

PERDIDA DE INVESTIDURA - Violación al régimen de inhabilidades. Vínculo de parentesco

La Corte Constitucional mediante sentencia C-325 de 2009 declaró inexecutable la expresión “segundo grado de consanguinidad” contenida en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, por considerar que el legislador desbordó su ámbito de competencia, pues reguló en términos más amplios que la Constitución la inhabilidad por parentesco para los diputados, de donde resulta que tal enunciado normativo es inconstitucional. considera la Sala que las pruebas allegadas demuestran de manera inequívoca que dentro de los 12 meses anteriores a la elección de Diputados, que lo fue el 28 de octubre de 2007, el sobrino del demandado ejerció dicha autoridad civil en El Agrado, municipio del Departamento del Huila, pues fungió como Personero Municipal dentro del año inmediatamente anterior a la elección como diputado del demandado. Sin embargo, confrontados los hechos que la Sala da como probados, con la descripción de la causal endilgada al demandado, vigente al momento de ocurrencia de los hechos, se observa que no hay total correspondencia o adecuación de aquellos con ésta, pues el parentesco de consanguinidad entre el demandado y su sobrino corresponde el tercer grado de consanguinidad, de donde se ha de concluir que el demandado no incurrió en la violación del régimen de inhabilidades de los diputados a que estaba sometido en la época de la elección.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 12 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 33 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 34 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 48 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 54

NOTA DE RELATORIA: Violación al régimen de inhabilidades, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 28 de julio de 2002, Rad. 7177), MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia de 24 de abril de 2003, Rad. 2002-01067, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia de 24 de agosto de 2006, Rad. 2005-01477, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Inexecutable de la expresión “segundo grado de consanguinidad”, Corte Constitucional, sentencia C-325 de 2009.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00083-01

Actor: ERIS ALONSO SANCHEZ MEDINA

Demandado: LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS

Referencia: APELACION SENTENCIA - PERDIDA DE INVESTIDURA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila de 23 de noviembre de 2012, que decretó la pérdida de la investidura de LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS como Diputado a la Asamblea Departamental del Huila.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El ciudadano ERIS ALONSO SÁNCHEZ MEDINA solicitó el 21 de agosto de 2012 la pérdida de investidura del Diputado LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS, con los siguientes fundamentos:

1.1. La causal invocada

Se imputa al demandado la causal establecida en el artículo 33, numeral 5º, de la Ley 617 de 2000.

1.2. Hechos

En los comicios del 28 de octubre de 2007, el ciudadano LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS resultó elegido Diputado a la Asamblea Departamental del Cesar para el período 2008-2011.

Los hechos que sirvieron de fundamento a la anterior solicitud de pérdida de investidura se resumen en que un sobrino del diputado demandado, de nombre EDSON JOHAN SÁNCHEZ ESPAÑA, se desempeñó como Personero del municipio del Agrado (Huila) para el período comprendido entre el 1º de marzo de 2004 y el 28 de febrero de 2007.

Por lo anterior, el actor afirma que el demandado se encontraba incurso en inhabilidad para inscribirse como candidato a la Asamblea Departamental para el periodo 2008-2011.

2. LA CONTESTACIÓN

El demandado LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS propuso las excepciones que denominó “inexistencia de la causal de pérdida de investidura”, “equivocada escogencia de la acción”, “inexistencia de inhabilidad” y “buena fe y actuación conforme a la confianza legítima”.

Manifestó que las causales de pérdida de investidura y las de inhabilidades e incompatibilidades son taxativas y de interpretación restrictiva. El legislador no estableció la violación al régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura para los diputados; por tal razón, no es permitido efectuar interpretaciones extensivas ni crear causales no previstas por el Congreso de la República.

Afirmó que ciertamente el numeral 1º del artículo 183 de la C.P. establece, de manera anti técnica, la violación al régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura para los congresistas; es claro que dicha disposición es aplicable solamente a los congresistas, no a los diputados. Tampoco es acertado sostener que por disposición del artículo 299 de la Carta, le son aplicables a los diputados las causales de pérdida de investidura de los congresistas.

Alegó que de la lectura de la demanda, con miras a obtener la pérdida de investidura del demandado, lo que en realidad se pretende es atacar la inscripción como candidato y elección como diputado, lo cual debió impetrarse ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante una acción de nulidad electoral, que por ser de carácter especial detenta un término de caducidad reducido de 20 días, el cual se encuentra en el caso presente, ampliamente superado.

Sostuvo que la inhabilidad relativa a la existencia de parentesco, con quien dentro del año inmediatamente anterior, hubiese ejercido autoridad civil, jurisdiccional o administrativa dentro de la misma circunscripción, tan solo se extendía en el caso de parentesco por consanguinidad hasta el segundo grado y, en consecuencia, mal podría imponerse una sanción tan drástica a un diputado cuando bajo el manto de la absoluta buena fe y del dictado de la ley vigente para el momento de la inscripción como candidato, su candidatura no se encontraba viciada de ilegalidad o deshonestidad alguna.

Según el demandado, la sentencia C-325/09 mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "segundo grado de consanguinidad" tiene efectos hacia el futuro, es decir que en nada afecta la situación ya consolidada para el año 2009 en cabeza del demandado ESPAÑA ROJAS como Diputado de la Asamblea Departamental, por cuanto dicha reforma solo puede regir hacia el futuro, esto es, para las próximas elecciones.

Finalmente, afirmó que comoquiera que una sanción de pérdida de investidura (que no es viable jurídicamente) acarrearía en este caso, no solo perder su condición actual de Alcalde de El Agrado (Huila), sino que además le traería graves repercusiones de índole inhabilitantes; resulta injusta en razón a que su situación está precedida de la buena fe y la confianza legítima.

3. LA AUDIENCIA

El 4 de octubre de 2012 se celebró la audiencia pública, con asistencia del Agente del Ministerio Público, el actor, el demandado y su apoderado.

3.1. El actor insistió que el diputado demandado se encontraba incurso en la causal de inhabilidad para ser elegido, en virtud de la prohibición de orden constitucional y legal consagrada en los artículos 179, numeral 5, y 299 de la Constitución Política y, 33, numeral 5º, de la Ley 617 de 2000. El demandado no podía inscribirse ni resultar electo diputado porque su sobrino se desempeñaba como Personero del municipio de El Agrado (Huila), familiar en tercer grado de consanguinidad, ejerciendo autoridad civil, política y administrativa.

3.2. El apoderado del demandado reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó se mantenga incólume la investidura de diputado de su defendido.

3.3. El Agente del Ministerio Público consideró que no se puede predicar que el demandado estuviera incurso en una causal de inhabilidad para ser elegido diputado, como quiera que la ley vigente al momento de la elección solo inhabilitaba a los candidatos con vínculos hasta el segundo grado de consanguinidad con funcionario que ejerciera autoridad civil o administrativa en el departamento y, solo con la sentencia C-325/09, cuyos efectos son hacia el futuro, se puede predicar que esta inhabilidad fue ampliada hasta el tercer grado de consanguinidad.

II. LA SENTENCIA APELADA

En sentencia de 18 de octubre de 2012, el Tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas y decretó la pérdida de investidura de LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS como Diputado del Huila.

Sostuvo que la violación del régimen de inhabilidades sí está prevista como causal de pérdida de investidura para los diputados. El régimen de inhabilidades para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales fue deferido a la Ley por el artículo 293 de la Constitución Política, pero en su artículo 299 dispuso que en lo referente a los diputados el régimen de inhabilidades no puede ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. Así, corresponde al legislador fijar el régimen de inhabilidades de los diputados, sin hacerlas menos drásticas de lo que el constituyente señaló para los congresistas, por eso mientras se presentó el vacío normativo (antes de expedirse la Ley 617 de 2000), el Consejo de Estado en aplicación de la fórmula de reenvío constitucional, les extendió el régimen de los Congresistas contenido en la Constitución.

Frente a lo anterior, precisó que al comparar las causales de inhabilidad de los congresistas (artículo 179-5 C.P.) y las establecidas para los diputados (artículo 33-5 Ley 617 de 2000), es claro que en algunos aspectos la norma legal es más estricta, pero en lo que se refiere al parentesco, el legislador fue menos rígido al regular que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado quien tenga vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad, mientras que el constituyente se refirió al tercer grado de consanguinidad.

De ahí que la Corte Constitucional mediante sentencia C-325 de 13 de mayo de 2009, haya declarado inexecutable la expresión “segundo grado de consanguinidad” que contenía el artículo 33, numeral 5º, de la Ley 617 de 2000, igualándolo al régimen de los congresistas y la sustituyó por la expresión “tercer grado de consanguinidad”. Sin duda alguna los fallos de la Corte Constitucional producen efectos hacia el futuro y, en principio, no estaría inhabilitado quien aspiró con anterioridad a dicha sentencia al cargo de diputado y tuviere parentesco en segundo grado de consanguinidad con quien ejerciera autoridad o jurisdicción en el plazo anotado y la inhabilidad para el tercer grado de consanguinidad que dicha decisión incluyó, solo es exigible a partir de la declaratoria de inexecutable.

Consideró que en los casos que ocurrieran antes de la expedición de la aludida

sentencia, opera la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar la causal legal de parentesco hasta el segundo grado y aplicar la causal constitucional de los congresistas hasta el tercer grado de consanguinidad.

Por lo tanto, en aplicación a la excepción de inconstitucionalidad y de conformidad con las pruebas allegadas las cuales demuestran que para el tiempo de la inscripción, elección y posesión del demandado como diputado, su sobrino fungió como personero y como tal, ejerció autoridad civil y administrativa, dentro de la misma circunscripción; se configuró la causal de pérdida de investidura.

III. LA IMPUGNACIÓN

El demandado solicitó que se revoque la decisión del a quo y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, el demandado sostuvo que la sentencia de primera instancia fue proferida sin la mayoría necesaria de la que se refiere el artículo 12 de la Ley 144 de 1994. En efecto, el Tribunal Administrativo del Huila está integrado por seis (6) magistrados y el fallo se estructuró en su votación así: tres (3) votos a favor de la ponencia que propuso la pérdida de investidura; dos (2) con salvamento de voto y un (1) impedimento. Así las cosas, la decisión fue tomada por tres (3) y la mayoría de los integrantes del Tribunal conformado por seis (6) magistrados, son cuatro (4) integrantes.

Posteriormente, el demandado insistió en que las inhabilidades son situaciones previas a la elección, razón por la cual es anti técnico aplicarlas a la pérdida de investidura y, en todo caso, el no entenderlas como causal de pérdida de investidura no le quita que sean fundamentos de nulidad electoral ni de sanción disciplinaria, es decir, no dejan de ser sancionadas.

Además, agregó que es equivocado señalar que por el reenvío del artículo 299 de la Constitución, las causales de pérdida de investidura de los diputados deban ser iguales a las de los congresistas, pues en primer lugar, la pérdida de investidura en la constituyente fue pensada para los congresistas no para los demás miembros de las corporaciones públicas y fue la ley la que la instituyó; y en segundo lugar, el artículo 299 equipara a los diputados con los congresistas en lo que tiene que ver con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no con la pérdida de investidura. Por tal razón, el legislador estaba facultado para hacer más

severo o más laxo la pérdida de investidura de los diputados, frente a la instituida para los congresistas.

Precisó que la sentencia objeto de esta impugnación no hace uso de la excepción de inconstitucionalidad, por cuanto ella implica dejar de aplicar una norma subalterna, para aplicar preferencialmente la Constitución al momento de fallar y, en este caso, no hay norma subalterna; pues desde 2009 la norma fue declarada inconstitucional. *“Lo que este fallo hace es reprochar al demandado por no haber hecho uso de la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000 y proceder a aplicar preferentemente los artículos 179-5 y 299 de la Constitución Política, con los cuales resultaba inhabilitado para ser elegido como diputado. (...) “Así las cosas, al demandado no le era exigible hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, por al sencilla razón de que no estaba autorizado para hacerlo, pues en modo alguno estaba ejerciendo una actividad jurisdiccional o análoga.”*

Manifestó que el fallo no hace una valoración del elemento subjetivo de la conducta y en la práctica establece una responsabilidad objetiva.

Insistió en que la inhabilidad predicada no existía al momento de la inscripción y elección del diputado para el año 2008, comoquiera que para el año 2007 la aspiración al cargo estaba respaldada por la ley, pues cuando se profirió la sentencia C-325/09, su situación se encontraba consolidada y no podía resultar afectado por un pronunciamiento judicial que solo tiene efectos jurídicos hacia el futuro.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado del demandado reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

El actor reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa pone de presente que como el Tribunal Administrativo del Huila está conformado por cinco (5) magistrados permanentes y al someterse la decisión a votación, se obtuvo el voto

favorable de la mayoría de sus integrantes, esto es, tres (3), sin tener en cuenta el voto de la magistrada de descongestión, toda vez que esta plaza no compone la Sala Plena del Tribunal.

Sostiene que tanto la Sala Plena del Consejo de Estado como la Corte Constitucional han interpretado que el régimen constitucional permite aplicar la pérdida de investidura a los diputados que violen el régimen de inhabilidades, en virtud del artículo 299 de la Constitución Política, la cual implica la existencia de un régimen similar al de los congresistas.

Considera que el apelante tiene un entendimiento equivocado de la forma en que el Tribunal Administrativo del Huila empleó la excepción de inconstitucionalidad, porque la sentencia en modo alguno cuestiona que el actor no haya acudido a la figura de la excepción de inconstitucionalidad. Por el contrario, lo que reprocha el Tribunal es que el actor no haya observado el ordenamiento jurídico, especialmente la Carta Política, que claramente indica que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados no puede ser menos estricto que el de los congresistas.

Refiere la jurisprudencia del Consejo de Estado donde se dejó claramente definida esta controversia, precisando que al realizar un examen comparativo de severidad entre la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 179-5 de la Carta y la consignada en el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000, se encuentra que el primero es más estricto en relación con el grado de consanguinidad que se requiere para que se configure la causal; en tanto el precepto constitucional alude al tercer grado de consanguinidad la norma legal al segundo, sin que exista justificación para ello, motivo por el cual, se concluye que debe respetarse la supremacía del orden constitucional y observar en primer término lo dispuesto por el constituyente y, en segundo lugar, lo prescrito por el legislador.

Afirma que para las situaciones consolidadas antes de la sentencia C-325/09, no es procedente la aplicación del principio de confianza legítima, puesto que resulta evidente la trasgresión de la Constitución Política por la norma legal, contradicción que se originó desde la entrada en vigencia de la norma.

Concluye que de conformidad con el artículo 33 (numeral 5º) de la Ley 617 de 2000, en concordancia con los artículos 179 (numeral 5º) y 299 de la Constitución,

los presupuestos normativos para que se configure la causal se configuran en el caso presente, pues existe un vínculo de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad entre el candidato y posteriormente elegido diputado y el Personero; cargo cuyas funciones son de aquellas en las que se ejercen autoridad civil, política y administrativa; ejercido durante los doce (12) meses anteriores a la elección del diputado; y dicho cargo se ejerció en el mismo Departamento.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

Como lo ha advertido la Sala en otras oportunidades, esta Sección es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de Diputados, de una parte, en virtud del artículo 48, parágrafo 2, de la Ley 617 de 2000, que establece la segunda instancia para tales procesos y, de la otra, atendiendo el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de enero 25 de 1995, según el cual las impugnaciones contra las sentencias de pérdida de investidura, proferidas por los Tribunales Administrativos, son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

6.2. Desconocimiento del artículo 12 de la Ley 144 de 1994

El recurrente manifiesta que la sentencia de primera instancia fue proferida sin la mayoría necesaria de la que se refiere el artículo 12 de la Ley 144 de 1994. En efecto, el Tribunal Administrativo del Huila está integrado por seis (6) magistrados y el fallo se estructuró en su votación así: tres (3) votos a favor de la ponencia que propuso la pérdida de investidura; dos (2) con salvamento de voto y un (1) impedimento. Así las cosas, la decisión fue tomada por tres (3) y la mayoría de los integrantes del Tribunal conformado por seis (6) magistrados, son cuatro (4) integrantes.

El tenor del artículo 12 de la Ley 144 de 1994 *“Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas”* es el siguiente:

“ARTÍCULO 12. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Realizada la audiencia, el Magistrado ponente, deberá registrar el Proyecto de Sentencia, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes y citará al Consejo de Estado ~~en~~ **pleno** para estudiar y discutir la ponencia presentada. La decisión se tomará por mayoría de votos de los miembros que la integran.”

Por su parte, el parágrafo 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 establece que la decisión proferida en los procesos de pérdida de investidura deberá ser adoptada por la mayoría de los magistrados que conforman la Sala Plena del Tribunal respectivo. La norma señala lo siguiente:

“ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

(...)

PARAGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.”

Al respecto, la Sala precisa lo siguiente:

El parágrafo 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, norma aplicable al caso concreto por tratarse de las acciones de pérdida de investidura a nivel territorial, señala que esta será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley.

Por su parte, el artículo 54 de la Ley 270 de 1996 establece que, todas las decisiones que las corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación. El tenor de la norma es el siguiente:

“ARTÍCULO 54. QUÓRUM DELIBERATORIO Y DECISORIO. Todas las decisiones que las Corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección.

Es obligación de todos los Magistrados participar en la deliberación de los asuntos que deban ser fallados por la Corporación en pleno y, en su caso,

por la sala o la sección a que pertenezcan, salvo cuando medie causa legal de impedimento aceptada por la Corporación, enfermedad o calamidad doméstica debidamente comprobadas, u otra razón legal que imponga separación temporal del cargo. La violación sin justa causa de este deber es causal de mala conducta.

El reglamento interno de cada corporación señalará los días y horas de cada semana en que ella, sus salas y sus secciones celebrarán reuniones para la deliberación de los asuntos jurisdiccionales de su competencia.

Cuando quiera que el número de los Magistrados que deban separarse del conocimiento de un asunto jurisdiccional por impedimento o recusación o por causal legal de separación del cargo, disminuya el de quienes deban decidirlo a menos de la pluralidad mínima prevista en el primer inciso, para completar ésta se acudirá a la designación de conjueces.” (negrilla fuera de texto)

De la misma manera, el artículo 128 del CPACA prevé:

“Artículo 128. Quórum para otras decisiones en el Consejo de Estado. Toda decisión de carácter jurisdiccional o no, diferente de la indicada en el artículo anterior, que tomen el Consejo de Estado en Pleno o cualquiera de sus salas, secciones, o subsecciones o los Tribunales Administrativos, o cualquiera de sus secciones, requerirá para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto favorable de la mayoría de sus miembros.

Si en la votación no se lograre la mayoría absoluta, se repetirá aquella, y sí tampoco se obtuviere, se procederá al sorteo de conjuez o conjueces, según el caso, para dirimir el empate o para conseguir tal mayoría.

Es obligación de todos los Magistrados participar en la deliberación y decisión de los asuntos que deban ser fallados por la corporación en pleno y, en su caso, por la sala o sección a la que pertenezcan, salvo cuando medie causa legal de impedimento aceptada por la corporación, enfermedad o calamidad doméstica debidamente comprobadas, u otra razón legal que imponga separación temporal del cargo. El incumplimiento sin justa causa de este deber es causal de mala conducta.

El reglamento interno señalará los días y horas de cada semana en que ella, sus salas y sus secciones celebrarán reuniones para la deliberación y decisión de los asuntos de su competencia.

Cuando quiera que el número de los Magistrados que deban separarse del conocimiento de un asunto por impedimento o recusación o por causal legal de separación del cargo disminuya el quórum decisorio, para completarlo se acudirá a la designación de conjueces.”

Como precisó el Ministerio Público en su concepto, del artículo 3º del Acuerdo PSAA12-9524 de 2012 (21 de junio), por el cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura prorrogó y ajustó algunas medidas en el marco del Plan Especial de Descongestión para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y se dictaron otras disposiciones, se puede deducir que para el Tribunal

Administrativo del Huila se creó un cargo de Magistrado de descongestión, dentro del marco del plan especial de descongestión previsto en el artículo 304 de la Ley 1437 de 2011, cuyo objetivo es el de llevar hasta su culminación todos los procesos judiciales promovidos antes de la entrada en vigencia de dicha ley que se encuentran acumulados en los juzgados, tribunales y en el Consejo de Estado.

Por lo anterior, el cargo de magistrado en descongestión del Tribunal Administrativo del Huila no compone el quorum para integrar la Sala Plena de dicha Corporación, para los procesos que se iniciaron con posterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, como en el caso presente.

Atendiendo el texto de las disposiciones transcritas, se deduce que el Tribunal Administrativo del Huila está conformado por cinco (5) magistrados y, por tanto, la mayoría absoluta requerida para adoptar la decisión se obtiene con tres (3) votos favorables, como en efecto ocurrió.

De lo expuesto, se descarta que se haya incurrido en alguna causal de nulidad de las previstas en el artículo 140 del C. de P.C.

6.3. Marco legal y jurisprudencia del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura de los diputados

El artículo 48 de la Ley 617 de 2000 dispone:

«Artículo 48. PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses.
[...]
6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.
[...]

»

La Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia de 28 de julio de 2002¹ sostuvo que pese a que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no contiene la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura, no significa que ésta haya sido suprimida, pues el numeral 6º ibidem establece la posibilidad de que otras normas también consagren causales de pérdida de investidura.

Dijo la Sala:

«Teniendo en cuenta que, ciertamente, el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no reguló “íntegramente” lo relacionado con las causales de pérdida de investidura, no deben entenderse derogadas las demás disposiciones alusivas al punto, pues a simple vista se advierte que tal norma no agotó en su totalidad el tema, ya que expresamente permitió que otras leyes también lo trataran, organizaran o definieran, cuando en el numeral 6 dispuso que se perdería la investidura: “por las demás causales expresamente previstas en la ley”. Tal regulación reconoce de manera expresa la vigencia, y por ende, la obligatoriedad de lo que otras leyes señalan al respecto. Y es preciso tener en cuenta que la Ley 617 de 2000, como ya se advirtió, sólo introdujo cambios parciales al Código de Régimen Municipal, pues no se trató de una derogatoria total ni de una “sustitución en bloque”, aspecto en el que resulta muy ilustrativo su título o encabezamiento en el que se precisa su alcance así: “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994...”. Como no existe razón meritoria que induzca a una consideración distinta, la Sala concluye que la violación al régimen de inhabilidades sigue siendo causal de pérdida de investidura para los Concejales, exégesis que habrá de orientar la definición de esta litis.»

En cuanto a los diputados, esta Sala mediante sentencias de 24 de abril de 2003² y de 24 de agosto de 2006³ sostuvo:

«De tal manera que no obstante que el artículo 48 de la Ley 617, en lo que toca con los Diputados no consagró expresamente como causal de pérdida de investidura la violación al régimen de inhabilidades, como la violación de dicho régimen sí constituye causal de pérdida de investidura para los Congresistas lo es también para aquéllos en la medida en que comparten dicho régimen, por la remisión que hace el artículo 299 constitucional.” Lo anterior se sustenta en lo expresado en la sentencia S-140 a que se ha hecho referencia, en el sentido de que “Tal norma constitucional permitió que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 8 de agosto de 2000, expediente núm. S-140, con ponencia de la Consejera doctora María Elena Giraldo Gómez, sostuviera la tesis según la cual mientras el legislador no dictara un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades para los Diputados más riguroso, en comparación con el de los Congresistas debe acudir al de éstos, por el reenvío que hace la Constitución al régimen de los Congresistas, en lo que corresponda.” La anotada posición jurisprudencial de la Sala fue reiterada en sentencia de la misma, de 15 de mayo de 2003, expediente núm. 8707, consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero, en la cual concluye que “Trasladadas las anteriores apreciaciones jurídicas (refiriéndose a las del fallo de 23 de abril de 2002 de Sala Plena atrás transcritas) al caso de los diputados a las asambleas departamentales, encuentra la Sala que no existe razón alguna para considerar que la violación al régimen de inhabilidades no constituya causal de Pérdida de la Investidura para estos servidores públicos.»

¹ Radicación 7177. Actor: Julio Vicente Niño Mateus. M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo.

² Expediente: 2002-1067. M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo.

³ Expediente: 2005-1477. M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

Así, tratándose de la imputación de una causal de inhabilidad, la Sala pasa a considerarla.

6.4. Incompatibilidad entre la inhabilidad prevista en el artículo 179, numeral 5º de la Constitución Política aplicable a los congresistas, frente a la señalada en el artículo 33, numeral 5º, de la Ley 617 de 2000 para los diputados. Los efectos de la sentencia C-325 de 2009 que declaró inexecutable la expresión “segundo grado de consanguinidad” no es aplicable al caso concreto.

La norma constitucional dice:

“Artículo 179.- No podrán ser congresistas:

(...)

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en **tercer grado de consanguinidad**, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.” (negrilla fuera de texto)

Y el artículo 33 numeral 5 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000 prescribe:

“Artículo 33.- De las inhabilidades de los diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

(...)

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en **segundo grado de consanguinidad**, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento. (...)” (Se imponen negrillas)

La Corte Constitucional mediante sentencia C-325 de 2009 declaró inexecutable la expresión “segundo grado de consanguinidad” contenida en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, por considerar que el legislador desbordó su ámbito de competencia, pues reguló en términos más amplios que la Constitución la inhabilidad por parentesco para los diputados, de donde resulta que tal enunciado normativo es inconstitucional. La Corte Sostuvo:

“Si bien el artículo 299 de la Constitución Política faculta al legislador para regular el régimen de inhabilidades de los aspirantes a ser diputados, la misma norma le establece un límite a dicha facultad, en el sentido de que no puede éste adoptar medidas de prohibición menos estrictas que las previstas por la propia Carta para quienes pretendan ser congresistas. Bajo estos parámetros, considerando que la Constitución hizo extensiva la causal de inelegibilidad por parentesco hasta el “tercer grado de consanguinidad”, en tanto que la Ley 617 de 2000, en el primer enunciado normativo del numeral 5º del artículo 33 sólo la extendió hasta el “segundo grado de consanguinidad”, no le queda duda a la Corte que a través de

esta última expresión, el legislador desbordó su ámbito de competencia, pues reguló en términos más amplios que la Constitución la inhabilidad por parentesco para los diputados, de donde resulta que tal enunciado normativo es inconstitucional, pero en razón a no ser posible la declaratoria de inexecuibilidad simple, por cuanto una decisión con ese alcance generaría vacíos e inconsistencias en la aplicación de la preceptiva impugnada, manteniendo incluso vigente su contrariedad con la Constitución, produciendo tal decisión un efecto contrario al perseguido en este juicio, este Tribunal considera que lo que cabe en el presente caso es acudir al expediente de las sentencias integradoras, en la modalidad sustitutiva, que permita, por un lado, retirar del ordenamiento jurídico los contenidos normativos juzgados como inconstitucionales y, por el otro, ajustar la disposición de manera que exprese un significado coherente, de acuerdo con los designios de la Constitución.”

La Corte Constitucional en diversas oportunidades ha establecido que “cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, ‘a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”⁴.

Luego de producida la declaratoria de inexecuibilidad y de notificada la sentencia que así lo disponga, ya no podrá hablarse de su inaplicación en un caso dado, porque la norma desapareció del ordenamiento. En cambio, antes de su juzgamiento por vía de la acción, incluso antes de la ejecutoria de la sentencia que declara inexecuible, nada le impedía al juez inaplicarla para solucionar una petición anterior como tampoco nada le impedía a la parte pedir su inaplicación.

De conformidad con lo anterior, es claro que en las situaciones que se presentaron con anterioridad al fallo de la Corte que declaró inexecuible la expresión “segundo grado de consanguinidad” contenida en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 no prospera la solicitud de pérdida de investidura, puesto que para esa fecha la norma se encontraba vigente y, por ende, correspondía al demandado ceñirse a la misma como en efecto lo hizo.

No ocurre lo mismo con las situaciones o los supuestos de hecho presentados con posterioridad al fallo de la Corte, como quiera que para esa fecha la expresión “segundo grado de consanguinidad” contenida en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, habían perdido vigencia luego de ser declarado inexecuible

mediante sentencia C-325 de 13 de mayo de 2009, decisión que surtió efectos a partir del día siguiente a la fecha en que fue proferida, es decir, a partir del 14 de mayo de 2009.

Ante la declaratoria de inexecutable de la expresión “*segundo grado de consanguinidad*” contenida en la norma, no cabe duda de que dicho término fue retirado del mundo jurídico; no obstante lo anterior y teniendo en cuenta los principios de buena fe y confianza legítima (artículo 86 de la C.P.), que constituyen fundamento del sistema jurídico, el ciudadano actúa en el entendido de que la Administración respeta las reglas de juego vigentes al momento de realizar determinada conducta.

Es por ello que la Sala estima que debe entenderse que el término “*segundo grado de consanguinidad*”, declarado inexecutable, es procedente aplicarlo a las situaciones jurídicas consolidadas de quienes vienen amparados en una norma vigente al momento que decidieron inscribirse como candidatos y resultaron elegidos como diputados con anterioridad a la sentencia C-325/09, derechos originados válidamente en vigencia del artículo 33, numeral 5º, de la ley 617 de 2000 y que estaban llamados a continuar produciendo efectos para las elecciones que se realizaron en el año 2007.

6.5. El caso concreto

En relación con la violación al régimen de inhabilidades, cabe tener en cuenta que la Ley 617 de 2000 en sus artículos 33 y 34 estableció la relación de conductas o supuestos constitutivos de inhabilidades e incompatibilidades, que conforme al artículo 86 ibidem se aplican a los Diputados que, como en este caso, se eligieron con posterioridad al año 2001.

La demanda plantea que el Diputado LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS está incurso en la causal de pérdida de investidura establecida en el artículo 33 numeral 5º de la Ley 617 de 2000, por cuanto su sobrino EDSON JOHAN SÁNCHEZ ESPAÑA, se desempeñó como Personero del municipio del Agrado (Huila), cargo que implica ejercicio de autoridad civil y administrativa; y que dicho cargo se ejerció dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección de aquél como Diputado en el Departamento del Huila. Esta norma dispone:

⁴ Sentencia C-973/04. Providencia de 13 de noviembre de 2008. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Expediente N° 2003-00805. Actor: Pharmacia Inter American Corporation.

«ARTICULO 33. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

(...)

5. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, sustituido por el aparte entre <>> Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en ~~segundo grado de consanguinidad~~ <tercer grado de consanguinidad>, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, 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.»

Procede entonces la Sala al análisis de los elementos de la causal endilgada a efectos de determinar si procede o no, decretar la pérdida de la investidura del ciudadano LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS como Diputado del Huila.

Los elementos o supuestos necesarios para que se presente la inhabilidad alegada en el caso concreto son los siguientes:

- i) Tener la condición de Diputado;
- ii) Haber tenido vínculo matrimonial o unión permanente o parentesco en los grados señalados en la ley.
- iii) Que dicho vínculo se tenga con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento.

En cuanto al primero de los supuestos, observa la Sala que la calidad de Diputado a la Asamblea del Huila ostentada por el señor LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS para el período 2008-2011 (fl. 14) se encuentra demostrada.

En lo que respecta al segundo de los elementos, la Sala precisa que como la elección del demandado ocurrió el 30 de octubre de 2007, esto es, con anterioridad a la sentencia C-325 de 13 de mayo de 2009, que declaró inexecutable

el término “segundo grado de consanguinidad”, la inhabilidad que se estudia en el caso presente se circunscribe a dicho grado de consanguinidad y no a otro.

Para demostrar la relación de parentesco, el actor allegó copia del registro civil de los señores LUIS ALFONSO ESPAÑA ROJAS, demandado, FABIOLA ESPAÑA ROJAS, hermana del demandado, y EDSON JOHAN SÁNCHEZ ESPAÑA, hijo de la señora Fabiola España Rojas y, por tanto, sobrino del demandado. (folios 2, 30, 31)

La relación de parentesco entre el demandado y el señor EDSON JOHAN SÁNCHEZ ESPAÑA corresponde al tercer grado de consanguinidad de conformidad con el artículo 37 del Código Civil.

También está probado que el señor EDSON JOHAN SÁNCHEZ ESPAÑA, sobrino del demandado, se desempeñó como Personero del municipio de El Agrado (Huila) durante el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2004 hasta el 29 de febrero de 2008 (folio 28).

La Sala en sentencia de 24 de julio de 2008⁵ estudió las funciones del cargo de Personero Municipal y sostuvo que dicho cargo es de aquellos que ejerce autoridad civil. Dijo la Sala:

“Esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha precisado, y ahora lo reitera, que el Personero Municipal ejerce autoridad civil. Por tal se ha entendido, según la abundante Jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que frente al tema se ha generado, con ocasión del estudio de las pérdidas de investidura de los Congresistas, como la autoridad confiada a un servidor público por razón de sus funciones que consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporta poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas; que el concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades de servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es, al mismo tiempo autoridad civil. Igualmente, se ha advertido que la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos

⁵ Expediente: 2007-0681, Actor: Carlos Eduardo Gómez Patiño, M.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la autoridad civil que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata. En consecuencia, lo que pretende la institución constitucional es impedir que la influencia sobre el electorado proveniente del poder del Estado se pueda utilizar en provecho propio o en beneficio de parientes o allegados.

Es importante resaltar que en torno a las funciones de los Personeros Municipales la Corte Constitucional en sentencia C-431 de 1998 precisó lo siguiente, teniendo en cuenta el texto del artículo 118 de la Carta Política, que es del siguiente tenor:

".....Artículo 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley..."(Negrillas y subrayas fuera de texto).

De dicho texto dedujo que es evidente entonces que la Constitución política faculta a los Personeros para ejercer funciones de Ministerio Público y *que éste tiene un carácter institucional en la Constitución que corresponde al órgano autónomo e independiente de control encargado de realizar específicas funciones estatales; que los personeros municipales dentro de la jerarquía institucional tienen a su cargo el desempeño de las funciones propias del Ministerio Público a nivel municipal*, lo cual se hace evidente en las normas legales que, dando estricto cumplimiento a los mandatos constitucionales sobre la materia, reglamentan la institución de la personería; que *el personero municipal, puede considerarse como agente del Ministerio Público, en el sentido de que actúa o funge como tal al desarrollar funciones que pertenecen a la órbita de dicha institución.*

Que de acuerdo con el artículo 178 de la ley 136 de 1994, le corresponde:

"4) adelantar las investigaciones correspondientes acogiéndose a los procedimientos establecidos por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de la investigación".

"5) Intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales".

"16) Cooperar en el desarrollo de las políticas y orientaciones propuestas por el Defensor del Pueblo en el territorio municipal".

"17) Interponer por delegación del Defensor del Pueblo las acciones de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión".

"23) Todas las demás que le sean delegadas por el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo".

Se dijo también en la referida sentencia que debe ponerse de manifiesto que a la institución del personero municipal, de honda raigambre histórico-jurídica, se le ha encargado tradicionalmente la protección del interés general, la guarda y promoción de los derechos humanos y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas."

Dicho lo anterior, considera la Sala que las pruebas allegadas demuestran de manera inequívoca que dentro de los 12 meses anteriores a la elección de

Diputados, que lo fue el 28 de octubre de 2007, el sobrino del demandado ejerció dicha autoridad civil en El Agrado, municipio del Departamento del Huila, pues fungió como Personero Municipal dentro del año inmediatamente anterior a la elección como diputado del demandado.

Sin embargo, confrontados los hechos que la Sala da como probados, con la descripción de la causal endilgada al demandado, vigente al momento de ocurrencia de los hechos, se observa que no hay total correspondencia o adecuación de aquellos con ésta, pues el parentesco de consanguinidad entre el demandado y su sobrino corresponde el tercer grado de consanguinidad, de donde se ha de concluir que el demandado no incurrió en la violación del régimen de inhabilidades de los diputados a que estaba sometido en la época de la elección.

Fuerza es, entonces revocar la sentencia apelada y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, conforme se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia apelada proferida el 23 de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo del Huila y, en su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GONZÁLEZ

Presidente

MARIA ELIZABETH GARCÍA

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA