente, doctor Darío Quiñones Pinilla. Expediente 08001-23-31-000-2004-01427-02(3952). Actor Federico Rodríguez Caro y otros contra Alcalde de Santo Tomás.

2.6. Análisis del caso concreto

En el proceso de la referencia, se afirma que para la fecha en que se registraron las elecciones para la Asamblea Departamental del Atlántico, la señora Miranda Benavidez quien resultó electa por el Partido Conservador, **tenía una relación de afinidad** con el señor Alvaro Augusto Acuña Díaz quien también participó ese día como candidato por el mismo partido político como aspirante al Concejo del municipio de Soledad - Atlántico-.

En consecuencia, se solicita la nulidad de la elección de la señora Miranda Benavidez como diputada por el departamento del Atlántico, por la existencia del vínculo de afinidad en segundo grado entre ella y quien se inscribió como candidato al Concejo de Soledad por el mismo partido. Por su parte, la demandada señala que se divorció en el año 2009 y, en consecuencia, no se le puede aplicar la inhabilidad con la que se pretende anular su elección.

En efecto, se encuentra probado con la copia auténtica de la escritura pública No. 0050 de 29 de mayo de 2009, de la Notaría 11 de Barranquilla, visible de folios 105 a 116; de igual modo, con la copia auténtica del registro civil de matrimonio visible a folio 121, en el que aparece la nota marginal de ese acuerdo de voluntades, que los señores **Laureano Augusto Acuña Díaz y Merly del Socorro Miranda Benavides** acordaron cesar los efectos civiles de su matrimonio y que la demandada desde antes de esa fecha, convive con su madre y su hija, como se desprende de las declaraciones que obran a folios 60 y siguientes del expediente.

En ese sentido, la Sección, en aplicación del artículo 47 del Código Civil que define la afinidad como la existente entre una persona casada o "*que ha estado casada*" y los consanguíneos de su cónyuge, tendría que confirmar la nulidad de la elección que decretó el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Sin embargo, atendiendo lo expuesto en otros acápites de este providencia, la Sala inaplicará para el caso en estudio la expresión "*que ha estado casada*" del artículo 47 del Código Civil, para entender que el nexos de afinidad entre los señores Merly del Socorro Miranda Benavides y Alvaro Augusto Acuña Díaz para la fecha de la inscripción de la candidatura de la señora Miranda Benavides no podía tenerse como vigente, en razón a que desde mayo de 2009 los señores

Acuña Díaz y Miranda Benavides, acordaron ante autoridad competente cesar los efectos civiles de su matrimonio, terminando su relación marital.

La razón de esa inaplicación se justifica porque aquella no resulta razonable, idónea ni necesaria para lograr el fin que se propuso el Constituyente y el legislador al estructurar la inhabilidad del artículo 33, numeral 5 de la Ley 617 de 2000 en cuanto a la coexistencia de inscripciones para el segundo grado de afinidad. Su aplicación, por el contrario, generaría una lesión grave a un derecho fundamental, en el caso en estudio el de ser elegida de la que es titular la señora Miranda Benavides y que se materializó en las elecciones que se efectuaron el 30 de octubre de 2011, pues la Sala no percibe cómo la extensión del vínculo de afinidad después de la terminación de su relación matrimonial pudiera alterar los principios de igualdad, transparencia y moralidad en las elecciones que se registraron en el departamento del Atlántico.

Igualmente, no se evidencia que las relaciones de afecto y cercanía que pudieron generarse por razón del vínculo matrimonial entre la Diputada Merly del Socorro Miranda Benavides y los consanguíneos del señor Acuña Díaz, las que por cierto no están probadas en el proceso, pudieran para la fecha de la inscripción de las candidaturas –año 2011²⁴, dos años después del divorcio o cesación de los efectos civiles del matrimonio- influir en el electorado para configurar la hegemonía familiar en la política del departamento.

La inaplicación de la expresión “o *ha estado*” en este proceso, difiere de la conclusión a la que había arribado esta misma Sección en un caso que, como en el presente, se puso de manifiesto que el vínculo matrimonial había terminado. En efecto, en providencia de mayo 29 de 2003, esta Sala sostuvo expresamente que *“la decisión judicial que produjo la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico celebrado entre el alcalde elegido y la señora AA, no afecta el vínculo de afinidad legítima en primer grado que une a los señores AA con ZZ”*²⁵. En esta providencia no se hizo un estudio o consideración diferente a la transcrita, es

²⁴ De acuerdo con el calendario electoral, las inscripciones para las elecciones de 30 de octubre, comenzaron el 1 de febrero de 2011.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia de 29 de mayo de 2003. Consejero Ponente, doctor Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá. Expediente 130012331000200000502-01. Actor Emilio González Mercado.

decir, la simple existencia del vocablo “o ha estado” para llegar a la afirmación transcrita.

La posición que hoy prohija la Sala, encuentra apoyo en la Ley 1150 de 2007 **“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”**, que introdujo un inciso adicional al párrafo al **artículo 8 de la Ley 80 de 1993** para indicar que en las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, **los vínculos desaparecen** por muerte o por disolución del matrimonio.

Ha de entenderse que cuando esta norma hace alusión al “parentesco”, es para referirse al vínculo de afinidad que precisamente es el que surge por el hecho del contrato de matrimonial o de la unión marital, por cuanto el parentesco por consanguinidad no surge de aquel y trasciende no solo la muerte de los consanguíneos sino las eventualidades de sus relaciones²⁶.

En efecto, si el legislador ha decidido hoy que la inhabilidad por afinidad en materia contractual no se configurara cuando ha terminado el vínculo que lo generó, con igual o mayor razón debe considerarse que se produce el mismo efecto en el terreno del ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, por la naturaleza fundamental de este derecho.

Con fundamento en el análisis que antecede y, en razón de la inaplicación del término “o ha estado” del artículo 47 del Código Civil, se revocará lo dispuesto en los numerales 2º, 3º y 4º de la parte resolutive de la sentencia dictada el 24 de julio de 2012 dentro del proceso de la referencia y, en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA. Sentencia de 12 de diciembre de 2002. Radicación número: 20001-23-31-000-2001-1231-01(2984). Actor: Jaime René García Casadiego. Demandado: Alcalde del Municipio de González. En ese caso se señaló que *“si bien es cierto el hecho de la muerte genera unas consecuencias que tienen trascendencia jurídica como son la extinción de la personalidad del fallecido y con ella sus derechos a la vida, la salud, la libertad, la igualdad, la seguridad, el honor, la vida privada, etc., estas circunstancias, conforme al ordenamiento jurídico colombiano, no eliminan las relaciones de parentesco; por el contrario, del hecho de la muerte de una persona se origina la transmisión de sus derechos patrimoniales con fundamento precisamente en la filiación natural, que es el conjunto de regulaciones jurídicas a través de las cuales se accede a la herencia. Por el hecho de la muerte no se deja de ser hijo o hermano del causante, tal condición es la que precisamente persiste porque el Estado le ha atribuido la trascendencia jurídica de determinar los derechos sucesorales. Un vínculo jurídico de la misma naturaleza se establece entre todos los que provienen de un tronco común. Se concluye entonces que en el ordenamiento jurídico que nos rige el parentesco no se extingue por el hecho de la muerte”*.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: En consecuencia, se **REVOCAN** los numerales segundo, tercero y cuarto del fallo proferido el veinticuatro (24) de julio de dos mil doce (2012), por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

TERCERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por el señor Alexander Muñoz Peláez contra la elección de la señora Merly del Socorro Miranda Benavides como Diputada por el Departamento del Atlántico, periodo constitucional 2012-2015.

CUARTO: DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

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

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidenta

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO