

ACTOS DE TRAMITE O PREVIOS AL ACTO QUE DECLARA LA ELECCION – No son pasibles de la acción electoral

Por regla general los actos previos o de trámite no pueden ser objeto del contencioso electoral, ya que ese planteamiento concuerda con lo establecido en los artículos 49 y 50 del C.C.A., en tanto disponen en su orden que “No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite,...”, y que “Son actos definitivos, [los] que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto;...” (Negrillas de la Sala Plena). De igual forma coincide el planteamiento con lo prescrito en el artículo 229 ibídem, según el cual para obtener la nulidad de una elección “...deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a estos.”. Bajo la regla general, que surge de las anteriores disposiciones, es dable afirmar que el control de legalidad sobre las actuaciones de la administración pública, únicamente puede recaer sobre las que tengan la calidad de actos administrativos, es decir aquellas por medio de las cuales se adopten decisiones definitivas, bien para crear, modificar o extinguir un derecho; por lo mismo, no pueden enjuiciarse las actuaciones que carezcan de esa condición, ya que por su naturaleza transitoria, accesoria o de trámite, ningún efecto produciría el respectivo pronunciamiento. Advierte la Sala Plena en las anteriores normas que por disposición del legislador extraordinario en el proceso electoral no solo puede demandarse el acto mediante el cual se declara la elección, pues también se abre la posibilidad a que otros actos de las corporaciones electorales puedan ser igualmente objeto de impugnación, pese a que puedan calificarse materialmente como actos previos al acto de elección, siempre que con las mismas se hayan adoptado algunas decisiones dentro del certamen electoral, que es lo que en efecto ocurre, por ejemplo, con los actos mediante los cuales se computan los registros o votos por una determinada opción política. Estas premisas llevan a desestimar la excepción estudiada, como quiera que el petitum de la demanda, además de dirigirse contra el acto de elección (Acuerdo No. 12 de julio 19/10), contempla actos que se ajustan a lo prescrito en los artículos 223 y 227 del C.C.A. En efecto, tanto la Resolución No. 1782 del 18 de julio de 2010, como la Resolución No. 1792 proferida el día siguiente, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, son pasibles del proceso de nulidad electoral, en atención a que recayeron sobre los registros electorales, al punto que propiciaron la expedición de nuevos formularios E-24 y E-26 para Cámara de Representantes por el departamento del Magdalena.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 49 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 50 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 229

INHABILIDAD DE CONGRESISTA – Término dentro del cual opera la prohibición para ser elegido. Causales / INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CAMARA POR PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERCE AUTORIDAD CIVIL – Se aplica para la fecha de las elecciones

El régimen de inhabilidades de los congresistas, consagrado en el artículo 179 Superior, se caracteriza porque por lo general en las distintas causales expresamente se precisa de un tiempo o término dentro del cual opera la prohibición para ser elegido congresista. Así, en la primera, que trata de la condena penal, salvo por delitos políticos o culposos, la prohibición se aplica en forma intemporal, de suerte que una vez producida la decisión judicial la persona no podrá postularse ni ser elegida como tal; en la segunda, que trata del ejercicio

de autoridad, la inhabilidad prevé que ello debe ocurrir dentro de los 12 meses anteriores al día de las elecciones; en la tercera, referida a la intervención en gestión de negocios o en la celebración de contratos, o llevar la representación legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, el constituyente determinó que esa conducta tenga lugar dentro de los 6 meses que preceden a la fecha de la elección; en la cuarta, que trata de la pérdida de la investidura decretada por sentencia judicial en firme, también se concibió con carácter intemporal; en la sexta, concerniente a la inscripción de los parientes o allegados por un mismo partido o movimiento político, se estableció que ello ocurra con ese acto y se materialice el día de las elecciones; y en la séptima causal, sobre doble nacionalidad, es claro que también es intemporal, incluso sobreviniente. En cuanto a la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional, se presenta una situación bien peculiar, consistente en que expresamente no se fija un término dentro del cual opera la prohibición allí contenida. Sin embargo, de su composición gramatical se ha podido establecer que la misma tiene aplicación para la fecha de las elecciones, ya que el verbo “ejercer” que rige la conducta alusiva a la autoridad civil o política, está conjugado en presente, en perfecta armonía con el encabezado del artículo 179, según el cual “No podrán ser congresistas:...”, lo cual reafirma la tesis de que el ejercicio de autoridad que inhabilita para ser elegido congresista es aquel que se surte el mismo día de las elecciones.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 179

INHABILIDAD POR EJERCICIO DE AUTORIDAD CIVIL O POLITICA – Para que se configure no es necesario que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, basta con tenerla

Para la Sala Plena se impone precisar el alcance de la voz activa que rige la conducta atinente a la autoridad civil o política, derivada del verbo “ejercer”, que como ya se dijo se conjugó en presente bajo la forma verbal “ejercen”. Dicho verbo se define como “1. Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión. 2. Hacer uso de un derecho, capacidad o virtud. 3. Realizar sobre alguien o algo una acción, influjo, etc. 4. Poner en práctica formas de comportamiento atribuidas a una determinada condición.”. Si se buscara definir esa expresión por su sentido natural y obvio, habría que decir que alberga posiciones activas o el desarrollo de conductas efectivamente ejecutadas; sin embargo, como el término debe interpretarse en un contexto democrático, en procura de la plena realización de los derechos y garantías constitucionalmente establecidas para el ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C.P. Art. 40), es lo cierto que su interpretación debe ser finalística, acorde con los altos intereses que se quieren proteger. En efecto, la salvaguarda del principio de igualdad, necesario para la realización de un certamen electoral, no sería plena si se entendiera que la comentada inhabilidad se configura únicamente cuando se le prueba al respectivo pariente o allegado, que efectivamente ejerció la autoridad civil o política que su investidura le otorga, ya que la experiencia ha demostrado que el influjo sobre la libre elección de votar por uno u otro candidato, incluso de no ejercer el derecho al sufragio, puede verse afectada al omitir o dejar de ejercer el poder de mando derivado del propio Estado, dado que no asumir algunas decisiones puede tener injerencia directa en las preferencias de los electores.

DESIGNACION ALCALDE AD HOC – Se hace para un fin específico. No hay supresión total de funciones para la primera autoridad local / FALTAS ABSOLUTAS DEL ALCALDE - El alcalde ya no tiene ninguna atribución

frente a la administración local / FALTAS RELATIVAS DEL ALCALDE - Conservan al alcalde sus competencias constitucionales y legales / LICENCIA NO REMUNERADA Y DESIGNACION DE ALCALDE AD HOC – Son situaciones administrativas que no separan al alcalde titular de sus funciones

Aunque en principio podría pensarse que la designación del alcalde ad-hoc fue para todos los efectos legales, esto es para que se ocupara de la totalidad de las competencias inherentes al alcalde de Pijiño del Carmen, es lo cierto que ello no fue así. Debe señalarse que el latinajo “ad-hoc” se traduce a nivel literal “para esto” y conceptualmente se utiliza “para referirse a lo que se dice o hace solo para un fin determinado [o] Adecuado, apropiado, dispuesto especialmente para un fin” (Negrillas de la Sala Plena), de modo que esa designación sólo puede entenderse a la luz del propósito que la inspiró, como fue el de salvaguardar el principio de igualdad y la transparencia del certamen electoral, esto es para que dicho funcionario ad-hoc asumiera las funciones que frente al certamen electoral le asigna el ordenamiento jurídico, en particular las relativas a la actuación del alcalde como clavero en los escrutinios municipales, que eventualmente lo colocarían como garante de la votación que habría de escrutar a su pariente o allegado. Por lo mismo, la designación de alcalde ad-hoc en el municipio Pijiño del Carmen, para la jornada electoral de marzo 14 de 2010, no puede calificarse como una *capitus deminutio* máxima o supresión total de funciones para la primera autoridad local, pues como se vio ello aludió única y exclusivamente a las funciones electorales. Lo dicho permite afirmar, pese a su obviedad, que ante la falta absoluta del alcalde ya ninguna atribución podrá ejercer frente a la administración local; y que, en cambio, por regla general las faltas temporales le conservan al alcalde sus competencias constitucionales y legales, así encargue a otro funcionario de la administración local, de lo cual se exceptúan las suspensiones, en las que la separación del cargo es por decisión de otra autoridad y por causas que hacen imperioso impedir que el alcalde siga ejerciendo cualquier forma de autoridad. Ni la designación de alcalde ad-hoc con el Decreto No. 068 del 11 de marzo de 2010, ni la concesión de licencia no remunerada al alcalde titular del municipio Pijiño del Carmen con el Decreto No. 055 del 3 de los mismos mes y año, impidieron que el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez ostentara –que no ejerciera- las funciones propias del alcalde; en la primera situación, porque el alcalde ad-hoc solamente se ocupó de las funciones electorales de cara al certamen electoral del 14 de marzo de 2010, y en la segunda situación, porque la licencia otorgada y la designación de alcalde encargado, no privó al titular del cargo de la potencialidad de ejercer las funciones inherentes a la dignidad de alcalde. Es decir, que estas situaciones administrativas no tienen ninguna incidencia en la posición jurisprudencial de esta Corporación, según la cual la configuración de la inhabilidad estudiada no requiere del ejercicio efectivo de la autoridad, pues basta con que se ostenten.

SENTENCIA DE UNIFICACION – Alcance de la causal de inhabilidad de Representante a la Cámara por parentesco con autoridad civil o política municipal / INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CAMARA POR PARENTESCO CON ALCALDE – Circunscripción electoral departamental se integra con las circunscripciones / INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CAMARA POR PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERCE AUTORIDAD – El ejercicio de autoridad del pariente o del cónyuge no debe comprender todo el departamento / INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CAMARA POR PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERCE AUTORIDAD – No debe existir coincidencia de circunscripciones electorales

Queda en claro que la inhabilidad por matrimonio o parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad se cumple cuando la misma se materializa o desarrolla "...en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.", de suerte que si se trata de un Representante a la Cámara la prohibición de postularse y ser elegido como tal opera tanto si el cónyuge o pariente ejerce autoridad en una entidad del nivel departamental por el cual se surte la elección, como si la autoridad se lleva a cabo en una entidad del nivel municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual se aspira a ser congresista. Es cierto que en materia electoral existen distintas circunscripciones, como son la nacional, la departamental, la municipal y la de las localidades, dentro de las cuales se convocan y practican distintas elecciones, en unos casos para elegir autoridades territoriales y en otros para elegir autoridades nacionales. Con todo, en las elecciones realizadas en las circunscripciones departamentales, como es la elección de Representantes a la Cámara -que no por ello deja de ser una autoridad del orden nacional que representa los intereses de la Nación-, la participación de los electores es una sola, sin que puedan escindirse los electores del departamento de los electores de sus municipios, ya que son los habitantes de estos últimos -que son los mismos del departamento-, los que en últimas terminan decidiendo en quienes recae la representación ante el Congreso de la República. Una interpretación en contrario, como la que en su momento sostuvo la Sección Quinta, quebranta el principio de igualdad electoral, en atención a que los aspirantes a la Cámara de Representantes, con parientes en ejercicio de autoridad en entidades del nivel local, le llevarán a sus contendores una inaceptable ventaja, fruto de los factores de poder con origen en el propio Estado, que es precisamente contra lo que el constituyente y el legislador han luchado en las últimas reformas al régimen de inhabilidades. Además, no podría negarse que la autoridad estatal del pariente del candidato, quiérase o no, terminaría sirviendo de plataforma política para ese aspirante, por lo atractivo que resultaría para los electores acompañar la candidatura de alguien que ya tiene un cargo destacado en la administración de uno de los municipios del respectivo departamento, práctica que desde luego promovería el nepotismo, hoy en día inaceptable. La tesis de que aquella expresión solamente cobija a los funcionarios con autoridad pertenecientes al nivel departamental, surgió a raíz de una interpretación que no se comparte ahora, del último inciso del artículo 179 Constitucional, que consagra una excepción a la regla establecida en el párrafo inmediatamente anterior. En efecto, según esa disposición, se asume que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, esto es con las circunscripciones departamental, municipal y local en sentido estricto, salvo "...para la inhabilidad consignada en el numeral 5.". El equívoco surgió a partir de no advertir que esta excepción se refiere única y exclusivamente a quienes se eligen al Congreso de la República por circunscripción nacional, categoría dentro de la que no están comprendidos, por regla general, los Representantes a la Cámara por circunscripción territorial o departamental.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 179

NOTA DE RELATORIA: Aclaraciones de voto de los doctores Ruth Stella Correa Palacio y Danilo Alfonso Rojas Betancourth. Con salvamentos de voto de los doctores William Giraldo Giraldo, María Claudia Rojas Lasso, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero y Alberto Yepes Barreiro

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente (E): SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00099-00

Actor: CARLOS NERY LOPEZ

Demandado: REPRESENTANTE MAGDALENA – DR. ISSA ELJADUE GUTIERREZ

FALLO

Electoral – Fallo Única Instancia – Importancia Jurídica

Agotados los trámites correspondientes al proceso electoral de la referencia, y en atención a que el presente negocio fue seleccionado por importancia jurídica y trascendencia social, profiere la Sala Plena sentencia de única instancia.

I.- LA DEMANDA

1.- Las Pretensiones¹

Con la demanda se pidió:

“PRIMERA. Que es nulo el acto declaratorio de la elección del señor ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral territorial del Magdalena, contenido en el Acuerdo número 12 de 19 de julio de 2010 y formulario E-26 correspondiente dictados por el Consejo Nacional Electoral, por encontrarse incurso en causal de inhabilidad constitucional para ser elegido en dicho cargo, generada por el ejercicio de autoridad civil en la circunscripción electoral departamental del Magdalena por parte de su hermano ANTONIO ELJADUE GUTIÉRREZ.

SEGUNDA. Que son igualmente nulas las resoluciones del Consejo Nacional Electoral números 1782 del 18 de julio de 2010, por medio de la cual ordenó expedir nuevos formularios E-24 y E-26 para Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral del Magdalena y Resolución del 19 de Julio de 2010, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición formulados contra la Resolución número 1782 del 18 de junio citada.

TERCERA. Que como consecuencia de la anterior decisión se declare elegido al candidato que resulte con la segunda mayor votación de quienes participaron como candidatos del Partido Conservador en las elecciones para Cámara de Representantes en la Circunscripción Electoral Territorial del Magdalena.

¹ La síntesis que se hace de la demanda corresponde al texto visible de folios 173 a 212.

CUARTA. Que se comunique la sentencia a las autoridades que legalmente o por razón de sus funciones deben conocerla.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.

Que se declare nulo el Acuerdo número 12 del 19 de julio de 2010 y el formulario E-26 Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral del Magdalena, en cuanto a la declaración de elección del señor ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ en él contenida, por encontrarse incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional concordante con el numeral 5 del artículo 223 del C.C.A., porque su hermano ANTONIO ELJADUE GUTIÉRREZ ejerció autoridad política, civil y administrativa en su condición de alcalde del Municipio de Pijiño del Carmen (Magdalena), de conformidad con la jurisprudencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha 28 de mayo de 2002. M.P. Jesús María Lemos Bustamante. Rad. 11001-03-15-000-2001-0249-01 (PI-033) 11001-03-15-000-2001-0262-01 (PI-034), la misma que aún no ha sido rectificadas.

De prosperar la anterior pretensión, que se declare electo al candidato que haya sucedido al señor ISSA ELJADUE GUTIÉRREZ en número de votos dentro del partido Conservador en la referida elección y se comunique la sentencia a las autoridades que legalmente deban conocerla.”

2.- Soporte Fático

Con los hechos de la demanda se afirma que:

1.- El 14 de marzo de 2010 se realizaron las elecciones para Congreso de la República.

2.- El Consejo Nacional Electoral trasladó la práctica del escrutinio de 11 municipios del Magdalena a Bogotá, en cuyo desarrollo se formularon reclamaciones y se dictaron diversos actos administrativos para ordenar la expedición de nuevos formularios E-24 y E-26.

3.- Dicho organismo no acogió la petición de abstenerse de declarar la elección del demandado por inhabilidad, para lo cual sostuvo que no era clara.

4.- Con Acuerdo 12 del 19 de julio de 2010 el Consejo Nacional Electoral declaró elegidos Representantes a la Cámara por el Magdalena, período 2010-2014, a Issa Eljadue Gutiérrez (Partido Conservador), Eduardo Agatón Diazgranados Abadía (Partido de la U), Mónica Anaya Anaya (Partido Liberal), Roberto José Herrera Díaz (Partido Alas) y Libardo Enrique García Guerrero (Partido de Integración Nacional).

5.- El señor Antonio Eljadue Gutiérrez, hermano del demandado, viene actuando como alcalde del municipio Pijiño del Carmen desde el 1º de enero de 2008, y son hermanos por ser los dos hijos de Isadora Gutiérrez Palomino y Salomón Eljadue Rizcala.

6.- Por su condición de alcalde del municipio Pijiño del Carmen, el señor Antonio Eljadue Gutiérrez pasó a integrar, desde su misma posesión ocurrida el 1º de enero de 2008, la asamblea corporativa de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena “CORPAMAG”, la cual conservará hasta finalizar su período.

7.- En la asamblea del 26 de febrero de 2009 Antonio Eljadue Gutiérrez fue elegido miembro del Consejo de Administración de CORPAMAG, cargo que ejerció hasta el 21 de febrero de 2010.

3.- Normas violadas y concepto de violación

Afirmó el actor que el demandado incurrió en la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, y para desarrollar su acusación invocó la sentencia del 28 de mayo de 2002 dictada en el proceso de pérdida de investidura 110010315000200100249-01 (PI-033) y 110010315000200100262-01 (PI-034), según la cual la inhabilidad opera cuando el pariente ejerce la respectiva autoridad en cualquiera de los municipios pertenecientes al departamento por el que fue elegido el congresista; y de igual forma hizo un seguimiento al tratamiento que la jurisprudencia de esta Corporación ha dado al concepto de autoridad civil, para destacar sus efectos endógenos y exógenos, que no hay una relación de género a especie entre la autoridad civil y la autoridad administrativa, y que resulta válido acudir a la definición del artículo 188 de la Ley 136 de 1994. En cuanto a la época en que debe ejercerse la respectiva autoridad, para que se configure la inhabilidad, dijo que ello debe ocurrir en la misma fecha de la elección, debido a que la causal no consagra un término específico.

Posteriormente reiteró los hechos de la demanda para insistir en la materialización de la inhabilidad por el hecho de que el señor Antonio Eljadue Gutiérrez, hermano del congresista demandado, fue elegido y viene actuando como alcalde del municipio de Pijiño del Carmen desde el 1º de enero de 2008 hasta la fecha, así como por el hecho de haberse desempeñado como miembro del Consejo Directivo de CORPAMAG entre el 26 de febrero de 2009 y el 21 de febrero de 2010.

Que por la naturaleza jurídica de CORPAMAG y por las funciones que tiene a cargo, calificadas por el actor como ejercicio de poder público en función de mando, esas entidades ejercen autoridad civil. Según el artículo 24 de la Ley 99 de 1993 su asamblea corporativa es el principal órgano de dirección de la corporación, la cual está integrada por los alcaldes de los municipios localizados en su jurisdicción, quienes tienen derecho a voto. Por virtud del artículo 26 literales d) y e) de la Ley 99 de 1993, la asamblea corporativa debe elegir hasta 4 alcaldes y 2 representantes del sector privado para integrar el consejo directivo, que junto al director general ejerce las demás competencias de administración de la corporación.

Encontró que las funciones asignadas al consejo directivo de CORPAMAG, tales como aprobación de distritos de manejo integrado, distritos de conservación de suelos, reservas forestales y parques naturales, así como la aprobación del plan nacional de actividades y el presupuesto anual de inversiones, constituyen ejercicio de autoridad civil a cargo de esos cuerpos colegiados y desde luego a través de los funcionarios públicos que ejercen cargos de dirección administrativa en la entidad, ya que tal forma de autoridad *"...solo (sic) se puede predicar del funcionario persona natural a quien le está atribuida, porque lo que pervierte la función pública y viola la igualdad de los candidatos ante la elección es el hecho de estar investido de esas clases de autoridad, conjuntamente con los restantes requisitos examinados precedentemente, y ello ocurre tanto a las personas naturales como a los integrantes de un colegiado o entidad."* Respalda lo último en lo dicho en la sentencia del 1º de febrero de 2000, dictada por la Sala Plena en el proceso de pérdida de investidura AC-7974.

Reiteró luego que el señor Antonio Eljadue Gutiérrez, hermano del demandado, además ejerce autoridad política, civil y administrativa en el municipio de Pijiño del Carmen, por haberse desempeñado como tal desde el 1º de enero de 2008 hasta la fecha; y, que por su condición de integrante de la asamblea corporativa de CORPAMAG, ejerce autoridad civil en la totalidad del departamento del Magdalena, porque según la Ley 28 de marzo 16/88 dentro de su área de influencia se encuentra esa entidad territorial, salvo algunas áreas reservadas a la Corporación para el Desarrollo Sostenible de la Sierra Nevada de Santa Marta, que luego se adicionaron a CORPAMAG por virtud de la expedición de las Leyes 344 de diciembre 24/96 y 1152 de julio 24/07, de suerte que esta corporación, ante la supresión de aquella otra corporación, recobró la integridad de todo el departamento. Además, dijo:

“No resulta de recibo pretender que porque la ciudad de Santa Marta posee una autoridad ambiental adscrita a la Alcaldía municipal, la Corporación Autónoma Regional del Magdalena Corpamag., no ejerce sus competencias en la misma por un (sic) sencilla razón de orden jurídico legal, entre otras, y es que de conformidad con el artículo 66 de la Ley 99 de 1993 las autoridades ambientales de los grandes centros urbanos con población superior a 1.000.000 de habitantes, (en el caso de Santa Marta no se reúne el requisito de población pero por mandato de la Ley 768 de 2002 sobre régimen político, administrativo y fiscal de los Distritos, dispone de autoridad ambiental urbana) tienen circunscritas sus competencias ‘...en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano...’ y excluye todo lo demás; vale decir, que fenómenos que excedan ese límite territorial y afecten al medio ambiente en un ámbito territorial que exceda del medio urbano, y que se originen en el medio urbano (en la ciudad de Santa Martha (sic)) son de competencia de las Corporaciones a quienes la Constitución Política y la ley les asignaron la condición de máximas autoridades ambientales en todo el territorio de la República, con excepciones tales como algunas competencias privativas atribuidas al Ministerio del Medio Ambiente. Obsérvese que la ley 99 de 1993 determinó como sede de Corpamag., a la ciudad de Santa Marta.”

También argumentó que la inhabilidad examinada se configura con solo detentar la autoridad, sin que se requiera su efectivo ejercicio ni acreditar la afectación del derecho a la igualdad, la cual tampoco se desvirtúa por el hecho de la separación temporal del cargo, como así lo estableció la Sala Plena de esta Corporación en fallo del 11 de febrero de 2008 (Exp. 110010315000200700287). Así, el hecho de que para el día de las elecciones (Marzo 14/10), el señor Antonio Eljadue Gutiérrez haya sido reemplazado por un alcalde ad-hoc, designado por el gobernador del Magdalena, en acatamiento a lo dispuesto por el Consejo Nacional Electoral en su Resolución 0464 del 3 de marzo de 2010, no impide que se configure la señalada inhabilidad, puesto que (i) el señor Eljadue Gutiérrez nunca se desvinculó del cargo, su separación fue apenas transitoria, y la medida implementada por el Consejo Nacional Electoral no puede tomarse como fraude a la ley, para evitar que se produjera la inhabilidad, que si bien cuando el mismo fue elegido alcalde no se sabía del propósito que tendría su hermano de aspirar al Congreso, para no incurrir en violación a la Constitución el demandado ha debido abstenerse de su candidatura política; (ii) el reemplazo del alcalde para el día de las elecciones no enerva la configuración de la inhabilidad, que tiene como finalidad asegurar la igualdad entre los candidatos frente a la elección y la ética pública, y (iii) la jurisprudencia de esta Corporación ha insistido en que esa inhabilidad se configura así su titular no ejerza la respectiva autoridad, “...porque

la influencia sobre el electorado y consecuente vulneración de la igualdad ante la elección y el envilecimiento de la función pública se producen, según las circunstancias, tanto si nombra a un empleado como si no lo nombra, o si lo sanciona como si se abstiene de hacerlo.”.

II.- LA CONTESTACIÓN

Por medio de apoderado judicial el demandado se opuso a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos dijo: El primero, es cierto. El segundo, que se pruebe. El tercero, es cierto. El cuarto, es cierto. El quinto, no es cierto, ya que no obra prueba de su elección; además, debido al Decreto 068 del 11 de marzo de 2010, expedido por el gobernador del Magdalena, el señor Antonio Eljadue Gutiérrez dejó de actuar como alcalde del municipio Pijiño del Carmen entre el 11 de marzo de 2010 y una fecha no precisada posterior a las elecciones, siendo reemplazado durante ese lapso por el Dr. Eduardo Mario Zagarra Silva. El sexto, no hay prueba de la elección del señor Antonio Eljadue Gutiérrez en dicha alcaldía, tampoco se probó su ejercicio ininterrumpido desde el 1º de enero de 2008, hecho que debe acreditar la Secretaría de Gobierno del municipio y no la Secretaría Departamental de Gobierno, ya que el alcalde no es empleado del departamento, e igualmente debe probarse la calidad de miembro de CORPAMAG. El séptimo, que se pruebe.

En cuanto al petitum de la demanda señaló que tiene una *“impropiedad en su formulación”* por desconocimiento de lo prescrito en el artículo 229 del C.C.A., ya que salvo el acto de elección, los demás actos no son susceptibles de impugnación en este proceso por tratarse de actos intermedios.

Frente al primer cargo, basado en que el hermano del demandado se desempeñó como alcalde del municipio Pijiño del Carmen, dijo el apoderado que para demostrar que el señor Antonio Eljadue Gutiérrez no ejerció ese cargo para el 14 de marzo de 2010, se tiene el Decreto 068 del 11 de marzo de 2010, expedido por el gobernador del Magdalena, mediante el cual se le concedió licencia temporal (Marzo 4 a 17/10), y se designó alcalde ad-hoc, como tenía que ser debido a que el alcalde debe actuar como clavero (C.E. Artículos 148 y 151), ante un claro impedimento que se expresó oportunamente. Además, que esa desvinculación se produjo en cumplimiento de un deber legal, que de no haberse acatado habría llevado a que el alcalde fuera condenado a arresto inmutable; por ello, no admite que se diga que no hubo separación efectiva del cargo, pues por las anteriores circunstancias sí la hubo.

De otro lado, y ante la hipótesis de no ser aceptado lo anterior, dijo el apoderado que tampoco se configuraría la inhabilidad, ya que no puede asimilarse una circunscripción departamental, por la que se eligen los Representantes a la Cámara, con una circunscripción municipal, donde ejerce autoridad el alcalde de Pijiño del Carmen. La tesis contraria, que parece ser la pregonada con el fallo de Sala Plena del 28 de mayo de 2002 invocado por el actor, es para el apoderado de la defensa violatoria del artículo 1 numeral 4 del Código Electoral, que manda interpretar restrictivamente las inhabilidades e incompatibilidades.

Y, respecto al segundo cargo, apoyado en que el hermano del demandado ejerció autoridad porque en su condición de alcalde del municipio Pijiño del Carmen integró la asamblea corporativa de CORPAMAG, sostuvo el apoderado que no se configura porque dicha persona no actuó como tal el 14 de marzo de 2010 y porque *“...la autoridad que el actor atribuye a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena es función de la entidad, no de cada uno de los miembros de su*

Asamblea Corporativa y ni siquiera de los de su Junta Directiva.”, personas que individualmente consideradas no pueden desarrollar ninguna de las funciones de la entidad.

Por último, con el ánimo de refutar la tesis invocada por el actor, que corresponde a la sostenida por la Sala Plena en el fallo de febrero 1º de 2000 (AC-7974), relativo al ejercicio de autoridad por parte de uno de los integrantes de la Comisión Nacional de Televisión, dijo la parte demandada:

“Cosa bien distinta es la que ocurre en la Comisión Nacional de Televisión, donde son los miembros de esta quienes ejercer (sic) la plena autoridad de la Comisión por existir en ella un Director Ejecutivo miembro de la Junta Directiva con competencias restringidas y específicas de manejo administrativo interno de la comisión, entre las que no están las de concesionar espacios de televisión ni sancionar las faltas en que los operadores, concesionarios de espacios y contratistas incurran contra el servicio de televisión en el espectro electromagnético, pues el organismo que a nombre del estado (sic) interviene en dicho servicio tiene ‘...régimen legal propio...’ prescrito en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, que prevén la conformación de una sociedad organizada como empresa industrial y comercial del Estado, en la cual los cinco miembros de su Junta Directiva son elegidos por período de dos años y reelegibles hasta por el mismo período. De la Asamblea Corporativa de una Corporación Autónoma Regional, en cambio, hacen parte los alcaldes de los municipios de su jurisdicción en su condición de representantes legales de ellos y solo (sic) en cuanto se desempeñen como alcaldes. Es decir, los miembros de la Asamblea no tienen periodo propio sino el que les corresponda de acuerdo a la función que los hace miembros de ella, tampoco son de dedicación exclusiva pues además de sus obligaciones en la Corporación deben desempeñar las del cargo público que los llevó a ocupar la condición de miembros de la Asamblea Corporativa de la Corporación Autónoma.”
(fls. 287 y 288)

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Por el apoderado del demandado: En cuanto al primer cargo, relativo a la inhabilidad prevista en el artículo 179.5 Constitucional, fundada en que para el día de las elecciones el hermano del demandado, señor Antonio Eljadue Gutiérrez, ejerció autoridad en su condición de alcalde del municipio Pijiño del Carmen, reiteró que la misma no se configura porque según Decreto 055 del 3 de marzo de 2010, expedido por el gobernador del Magdalena, al mismo le fue concedida licencia no remunerada entre el 4 y el 17 de marzo de 2010, para lo cual y según Decreto 068 del 11 de marzo de 2010 se designó como alcalde ad-hoc al señor Edgardo Mario Zagarra Silva, persona que tomó posesión del cargo el 13 de marzo de 2010, según acta de posesión 001 de la Notaría Única de Santa Ana Magdalena, y quien suscribió en esa condición el acta de escrutinio municipal.

Señaló que el hecho de no haber actuado dicha persona como alcalde para el día de las elecciones, se prueba igualmente con la certificación expedida por el Secretario General y de Gobierno del municipio Pijiño del Carmen, con fecha 25 de enero de 2011, así como con la constancia expedida por el Registrador de

dicho municipio, mediante la cual determina quienes actuaron como jurados, escrutadores y claveros en las elecciones del 14 de marzo de 2010.

Para refutar el planteamiento de la parte demandante, según el cual el alcalde del municipio Pijiño del Carmen nunca se desvinculó del cargo, sostuvo el apoderado que debe distinguirse entre la separación temporal del cargo por un deber legal, como en este caso, y dicha vacancia por voluntad del titular, ya que sólo en el último evento puede el titular dejar encargado a su reemplazo, mientras que en la otra hipótesis lo hace un tercero, en este caso el gobernador; que de no ser así, el señor Antonio Eljadue Gutiérrez habría sido arrestado, hecho que desde luego no se presentó.

Luego de señalar rápidamente que la inhabilidad sólo opera el día de las elecciones, no antes ni después, adujo el apoderado que no se cumple el presupuesto relativo a que la autoridad sea ejercida en la misma circunscripción por la cual se surte la elección, que en este caso es departamental, diferente a la municipal, argumento que fundó en la sentencia proferida por esta Sección el 9 de agosto de 2007 (Expedientes: 3960, 3966, 3967, 3994, 3995, 3999, 4002, 4003 y 4004), que transcribió extensamente, frente a lo cual agregó que por estar en juego los derechos políticos del demandado, no son admisibles las interpretaciones extensivas o analógicas.

El segundo cargo, que se basa en la misma causal de inhabilidad pero en un hecho distinto, como es el ejercicio de autoridad por parte del mismo alcalde, esta vez como integrante de la asamblea corporativa de CORPAMAG, lo encuentra infundado con base en que para el día de las elecciones el señor Antonio Eljadue Gutiérrez no actuó como alcalde municipal de Pijiño del Carmen, y en que la autoridad es de la asamblea y no de ninguno de sus miembros, como ya lo precisó en la contestación.

2.- Por el apoderado del demandante: Reiteró lo dicho en la demanda, en el sentido de que el demandado fue elegido estando incurso en la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional, porque su hermano Antonio Eljadue Gutiérrez actuó como alcalde municipal de Pijiño del Carmen desde el 1º de enero de 2008, y desde tal posición ejerció autoridad política y administrativa, la que a su vez le permitió integrar la asamblea corporativa de CORPAMAG, desde donde también ejerció las señaladas formas de autoridad.

Además de repetir lo dicho en la demanda frente a las distintas funciones asignadas a esa asamblea corporativa, que corresponden al ejercicio de las formas de autoridad aludidas en la norma constitucional, dijo el apoderado que basta con ejercer una porción de las mismas, así no sea en su plenitud, porque con ello se rompe el principio de igualdad en materia electoral. De nuevo citó lo discurrido por la Sala Plena en su fallo del 1º de febrero de 2000, dictado en el proceso de pérdida de investidura AC-7974, sobre un miembro de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, frente a quienes se aseguró que gozan de la misma autoridad que la junta, pronunciamiento que además califica como el último referente en la materia, que desdice de la tesis opuesta por la defensa, y que no ha sido revaluado hasta el momento.

De igual forma, y tras citar lo dispuesto en las Leyes 28/88, 99/93, 344/96 y 1152/07, insistió en que CORPAMAG actualmente ejerce jurisdicción en todo el departamento del Magdalena, lo cual no se desvirtúa por la competencia que otras autoridades ambientales tengan en Santa Marta, su capital.

Que al actuar el hermano del demandado como alcalde municipal de Pijiño del Carmen y ejercer este funcionario autoridad civil, política y administrativa, se configura la inhabilidad alegada (C.P. Art. 179.5), como así lo sostuvo la Sala Plena en su fallo del 28 de mayo de 2002 (Exp. PI-033 y PI-034), y lo ratificó últimamente en la sentencia del 15 de febrero de 2011 (Exp. 110010315000201001055-00), en atención a que la circunscripción departamental incluye la de cada uno de sus municipios. Además de citar las sentencias tenidas en cuenta por este fallo de la Sala Plena, dijo el apoderado que debe observarse la ratificación jurisprudencial para no afectar el principio de igualdad, así como que basta tener asignada la función respectiva, pese a que materialmente no se utilice, pues lo requerido es la posibilidad jurídica de su ejercicio, motivo por el cual la designación de un alcalde ad-hoc no impide la materialización de la inhabilidad *“...en razón de que el señor ANTONIO ELJADUE GUTIÉRREZ, nunca se desprendió de su condición de alcalde titular del Municipio, condición que ostentó durante el día 14 de marzo de 2010 día de las elecciones.”*

A partir de lo dispuesto en el artículo 230 Constitucional, así como de lo regulado en los artículos 4, 114 y 115 de la Ley 1395 de 2010, entre otras disposiciones, afirmó el apoderado que *“...la evolución legislativa apunta a hacer obligatorio el precedente jurisprudencial, aún en forma horizontal y así lo prescribe tanto para la jurisdicción como para la administración.”* Agregó que esta posición también ha sido compartida por la Corte Constitucional, quien ha admitido que los operadores jurídicos pueden válidamente apartarse del precedente, siempre que justifiquen de manera suficiente y razonable el cambio de criterio (T-973/99).

Por último, señaló que los anteriores referentes fueron necesarios por la discrepancia de criterios existente entre la Sala Plena y esta Sección, sobre el particular, y que en caso de ser adversa la decisión, formulará la demanda de pérdida de investidura con claro detrimento para el demandado, por lo cual encuentra necesario que este asunto sea asumido por importancia jurídica por la Sala Plena.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado conceptuó que en este caso debe anularse la elección acusada. Sus argumentos partieron por desestimar el reparo lanzado a la aptitud formal de la demanda, el cual quedó superado con la reforma de la demanda, ordenada con el auto inadmisorio. Para referirse a los cargos de la demanda el agente del Ministerio Público copió lo dicho en un concepto rendido dentro de similar asunto, el de la nulidad de la elección de la Representante a la Cámara por el Magdalena, doctora Mónica del Carmen Anaya Anaya, que en lo pertinente dijo:

Allí se planteó la misma inhabilidad porque el esposo de la congresista ejercía como alcalde municipal de Tenerife, y por lo mismo como miembro de la asamblea corporativa de CORPAMAG, respecto a la cual dijo el colaborador fiscal que opera únicamente para el día de las elecciones. Posteriormente, y tras citar lo normado en los artículos 23 a 27 de la Ley 99 de 1993, los presupuestos para la configuración de la inhabilidad, y el material probatorio recaudado en ese caso, afirmó que en el sub lite el alcalde no ejerce autoridad, ya que está en cabeza de un órgano colectivo y para que se materialice tal inhabilidad *“...se requiere que el ejercicio de la misma sea individual.”* (Subrayas del original).

Y, en cuanto al cargo por inhabilidad derivada del ejercicio de autoridad civil o política por cuenta del alcalde pariente o allegado, mencionó los presupuestos necesarios para su prosperidad, así como citó algunos pronunciamientos de la

Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto a los fines perseguidos con el régimen de inhabilidades para congresistas, lo que le permitió concluir que:

“...situaciones como la que describe el actor en su escrito de demanda, en donde el cónyuge de la elegida es la primera autoridad de uno de los municipios que integran la circunscripción electoral en la cual se llevó a cabo la elección, es una forma típica del ejercicio indebido del poder; lo que en principio es lícito, se torna en indigno porque el poder que debe irrigarse a todos por igual se utiliza para apoyar intereses personales, lo que correlativamente acarrea o impone una desigualdad en la contienda electoral por cuanto que es claro que, quien actúa en la campaña electoral en situaciones como la descrita se encuentra privilegiado y este hecho torna su elección en espuria, contraria a todo el contenido ético moral plasmado en la legislación, se quebrante el principio de igualdad, de transparencia e imparcialidad.” (fls. 551 y 552)

En cuanto al fallo de Sala Plena invocado por el actor, fechado el 28 de mayo de 2002, según el cual y para los fines de la causal de inhabilidad en estudio, la circunscripción municipal está comprendida en la circunscripción departamental, sostuvo el agente del Ministerio Público que la misma opera para el sub lite, y que la separación temporal del alcalde no impide su configuración, ya que *“...la licencia no impone en quien la disfruta la dejación de la función, lo único que se sucede es una cesación temporal de la misma pero el vínculo con la administración y con el cargo que se desempeña se mantiene vigente.”*, afirmación que sustenta en lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-558 de 1994, así como en el fallo emitido el 15 de febrero de 2011 por la Sala Plena de esta Corporación en el proceso de pérdida de investidura seguido contra un congresista, por supuestos fácticos similares. Por último, dijo:

“No desconoce esta Delegada que la H. Sala Plena del Consejo de Estado no es superior jerárquico de las Secciones, ni sus decisiones tienen carácter obligatorio y vinculante, no obstante considera que esta nueva interpretación es más ajustada al logro del fin teleológico de las inhabilidades que lo es permitir la igualdad de los contrincantes en la contienda electoral, evitar la injerencia indebida de quienes detentan el poder en los procesos electorales; además, materializa la idea del constituyente al establecer este régimen de prohibiciones que lo era evitar la acumulación de poder político en unos pocos, acabar con el nepotismo que es la negación de caros principio (sic) que informan nuestro Estado Social de Derecho que se precia de ser democrático y participativo.” (fl. 558)

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

Con auto del 3 de septiembre de 2010 se inadmitió la demanda, por acusar problemas de índole formal. Contra lo decidido el apoderado del actor interpuso recurso ordinario de súplica, que fue rechazado por los demás integrantes de la Sección Quinta con auto del 23 de los mismos, por improcedente. Una vez corregida, la demanda se admitió con auto del 22 de octubre de 2010, en el que se ordenaron las notificaciones del caso, así como la fijación del negocio en lista. Efectuadas las notificaciones y contestada la demanda en los términos arriba resumidos, se abrió el proceso a pruebas con auto del 17 de noviembre de 2010, para lo cual se decretaron las oportunamente solicitadas por las partes. Cumplido

lo anterior, se profirió el auto del 25 de febrero de 2011, con el cual se dio traslado para alegar y se ordenó la entrega del expediente al colaborador fiscal, para lo de su cargo. Efectuado lo anterior, ingresó el expediente al Despacho para dictar sentencia de primer grado, lo que procede ante la inexistencia de vicios constitutivos de nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA PLENA

1.- Competencia

La competencia de la Sala Plena para conocer de esta acción electoral, que venía siendo conocida por la Sección Quinta, la fija el numeral 5º del artículo 97 del C.C.A. (Mod. Ley 270/96 Arts. 36 y 37; y Ley 446/98 Art. 33), dado que en sesión realizada en agosto 23 de 2011, se decidió asumir su conocimiento por importancia jurídica y trascendencia social.

2.- De la Prueba del Acto de Elección Acusado

La elección del doctor Issa Eljadue Gutiérrez como Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, por el Partido Conservador Colombiano, para el período constitucional 2010-2014, se probó con copia auténtica del Acuerdo No. 12 del 19 de julio de 2010, expedido por el Consejo Nacional Electoral².

3.- Pruebas Relevantes

1.- Copia auténtica registro civil de nacimiento de Issa Eljadue Gutiérrez, expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante el cual se informa que el mismo es hijo de Isidora Gutiérrez Palomino y Salomón Eljadue Rizcala³.

2.- Copia auténtica registro civil de nacimiento de Antonio Eljadue Gutiérrez, expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante el cual se informa que el mismo es hijo de Isidora Gutiérrez Palomino y Salomón Eljadue Rizcala⁴.

3.- Copia auténtica del Acta Reunión Asamblea Corporativa de CORPAMAG 4-79.08, realizada el 26 de febrero de 2009, a la cual asistió como miembro, en calidad de alcalde del municipio Pijiño del Carmen, el señor Antonio Eljadue Gutiérrez⁵.

4.- Copia auténtica de la Resolución No. 1024 del 14 de septiembre de 1995 *“Por la cual se aprueban los Estatutos de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena – CORPAMAG”*⁶.

5.- Copia auténtica Convenio Interadministrativo No. 013 del 25 de agosto de 2009, celebrado entre el Director General de CORPAMAG y el alcalde del municipio Pijiño del Carmen, doctor Antonio Eljadue Gutiérrez⁷.

² Folios 2 a 8.

³ Folio 37.

⁴ Folio 38.

⁵ Folios 42 a 47.

⁶ Folios 48 a 70.

⁷ Folios 71 a 77.

6.- Certificación expedida por la Secretaria General y de Control Ambiental de CORPAMAG, de fecha 13 de abril de 2010, mediante la cual informa que el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, en su condición de alcalde del municipio Pijiño del Carmen, integra la Asamblea Corporativa y el Consejo Directivo de esa entidad⁸.

7.- Certificación expedida el 8 de junio de 2010 por el Secretario del Interior Departamental de la gobernación del Magdalena, mediante la cual se hace saber que el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez ha actuado hasta esa fecha como alcalde del municipio Pijiño del Carmen⁹.

8.- Certificación expedida el 25 de enero de 2011 por el Secretario General y de Gobierno del municipio Pijiño del Carmen, mediante la cual se informa que su alcalde, doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, *"...no ejerció función como alcalde municipal desde 11 al 17 (sic) de marzo del 2010, en virtud del decreto No. 068 de fecha 11 de marzo de 2010,..."*¹⁰.

9.- Copia auténtica del Decreto No. 055 del 3 de marzo de 2010, expedido por el gobernador del Magdalena, mediante el cual se concedió al alcalde municipal de Pijiño del Carmen, doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, *"...Licencia No Remunerada por el termino (sic) de Diez (10) días desde el cuatro (4) hasta el diecisiete (17) de Marzo de 2010, inclusive..."*¹¹.

10.- Copia auténtica del Decreto No. 029 del 4 de marzo de 2010, dictado por el alcalde municipal de Pijiño del Carmen, doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, mediante el cual encargó de las funciones del despacho de la alcaldía al señor Julio César Pérez Cantillo, por el tiempo a que se refiere el decreto anterior¹².

11.- Copia auténtica del Decreto No. 068 del 11 de marzo de 2010, expedido por el gobernador (e) del Magdalena, que en lo pertinente dice:

"CONSIDERANDO

Que el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución No. 0464 de marzo 3 de 2010, artículo primero, señaló que 'en aquellas entidades territoriales en las cuales parientes de candidatos al congreso de la República dentro de los grados de parentesco establecidos por el numeral quinto del artículo 179 de la Constitución, ejerzan como alcaldes o gobernadores **deberán designarse a la mayor brevedad, alcaldes y gobernadores ad-hoc** por las autoridades correspondientes y hasta la culminación de los escrutinios subsiguientes a las elecciones del 14 de marzo de 2010. El Ministerio del Interior y de Justicia deber (sic) solicitar al señor Presidente de la República, así como a **los Gobernadores en cuya jurisdicciones (sic) el supuesto de hecho de esta decisión tomar de inmediato la decisión correspondiente.**' (Negrilla fuera de texto).

Que mediante la directriz impartida por el Consejo Nacional Electoral se persigue garantizar el desarrollo de los procesos electorales del próximo 14 de marzo de 2010 en condiciones de plenas garantías para todos los candidatos, preservando el derecho a la igualdad de todos ellos.

⁸ Folios 78 y 79.

⁹ Folio 246.

¹⁰ Folio 451.

¹¹ Folio 453.

¹² Folio 454.

.....

Que en atención a que el señor Alcalde del Municipio de Pijiño del Carmen señor, **ANTONIO ELJAUDE** (sic) **GUTIERREZ** (sic), es de conocimiento público que un hermano suyo es candidato a la Cámara de Representantes por circunscripción del Departamento Magdalena (sic) por lo que se hace necesario acoger la solicitud del Consejo Nacional electoral.

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO: **Desígnese como Alcalde ad-hoc del Municipio** Pijiño del Carmen (**Magdalena**) a El Doctor, **EDGARDO MARIO ZAGARRA SILVA**, identificado con cedula (sic) de ciudadanía No. 12.563.470, expedida en Santa Marta, Magdalena, Profesional Universitario – Código 219, Grado 04 de la Planta Global de la Administración Central Departamental del Magdalena, en virtud de la Resolución No. 0464 de marzo 3 de 2010, proferida por el Consejo Nacional Electoral.

ARTÍCULO SEGUNDO: El presente decreto rige a partir de la fecha hasta la culminación de los escrutinios subsiguientes a las elecciones del 14 de marzo de 2010.”¹³

12.- Copia auténtica del Acta de Posesión No. 001 del 13 de marzo de 2010, ante la Notaría Única de Santa Ana – Magdalena, del doctor Edgardo Mario Zagarra Silva¹⁴.

13.- Constancia expedida por el Registrador Municipal de Pijiño del Carmen, de fecha 28 de enero de 2011, mediante la cual se hace saber que en ese municipio y para las elecciones del 14 de marzo de 2010, actuaron como claveros los doctores Napoleón Jesús Barraza Lozada y Edgar Mario Zagarra Silva¹⁵.

4.- Excepción de Inepta Demanda

Uno de los primeros argumentos esgrimidos por la defensa tiene que ver con la aptitud formal de la demanda, que desde su punto de vista no es satisfactoria porque alberga una *“impropiedad en su formulación”*, derivada del hecho de que si bien la demanda se encamina a obtener la nulidad del Acuerdo No. 12 del 19 de julio de 2010, expedido por el Consejo Nacional Electoral, en lo que respecta a la declaración de elección del Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, doctor Issa Eljadue Gutiérrez, de igual forma se pide la nulidad de otras actuaciones administrativas del mismo organismo, tales como el formulario E-26, la Resolución No. 1782¹⁶ del 18 de julio de 2010 que ordenó la expedición de nuevos formularios E-24 y E-26, y la Resolución No. 1792¹⁷ del 19 de julio de 2010 que negó la reposición interpuesta contra la anterior.

En sí, considera el apoderado de la parte demandada que la ineptitud de la demanda se configura en esa parte, debido a que esos son actos de trámite o

¹³ Folio 455.

¹⁴ Folio 456.

¹⁵ Folio 458.

¹⁶ Folios 310 a 324.

¹⁷ Folios 325 al 329.

previos al acto que declaró la elección acusada, y que por tal circunstancia no son pasibles de la acción electoral, argumento que refuerza con lo dicho en el artículo 229 del C.C.A.

Comparte la Sala Plena con el excepcionante que por regla general los actos previos o de trámite no pueden ser objeto del contencioso electoral, ya que ese planteamiento concuerda con lo establecido en los artículos 49 y 50 del C.C.A., en tanto disponen en su orden que *“No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite,...”*, y que *“Son actos definitivos, [los] **que ponen fin a una actuación administrativa**, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto;...”* (Negrillas de la Sala Plena). De igual forma coincide el planteamiento con lo prescrito en el artículo 229 ibídem, según el cual para obtener la nulidad de una elección *“...deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a estos.”*

Bajo la regla general, que surge de las anteriores disposiciones, es dable afirmar que el control de legalidad sobre las actuaciones de la administración pública, únicamente puede recaer sobre las que tengan la calidad de actos administrativos, es decir aquellas por medio de las cuales se adopten decisiones definitivas, bien para crear, modificar o extinguir un derecho; por lo mismo, no pueden enjuiciarse las actuaciones que carezcan de esa condición, ya que por su naturaleza transitoria, accesoria o de trámite, ningún efecto produciría el respectivo pronunciamiento.

Sin embargo, en el proceso electoral existen disposiciones que permiten ir contra la legalidad de actos distintos del que declara la elección o provee sobre un nombramiento, ciertamente por su naturaleza especial. Ejemplo de lo dicho es el artículo 223 del C.C.A., modificado por la Ley 62 de 1988 artículo 17, donde además de precisarse las causales especiales de nulidad del proceso electoral, también se dice, en su encabezado, que *“Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas...”*. La misma circunstancia es reiterada por el artículo 227 ibídem, cuya redacción enseña:

“Artículo 227.- Posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Podrá cualquier persona ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional **contra los actos de las corporaciones electorales** para que se anulen, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de esas corporaciones electorales **por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos.**” (Negrillas fuera de texto)

Advierte la Sala Plena en las anteriores normas que por disposición del legislador extraordinario en el proceso electoral no solo puede demandarse el acto mediante el cual se declara la elección, pues también se abre la posibilidad a que otros actos de las corporaciones electorales puedan ser igualmente objeto de impugnación, pese a que puedan calificarse materialmente como actos previos al acto de elección, siempre que con las mismas se hayan adoptado algunas decisiones dentro del certamen electoral, que es lo que en efecto ocurre, por ejemplo, con los actos mediante los cuales se computan los registros o votos por una determinada opción política.

Estas premisas llevan a desestimar la excepción estudiada, como quiera que el petitum de la demanda, además de dirigirse contra el acto de elección (Acuerdo No. 12 de julio 19/10), contempla actos que se ajustan a lo prescrito en los artículos 223 y 227 del C.C.A. En efecto, tanto la Resolución No. 1782 del 18 de julio de 2010, como la Resolución No. 1792 proferida el día siguiente, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, son pasibles del proceso de nulidad electoral, en atención a que recayeron sobre los registros electorales, al punto que propiciaron la expedición de nuevos formularios E-24 y E-26 para Cámara de Representantes por el departamento del Magdalena.

5.-El Caso Concreto

Sostiene el demandante que el doctor Issa Eljadue Gutiérrez fue elegido con violación al régimen de inhabilidades previsto en el artículo 179 numeral 5 de la Constitución Política, que expresa:

“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. (...)”

Cree el actor que la inhabilidad se configura en este caso por dos circunstancias, a saber: i) Porque el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, hermano del demandado, fue elegido y viene actuando como alcalde del municipio Pijiño del Carmen desde el 1º de enero de 2008, en forma ininterrumpida, cargo desde el cual ha ejercido autoridad civil y política; y ii) Porque dicha persona, dada su calidad de alcalde del municipio Pijiño del Carmen, ha integrado la asamblea corporativa y el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena (CORPAMAG), desde donde ha ejercido igualmente autoridad civil o política.

Por su parte, el demandado se opone a tales imputaciones alegando que la inhabilidad no se configura porque para el día de las elecciones el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, hermano del demandado, fue separado del cargo de alcalde del municipio Pijiño del Carmen, primero porque el gobernador (e) del departamento del Magdalena mediante Decreto No. 055 del 3 de marzo de 2010 le concedió licencia no remunerada por el lapso comprendido entre el 4 y el 17 de marzo de 2010, lo cual dio lugar a que el alcalde, a través del Decreto 029 del 4 de marzo de 2010, designara como alcalde encargado al señor Julio César Pérez Cantillo por el mismo tiempo, y segundo porque el citado gobernador (e) por medio del Decreto No. 068 del 11 de marzo de 2010, designó como alcalde ad-hoc del mismo municipio al doctor Edgardo Mario Zagarra Silva, persona esta que actuó en tal calidad antes, durante y después de la jornada electoral del 14 de marzo de 2010. También defiende la legalidad de su elección aduciendo que en su caso la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Superior no se estructura porque una es la circunscripción departamental por la que se eligen los Representantes a la Cámara, y otra la circunscripción municipal por la que habría ejercido autoridad el hermano del demandado; y por último, porque no es dable afirmar que los integrantes de la asamblea corporativa y del consejo

directivo de CORPAMAG, ejercen la autoridad que es propia de esos cuerpos colegiados, ya que la autoridad es función propia del órgano y no de quienes lo componen, además que el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez no actuó en dicha asamblea para el día de las elecciones.

Pues bien, ante lo debatido en el proceso y con miras a despachar los planteamientos capitales de la discusión, la Sala Plena determinará enseguida si la causal de inhabilidad invocada con la demanda se configura por cualquiera de las dos circunstancias alegadas, esto es tanto por la calidad de alcalde del municipio Pijiño del Carmen que tuvo el hermano del demandado, como por el hecho de haberse desempeñado el mismo, en su misma calidad, como integrante de la asamblea corporativa y del consejo directivo de CORPAMAG, en lo que desde luego se tomarán en cuenta los argumentos de la defensa.

5.1.- De la configuración de la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, por el parentesco del demandado con el alcalde del municipio Pijiño del Carmen

Se le imputa al demandado estar incurso en esa causal de inhabilidad, porque su hermano, el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, fue elegido y viene desempeñándose ininterrumpidamente como alcalde del municipio Pijiño del Carmen, por el período comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, cargo desde el cual ha ejercido autoridad civil y política. La defensa, por su parte, alega que la inhabilidad no se configura en el sub lite porque para el día de las elecciones dicho burgomaestre no actuó como tal, no solo porque le había sido concedida licencia no remunerada, sino también porque para la misma época el gobernador del Magdalena (e) le designó un alcalde ad-hoc; de igual forma, porque las circunscripciones departamental y municipal no coinciden para los fines de esta causal de inhabilidad.

Así, de manera previa a entrar en el análisis de fondo a fin de determinar si procede declarar probada la causal de inhabilidad que se endilgó al demandado por alguno de los supuestos de hecho que la sustentan, la Sala Plena tratará los siguientes asuntos: i.) Época o fecha en que debe ejercerse la autoridad; ii.) Ejercicio efectivo o potencial de la autoridad civil o política; iii.) Circunscripción en la cual opera la causal de inhabilidad, respecto de Representantes a la Cámara; iv.) Del ejercicio de autoridad civil o política por parte de los alcaldes.

5.1.1.- Época o fecha en que debe ejercerse la autoridad según la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional

El régimen de inhabilidades de los congresistas, consagrado en el artículo 179 Superior, se caracteriza porque por lo general en las distintas causales expresamente se precisa de un tiempo o término dentro del cual opera la prohibición para ser elegido congresista. Así, en la primera, que trata de la condena penal, salvo por delitos políticos o culposos, la prohibición se aplica en forma intemporal, de suerte que una vez producida la decisión judicial la persona no podrá postularse ni ser elegida como tal; en la segunda, que trata del ejercicio de autoridad, la inhabilidad prevé que ello debe ocurrir dentro de los 12 meses anteriores al día de las elecciones; en la tercera, referida a la intervención en gestión de negocios o en la celebración de contratos, o llevar la representación legal de entidades que administren

tributos o contribuciones parafiscales, el constituyente determinó que esa conducta tenga lugar dentro de los 6 meses que preceden a la fecha de la elección; en la cuarta, que trata de la pérdida de la investidura decretada por sentencia judicial en firme, también se concibió con carácter intemporal; en la sexta, concerniente a la inscripción de los parientes o allegados por un mismo partido o movimiento político, se estableció que ello ocurra con ese acto y se materialice el día de las elecciones; y en la séptima causal, sobre doble nacionalidad, es claro que también es intemporal, incluso sobreviniente.

La técnica legislativa de imponer un término a las circunstancias de hecho que impiden postularse y ser elegido al Congreso de la República, salvo las intemporales que ya se citaron, cumple el doble propósito de impedir que esas personas, que recientemente han gozado de factores de poder derivados del propio Estado, los puedan usar en su propio provecho para las justas electorales, desequilibrando así el principio de igualdad que en ese escenario se debe dar; de igual forma permite que quienes han tenido a su favor esos beneficios, puedan habilitar plenamente sus derechos políticos, para lo cual basta el transcurso del tiempo, en la extensión fijada para cada una de las distintas causales.

En cuanto a la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional, se presenta una situación bien peculiar, consistente en que expresamente no se fija un término dentro del cual opera la prohibición allí contenida. Sin embargo, de su composición gramatical se ha podido establecer que la misma tiene aplicación para la fecha de las elecciones, ya que el verbo “ejercer” que rige la conducta alusiva a la autoridad civil o política, está conjugado en presente, en perfecta armonía con el encabezado del artículo 179, según el cual “*No podrán ser congresistas:...*”, lo cual reafirma la tesis de que el ejercicio de autoridad que inhabilita para ser elegido congresista es aquel que se surte el mismo día de las elecciones, como ya tuvo oportunidad de precisarlo la Sección Quinta:

“Justamente, cuando cualquiera de las formas de autoridad ha estado directamente en manos del Congresista la inhabilidad se extiende a los doce meses anteriores la fecha de la elección, de seguro porque el lapso del tiempo ayudará a desvanecer la plusvalía que en términos electorales significa para el ex funcionario haber contado con el ejercicio de autoridad y a través de ello de factores de poder derivados del Estado y que le brindan a su titular una atracción electoral que vulnera el derecho a la igualdad de todos los aspirantes a llegar por las vías democráticas al poder político. Cuando el ejercicio de esa autoridad no ha estado en cabeza del Congresista sino en manos de su cónyuge o compañero (a) permanente o en cualquiera de sus parientes en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, el constituyente opta por reducir notablemente el término de la inhabilidad, tal como acontece en la causal de inhabilidad del numeral 5, llevándolo únicamente al día de las elecciones, lo cual se infiere del tiempo en que se conjuga el verbo ejercer.

Ciertamente, al decir la causal 5ª en su parte respectiva que la relación conyugal, de compañero (a) permanente o de parentesco debe darse “con funcionarios que ejercen autoridad civil o política”, está revelando que la conjugación del verbo ejercer está en presente y que ese tiempo

coincide con el de las elecciones puesto que se armoniza con el encabezado del artículo 179 Constitucional que expresa: “No podrán ser congresistas”, de tal manera que la prohibición inmersa en la causal estudiada se desarrolla única y exclusivamente el día de las elecciones, ya que se es Congresista en ese día, porque es al cabo de la jornada electoral cuando se configura el evento constitutivo del derecho así el acto administrativo que declara la elección sobrevenga días después, pues se trata de un acto meramente declarativo de una decisión popular asumida el día de las elecciones.”¹⁸

Tesis esta que de igual forma ha sido sostenida por esta Sala, al afirmar:

“Finalmente, en cuanto a la cuarta condición, prevista en el artículo 179.5 CP., relativa al tiempo, anterior o posterior, durante el cual opera la inhabilidad, resulta que la norma no es explícita sobre el tema, como sí lo es frente a otras causales, de similar estructura...

“En cambio, la causal 5, objeto de análisis, no tiene previsto un plazo, anterior o posterior, durante el cual deba aplicarse, y sólo se limita a decir que no podrá ser congresista quien se encuentre dentro de los grados de relación o parentesco que allí se mencionan con quien ejerce alguno de los tipos de autoridad allí señalados.

“Por lo anterior y, en primer lugar, hay que definir el momento, a partir del cual, la cónyuge del hoy congresista debió estar desvinculada del cargo.

“Teniendo en cuenta que la norma constitucional establece que ‘... no podrá ser congresista’ quien tenga la relación de parentesco por ella prevista, entonces entiende la Sala que la señora Robayo debió desvincularse del cargo, a más tardar para el día de la elección, es decir, el 12 de marzo de 2006.

“Esta idea se refuerza por lo previsto en el artículo 280 de la ley 5 de 1992 –ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso-, según el cual ‘... No podrán **ser elegidos** Congresistas...’ (negritas fuera de texto) quienes se encuentren incurso en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución.

“Este artículo clarifica que la inhabilidad constituye un impedimento para ‘ser elegido’, circunstancia que, en términos de esta causal, se presenta el día en que se realizan las elecciones, al margen de la posterior formalización de los resultados, mediante actos administrativos, que corresponden a la Organización Nacional Electoral.

“En síntesis, a más tardar, para la fecha de la elección de Congreso, cosa que se efectuó el 12 de marzo de 2006, la cónyuge del demandado debía estar desvinculada del cargo, circunstancia que se cumplió, pues, incluso, renunció al mismo a partir del primero de febrero

¹⁸ Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expedientes acumulados: 110010328000200600067, 20000071, 200600072, 200600073, 200600075 y 200600076-00 (4001, 4005, 4006, 4007, 4009 y 4010). Actor: Luis Oscar Rodríguez Ortiz y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por Cundinamarca. Al respecto también puede consultarse la sentencia dictada por esta Sección el 24 de noviembre de 1999. Expedientes: 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914. Actor: Omaira Meza Piedrahita y otros. Demandado: Consejo Nacional Electoral.

de 2006, días antes de la inscripción de su esposo como candidato al Congreso.”¹⁹

Así las cosas, la inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional, en lo que a su aspecto temporal respecta, únicamente se configura si se acredita que el pariente o allegado al congresista, ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones, que para el sub lite corresponde al 14 de marzo de 2010, fecha en la cual se cumplió la jornada electoral para escoger a los Senadores de la República y a los Representantes a la Cámara.

5.1.2.- Ejercicio efectivo de la autoridad civil o política

Para la Sala Plena se impone precisar el alcance de la voz activa que rige la conducta atinente a la autoridad civil o política, derivada del verbo “ejercer”, que como ya se dijo se conjugó en presente bajo la forma verbal “ejerzan”. Dicho verbo se define como “1. *Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión. 2. Hacer uso de un derecho, capacidad o virtud. 3. Realizar sobre alguien o algo una acción, influjo, etc. 4. Poner en práctica formas de comportamiento atribuidas a una determinada condición.*”²⁰. Si se buscara definir esa expresión por su sentido natural y obvio, habría que decir que alberga posiciones activas o el desarrollo de conductas efectivamente ejecutadas; sin embargo, como el término debe interpretarse en un contexto democrático, en procura de la plena realización de los derechos y garantías constitucionalmente establecidas para el ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C.P. Art. 40), es lo cierto que su interpretación debe ser finalística, acorde con los altos intereses que se quieren proteger.

En efecto, la salvaguarda del principio de igualdad, necesario para la realización de un certamen electoral, no sería plena si se entendiera que la comentada inhabilidad se configura únicamente cuando se le prueba al respectivo pariente o allegado, que efectivamente ejerció la autoridad civil o política que su investidura le otorga, ya que la experiencia ha demostrado que el influjo sobre la libre elección de votar por uno u otro candidato, incluso de no ejercer el derecho al sufragio, puede verse afectada al omitir o dejar de ejercer el poder de mando derivado del propio Estado, dado que no asumir algunas decisiones puede tener injerencia directa en las preferencias de los electores.

Esta forma de comprender la inhabilidad por ejercicio de autoridad ha sido acogida en el Consejo de Estado, tanto en su Sala de Consulta y Servicio Civil, como en su Sala Plena, y desde luego en su Sección Quinta. Así, la Sala que tiene a cargo la función consultiva de la Corporación, ha dicho que el ejercicio de autoridad se determina objetivamente, en razón de las funciones asignadas al cargo, motivo por el cual “*No es necesario, entonces, que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, [pues] basta con tenerla en razón de las funciones asignadas.*”²¹. Por su parte, esta Sala ha considerado que la autoridad se manifiesta en la potestad de dirección o

¹⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de enero de 2007. Exp. 706-01.

²⁰ Diccionario de la Real Academia Española.

²¹ Concepto No. 110010306000200700046-00 (1831) del 5 de julio de 2007. Actor: Ministerio del Interior y de Justicia.

mando que un funcionario ostenta frente a los ciudadanos, *“lo que se refleja en la posibilidad –no necesariamente en el ejercicio efectivo- de impartir órdenes, instrucciones o de adoptar medidas coercitivas, bien de carácter general o particular, de obligatorio acatamiento para éstos.”*²². Y, en la Sección Quinta también se ha prohiado esa idea, puesto que al respecto se ha precisado que *“Desde una perspectiva hermenéutica finalística y sistemática como la enunciada es evidente que para que un empleado influya a los potenciales electores con la autoridad de que dispone no es condición necesaria que ejerza materialmente las funciones que tiene asignadas;...”*²³.

Del modo como se interpreta el ejercicio de autoridad en cuanto al régimen de inhabilidades, la misma puede cumplirse tanto desarrollando las funciones inherentes al cargo respectivo, como absteniéndose de hacerlo, hipótesis esta en la que basta que el funcionario las tenga asignadas, las posea o que sean inherentes al respectivo empleo, pues lo que interesa es que el pariente o allegado tenga la potencialidad de su ejercicio, que es de donde puede desprenderse el desequilibrio en los procesos electorales.

Ahora, como quiera que la defensa sostiene que en este proceso el ejercicio de autoridad por parte del doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, como alcalde del municipio Pijiño del Carmen, para el día de las elecciones, no opera ni siquiera potencialmente porque estuvo separado del cargo, debido a que el gobernador del Magdalena le concedió licencia no remunerada entre el 4 y el 17 de marzo de 2010 (Decreto 055 Marzo 3/2010) y a que el gobernador (e) de dicho departamento designó un alcalde ad-hoc para ese municipio, desde la fecha de expedición del acto y *“...hasta la culminación de los escrutinios subsiguientes a las elecciones del 14 de marzo de 2010.”* (Decreto 068 Marzo 11/10), entra la Sala Plena a valorar la incidencia que estas situaciones administrativas puedan tener respecto de la postura jurisprudencial que sobre el particular tiene esta Corporación.

En lo atinente a la designación de alcalde ad-hoc, observa la Sala Plena que efectivamente se probó que mediante Decreto No. 068 del 11 de marzo de 2010, expedido por el gobernador (e) del Magdalena, para el día de las elecciones (14 de marzo de 2010), entre otros días, se designó como alcalde ad-hoc al doctor Edgardo Mario Zagarra Silva, quien tomó posesión del cargo el 13 de los mismos, según Acta No. 001. En su parte motiva también se advierte que esa medida fue adoptada por el gobernador en acatamiento a la Resolución No. 0464 del 3 de marzo de 2010, proferida por el Consejo

²² Sentencia del 11 de febrero de 2008. Expediente: 110010315000200700287-00 (PI). Actor: Fernando Ojeda Orejarena. Demandado: Iván Díaz Matéus.

²³ Sentencia del 14 de julio de 2005. Expediente: 170012331000200301538-01 (3681). Actor: Procurador Regional de Caldas. Demandado Alcalde del municipio de Viterbo. También pueden consultarse, de la Sección Quinta, el fallo del 11 de junio de 2009 (Exp. 200012331000200700225-02) y la sentencia de la misma fecha, proferida en el proceso electoral 680012315000200700677-02, de Joaquín Alberto Neira Rondón, contra Diputado a la Asamblea de Santander, en la que se afirmó:

“Pues bien, con esto se quiere significar que si bien el criterio orgánico no permite configurar la causal de inhabilidad en estudio cuando se ha anulado el acto de designación o de elección del pariente o allegado del demandado, porque se ha borrado del mundo jurídico ese referente por virtud de la nulidad declarada, por parte del criterio funcional sí es posible hacerlo, ya que la causal de inhabilidad se basa en el ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento, lo que bien puede darse por establecido con la mera titularidad de las funciones inherentes al cargo respectivo, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección, no es menester demostrar el ejercicio de tales competencias, sino que la persona las tuvo.”

Nacional Electoral, con la cual se solicitó la designación de alcaldes y gobernadores ad-hoc en aquellas entidades territoriales donde los mandatarios fueran parientes de los candidatos al Congreso de la República, bien para el Senado de la República o ya para la Cámara de Representantes.

Aunque en principio podría pensarse que la designación del alcalde ad-hoc fue para todos los efectos legales, esto es para que se ocupara de la totalidad de las competencias inherentes al alcalde de Pijiño del Carmen, es lo cierto que ello no fue así. Debe señalarse que el latinajo “ad-hoc” se traduce a nivel literal “para esto” y conceptualmente se utiliza “para referirse a lo que se dice o hace solo para un fin determinado [o] Adecuado, apropiado, dispuesto especialmente para un fin”²⁴ (Negrillas de la Sala Plena), de modo que esa designación sólo puede entenderse a la luz del propósito que la inspiró, como fue el de salvaguardar el principio de igualdad y la transparencia del certamen electoral, esto es para que dicho funcionario ad-hoc asumiera las funciones que frente al certamen electoral le asigna el ordenamiento jurídico, en particular las relativas a la actuación del alcalde como claverero en los escrutinios municipales²⁵, que eventualmente lo colocarían como garante de la votación que habría de escrutar a su pariente o allegado.

Por lo mismo, la designación de alcalde ad-hoc en el municipio Pijiño del Carmen, para la jornada electoral de marzo 14 de 2010, no puede calificarse como una *capitus deminutio* máxima o supresión total de funciones para la primera autoridad local, pues como se vio ello aludió única y exclusivamente a las funciones electorales, que para esa época se trasladaron a ese funcionario ad-hoc, apreciación que por cierto se ratifica con la Resolución No. 494 del 8 de marzo de 2010 “Por la cual se adiciona la Resolución 0464 del 3 de marzo de 2010”, expedida por el Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se dispuso:

“Artículo 1º. Los alcaldes y gobernadores ad hoc designados por las autoridades correspondientes hasta la culminación de los escrutinios subsiguientes a las elecciones del 14 de marzo de 2010 en razón de lo dispuesto en la Resolución 0464 del 3 de marzo de 2010, lo serán solo en lo que tiene que ver con las funciones de carácter electoral que deban cumplir tales mandatarios territoriales, de conformidad a lo que sobre ello dispongan el Código Electoral y las demás disposiciones pertinentes.”²⁶
(Resalta la Sala Plena)

En cuanto a la incidencia que en la señalada postura jurisprudencial pueda tener la licencia no remunerada, concedida al doctor Antonio Eljadue Gutiérrez como alcalde del municipio Pijiño del Carmen, “...por el termino (sic) de Diez (10) días desde el cuatro (4) hasta el diecisiete (17) de Marzo de

²⁴ Diccionario de la Real Academia Española.

²⁵ Según el artículo 148 del Código Electoral los alcaldes deben actuar como claveros durante las jornadas electorales.

“Artículo 148.- Serán claveros de las arcas triclaves: del Consejo Nacional Electoral, su Presidente, Vicepresidente y Secretario; de la Delegación del Registrador Nacional, el Gobernador o su Delegado y los dos (2) Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil; de las Registradurías Distritales y de las ciudades con más de cien mil (100.000) cédulas vigentes, el Alcalde, el Juez Municipal y una de los dos (2) Registradores Distritales o Municipales; de las demás Registradurías del Estado Civil, el Alcalde, el Juez Municipal y el respectivo Registrador; y A las Registradurías Auxiliares, un delegado del Alcalde, un Juez designado por el Tribunal Superior y el Registrador Auxiliar.”

²⁶ Esta resolución se publicó en el Diario Oficial No. 47.649 del 12 de marzo de 2010.

2010, inclusive.”, es preciso recordar que en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 se regula la forma de proveer las vacancias del alcalde, norma en la cual se distingue si la falta se produce por voluntad del burgomaestre, o si por el contrario no obedece a una decisión del titular del cargo. Se dice allí que si “...la falta es absoluta o suspensión...”, la designación del reemplazo correrá por cuenta del Presidente de la República si se trata del Distrito Capital, y a cargo de los gobernadores con relación a los demás municipios; en cambio, si la falta es temporal, con excepción de la suspensión que ya está comprendida en la situación anterior, “...el alcalde encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces. Si no pudiere hacerlo, el Secretario de Gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios...”, encargo que en todo caso impone al designado el deber de adelantar su gestión conforme al programa de gobierno del alcalde elegido por voto popular. La norma anterior se entiende cambiada en los términos de los artículos 303²⁷ y 314²⁸ de la Constitución, modificados en su orden por los artículos 1 y 3 del Acto Legislativo 02 de 2002, cuyo contenido no viene al caso comentar, pese a que era necesario señalar su existencia.

Ahora bien, de las normas anteriores se desprende que ante la existencia de una falta absoluta el alcalde queda completamente desprovisto de la posibilidad de tomar cualquier decisión frente a la administración, obviamente por haber perdido esa calidad. A *contrario sensu*, en las faltas temporales, salvo las relativas a la suspensión, el alcalde conserva las facultades o competencias que el ordenamiento jurídico le asigna, en atención a que teniendo la potestad de encargar al funcionario que habrá de sucederlo, de igual manera puede removerlo para reasumir de lleno sus funciones, incluso en la hipótesis de que por alguna razón no pueda él hacer el encargo, sino que por ello deba asumir sus funciones el secretario de gobierno, una vez supere ese impedimento bien puede encargar a uno de sus secretarios.

²⁷ Esta norma dispone:

“**Artículo 303.** En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento. Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente.

La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales; y la forma de llenar estas últimas y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.”

²⁸ Esta norma consagra:

“**Artículo 314.** En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución.”

Lo dicho permite afirmar, pese a su obviedad, que ante la falta absoluta del alcalde ya ninguna atribución podrá ejercer frente a la administración local; y que, en cambio, por regla general las faltas temporales le conservan al alcalde sus competencias constitucionales y legales, así encargue a otro funcionario de la administración local, de lo cual se exceptúan las suspensiones, en las que la separación del cargo es por decisión de otra autoridad y por causas que hacen imperioso impedir que el alcalde siga ejerciendo cualquier forma de autoridad.

Eso fue ciertamente lo que ocurrió en el *sub lite*, puesto que a la concesión de la licencia no remunerada al doctor Antonio Eljadue Gutiérrez como alcalde de Pijiño del Carmen, por medio del Decreto No. 055 del 3 de marzo de 2010 expedido por el gobernador del Magdalena, le siguió la designación de un alcalde encargado, designado precisamente por el titular a través del Decreto No. 029 del 4 de marzo de 2010, nombramiento que recayó en el doctor Julio César Pérez Cantillo.

Así las cosas, ni la designación de alcalde ad-hoc con el Decreto No. 068 del 11 de marzo de 2010, ni la concesión de licencia no remunerada al alcalde titular del municipio Pijiño del Carmen con el Decreto No. 055 del 3 de los mismos mes y año, impidieron que el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez ostentara –que no ejerciera- las funciones propias del alcalde; en la primera situación, porque el alcalde ad-hoc solamente se ocupó de las funciones electorales de cara al certamen electoral del 14 de marzo de 2010, y en la segunda situación, porque la licencia otorgada y la designación de alcalde encargado, no privó al titular del cargo de la potencialidad de ejercer las funciones inherentes a la dignidad de alcalde. Es decir, que estas situaciones administrativas no tienen ninguna incidencia en la posición jurisprudencial de esta Corporación, según la cual la configuración de la inhabilidad estudiada no requiere del ejercicio efectivo de la autoridad, pues basta con que se ostenten.

5.1.3.- Circunscripción en la cual opera la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional, respecto de Representantes a la Cámara

La causal de inhabilidad que según el actor se configura corresponde a la del numeral 5º del artículo 179 de la C.P., según la cual no pueden ser congresistas quienes sean parientes o allegados de “...funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.”. En tratándose de Representantes a la Cámara, por circunscripción departamental valga la aclaración, el debate se ha suscitado en torno a si el ejercicio de esa autoridad debe cumplirse en una entidad del ámbito departamental o si también puede serlo en una entidad del ámbito municipal, como en este caso en que se discute si esa inhabilidad opera frente al doctor Issa Eljadue Gutiérrez, Representante por el Magdalena, debido a que su hermano el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, actuó para el día de las elecciones como alcalde del municipio Pijiño del Carmen, que forma parte del mismo departamento.

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

“En efecto, como es bien sabido son diferentes las circunscripciones electorales de los órdenes nacional, departamental y municipal, razón por la cual dichas circunscripciones no coinciden para efectos

electorales. Frente a esta realidad, el constituyente estableció una excepción exclusivamente “para los fines de éste artículo” (artículo 179 C.P.) puntual al considerar que la circunscripción nacional coincidía con cada una de las territoriales, es decir, las departamentales y las municipales. No obstante, el mismo constituyente a renglón seguido excluyó de ésta excepción la inhabilidad consignada en el numeral 5° de ese mismo artículo (179 C.P.), además, respecto de dicha inhabilidad, precisó que tenía que presentarse en la circunscripción donde se efectuara la elección; disposición que está redactada en los siguientes términos:

.....

De lo anterior se infiere que: la regla general predica que las circunscripciones nacional, departamental y municipal son independientes entre sí, y por lo tanto para efectos de las inhabilidades no coinciden por ser diferentes cada una de ellas.

La excepción a esta regla se configura al haber restablecido el constituyente que la circunscripción nacional (por la cual se eligen los Senadores), coincide con cada una de las circunscripciones territoriales (departamentales y municipales).

No obstante, esta excepción no cobija a la inhabilidad prevista en el numeral 5° del artículo 179, es decir, que esta inhabilidad se rige por la regla general, según la cual la circunscripción nacional continúa siendo distinta de las demás; de tal manera que, un aspirante al Senado no está inhabilitado para el ejercicio de tal cargo, si tiene vínculos por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejercen autoridad civil o política, por ejemplo, si uno de sus familiares en tales grados de parentesco se desempeña como gobernador o alcalde.

Adicionalmente, el artículo es puntual respecto de esta causal, al señalar que la situación que constituye dicha inhabilidad tiene que producirse en la respectiva circunscripción en la cual debe efectuarse la correspondiente elección.

De otra parte, cabe destacar, que aunque la norma se refiere de manera amplia a los “congresistas”, las situaciones en comento solamente son predicables de aquellos congresistas elegidos por circunscripción nacional, esto es, de los senadores y no de los representantes a la cámara, puesto que ellos son elegidos por circunscripción departamental.

Dentro de este orden de ideas, se concluye que los senadores no están inhabilitados para ejercer tal cargo cuando su cónyuge o su compañero permanente, o uno de sus familiares en los grados señalados ejerza autoridad civil o política en una circunscripción departamental o municipal; con mayor razón, un representante a la cámara menos aún

va a estar inhabilitado cuando su cónyuge o compañero permanente o uno de sus familiares en los grados de parentesco señalados ejerza autoridad política o civil en un municipio, así el municipio geográficamente esté ubicado en el mismo departamento por cuya circunscripción electoral fue elegido como representante.

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

De otra parte, toda vez que las inhabilidades son prohibiciones que restringen el derecho político a ser elegido, tales inhabilidades deben estar taxativamente consagradas y no existe ninguna norma de rango legal ni constitucional que establezca esta inhabilidad para los representantes a la cámara, por lo tanto, en el presente caso, no es de recibo la inhabilidad consagrada en el numeral 5° del artículo 179 de la C. P., a la cual nos hemos venido refiriendo."²⁹

No obstante los precedentes que sobre este asunto tenía esa Sección, es preciso que ahora la Sala Plena, y dado que hasta el momento la Sección Quinta no se ha vuelto a pronunciar al respecto, reitere la línea de pensamiento que ha expresado en el juicio de pérdida de investidura sobre la configuración de la inhabilidad que preceptúa el numeral 5° del artículo 179 Constitucional en el caso de Representantes a la Cámara.

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

"Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 **se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.** La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5."

Con el primero de ellos queda en claro que la inhabilidad por matrimonio o parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad se cumple cuando la misma se materializa o desarrolla "...en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.", de suerte que si se trata de un Representante a la Cámara la prohibición de postularse y ser elegido como tal opera tanto si el cónyuge o pariente ejerce autoridad en una entidad del nivel departamental por el cual se surte la elección, como si la autoridad se

²⁹ Fallo del 18 de septiembre de 2003. Proceso Electoral No. 110010328000200200007-01 (2889-2907). Actor: Jaime Alberto Alzate Cárdenas y otro. Demandado: Representante a la Cámara por Boyacá. Al respecto también pueden consultarse: 1.- Fallo del 6 de mayo de 1999. Expediente: 1845, 1851, 1857 y 1868. Actor: Víctor Julio Gutiérrez Jiménez y otros. 2.-

lleva a cabo en una entidad del nivel municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual se aspira a ser congresista.

Es cierto que en materia electoral existen distintas circunscripciones, como son la nacional, la departamental, la municipal y la de las localidades, dentro de las cuales se convocan y practican distintas elecciones, en unos casos para elegir autoridades territoriales y en otros para elegir autoridades nacionales. Con todo, en las elecciones realizadas en las circunscripciones departamentales, como es la elección de Representantes a la Cámara -que no por ello deja de ser una autoridad del orden nacional que representa los intereses de la Nación-, la participación de los electores es una sola, sin que puedan escindirse los electores del departamento de los electores de sus municipios, ya que son los habitantes de estos últimos -que son los mismos del departamento-, los que en últimas terminan decidiendo en quienes recae la representación ante el Congreso de la República.

Una interpretación en contrario, como la que en su momento sostuvo la Sección Quinta, quebranta el principio de igualdad electoral, en atención a que los aspirantes a la Cámara de Representantes, con parientes en ejercicio de autoridad en entidades del nivel local, le llevarán a sus contendores una inaceptable ventaja, fruto de los factores de poder con origen en el propio Estado, que es precisamente contra lo que el constituyente y el legislador han luchado en las últimas reformas al régimen de inhabilidades. Además, no podría negarse que la autoridad estatal del pariente del candidato, quiérase o no, terminaría sirviendo de plataforma política para ese aspirante, por lo atractivo que resultaría para los electores acompañar la candidatura de alguien que ya tiene un cargo destacado en la administración de uno de los municipios del respectivo departamento, práctica que desde luego promovería el nepotismo, hoy en día inaceptable.

La tesis de que aquella expresión solamente cobija a los funcionarios con autoridad pertenecientes al nivel departamental, surgió a raíz de una interpretación que no se comparte ahora, del último inciso del artículo 179 Constitucional, que consagra una excepción a la regla establecida en el párrafo inmediatamente anterior. En efecto, según esa disposición, se asume que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, esto es con las circunscripciones departamental, municipal y local en sentido estricto, salvo *“...para la inhabilidad consignada en el numeral 5.”* El equívoco surgió a partir de no advertir que esta excepción se refiere única y exclusivamente a quienes se eligen al Congreso de la República por circunscripción nacional, categoría dentro de la que no están comprendidos, por regla general³⁰, los Representantes a la Cámara por circunscripción territorial o departamental.

³⁰ Debe tomarse en cuenta, en este punto de la discusión, que los Representantes a la Cámara no son solamente elegidos por los departamentos, también los hay por circunscripciones especiales, como así lo establece el artículo 1º de la Ley 649 del 27 de marzo de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, que dice:

“Artículo 1º. De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Política habrá una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

Esta circunscripción constará de cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una, (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

PARÁGRAFO. Quien sea elegido para la circunscripción especial de los colombianos residentes en el exterior, deberá residir en el territorio nacional mientras ejerza su condición de Representante de la Cámara.”

Según lo dicho, la excepción prevista en el artículo 179 *in fine* de la Constitución en el sentido de que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales excepto respecto del numeral 5º, sólo opera frente a los congresistas que se eligen por circunscripción nacional. Por tanto, la inhabilidad en estudio (5ª) sí se configura en los aspirantes a integrar la Cámara de Representantes por circunscripción departamental (no por las circunscripciones especiales), cuando son cónyuges o parientes de funcionarios que para el día de las elecciones estén investidos de autoridad civil o política, ya de orden departamental en el departamento respectivo, o de orden municipal en cualquiera de los municipios que lo conforman, los cuales integran esa circunscripción territorial.

Además, esa hermenéutica ya había sido acogida por esta Sala, pues en un caso similar al presente sostuvo sobre los términos en que se configura la mencionada causal de inhabilidad, lo siguiente:

“9.2. Violación del artículo 179, numeral 5.

En relación con la segunda causal, prevista en el artículo 179, numeral 5, conforme a cuya interpretación no podrán ser congresistas quienes tengan vínculos por matrimonio o unión permanente o de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política dentro de la respectiva circunscripción electoral en la cual deba efectuarse la elección, se da la misma situación.

La Sala Plena de lo Contencioso, en reiteradas jurisprudencias ha expresado que para que esta causal tenga eficacia debe aplicarse tanto a los llamados como a los elegidos desde el momento de la elección, pues con ella se pretende impedir que un candidato se ampare en las ventajas derivadas del parentesco o de la relación conyugal o de hecho con un funcionario que ejerza cierto poder dentro de la estructura Estatal, para inclinar en su favor la opción electoral.

Es lo que sucede en el presente caso porque a la fecha de la elección del cabeza de lista, 8 de marzo de 1998, LILIAM CASADO ARIAS, cónyuge o compañera permanente del congresista llamado, LIBARDO DE JESUS CRUZ ROMERO, era alcaldesa del municipio de Gamarra, Cesar, y FERMIN ANTONIO CRUZ ROMERO, hermano del congresista, era alcalde del municipio de La Gloria, Cesar, dentro de la misma circunscripción territorial por la cual se inscribió al congreso el inculpado, dado que ambos fueron elegidos alcaldes el 28 de octubre de 1997 para el período 1998-2000.

De acuerdo con el artículo 176 de la Constitución la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. Para la elección de Representantes a la Cámara cada departamento y el distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. En consecuencia los municipios que integran un departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y por ello está inhabilitado para inscribirse como representante a la Cámara quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente, o parentesco, en los términos señalados por la ley, con funcionarios que

ejerzan autoridad civil o política en municipios del mismo departamento por el cual se inscribe.

Por lo expuesto también debe accederse a la pérdida de investidura del congresista llamado por configurarse esta segunda causal.”³¹

Esta posición fue recientemente ratificada por la Sala Plena, pues sobre un caso similar al que ahora estudia discurrió:

“3.3. Tercer requisito. La autoridad civil o política se debe ejercer en la correspondiente “circunscripción territorial”.

También es necesario, para que se configure la prohibición a que se refiere el art. 179.5 CP., que la autoridad civil ejercida por el pariente tenga lugar donde se lleva a cabo la elección del congresista.

Uno de los aspectos más debatidos en este proceso es precisamente este. Para el actor, la circunscripción territorial incluye el ejercicio de autoridad civil o política en un cargo, bien del orden departamental o bien del orden municipal - siempre que pertenezca al mismo departamento -; mientras que la parte demandada considera que sólo se configura en cargos ejercidos en una entidad del orden departamental, no así municipal.

En este sentido, si concierne a un representante a la Cámara, se debe mirar que el poder o autoridad sea ejercido en el Departamento o en alguno o varios de sus municipios. Y si se trata de un Senador, resulta aplicable lo dispuesto en los dos últimos incisos del art. 179 CP., que disponen:

.....

Según estas disposiciones, para los fines de las inhabilidades allí consagradas, la circunscripción nacional coincide con cada una de las circunscripciones territoriales excepto para la prevista en el numeral 5, que corresponde al caso examinado. Para la Sala, la norma aplicable es la primera parte del inciso inicial citado, según la cual “...”. Esto significa que si lo prohibido por la Constitución se realiza en la circunscripción correspondiente -no importa el nivel de la entidad- entonces se configura la inhabilidad para ser congresista.

Además, esta norma se debe armonizar con los incisos primero y tercero del art. 176 de la misma Constitución, que disponen, respectivamente, que: “...”, y luego indica que: “Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el distrito Capital de Bogotá, conformarán una circunscripción territorial.”

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

³¹ Sentencia del 28 de mayo de 2002. Pérdida de Investidura No. 110010315000200100249-01 y 110010315000200100249-01 (PI-033 y PI-034). Actor: Rodrigo Molina Cardozo y otro. Demandado: Representante a la Cámara por el Cesar – Dr. Libardo de Jesús Cruz Romero.

de 2002 –exps. acumulados PI-033 y PI-034- que:

.....

En este orden de ideas, debe distinguirse perfectamente, para comprender de manera adecuada el tema, que existen múltiples circunscripciones, algunas con fines o funciones puramente administrativas, otras con fines electorales³². Las que interesan ahora son estas últimas, de las cuales las hay municipales, si se trata de elegir alcalde o concejales; departamental, si la elección es de gobernadores y diputados, además de representantes a la Cámara; o nacional, si se trata de elegir Presidente de la República o Senadores. Incluso existen circunscripciones más particulares, como acontece con la elección de ediles. En fin, para estos efectos es necesario distinguir cada elección, y adoptar la noción de circunscripción de cada caso, siendo inadecuado usar para unos efectos el concepto creado para otros.

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

“Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento..., conformarán una circunscripción territorial.”
(Negrillas fuera de texto)

³² Sobre el concepto de circunscripción expresó la Sección Quinta las siguientes consideraciones, que se comparten ahora: “Debe precisarse que el concepto de circunscripción se refiere a la división de un territorio para efectos de concretar derechos, adelantar funciones y competencias. De hecho, la circunscripción electoral es aquel territorio en donde debe realizarse una elección, por lo que delimita, desde el punto de vista territorial, las localidades donde pueden sufragar válidamente los ciudadanos. Así, al tenor de lo dispuesto en el artículo 176 de la Constitución los Representantes a la Cámara se eligen en circunscripciones territoriales y especiales. Dentro de estas últimas se encuentran las que establece la ley para asegurar la representación ‘de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior’.” (Sentencia del 24 de octubre de 2002, exp. 11001-03-28-000-2002-0014-01 (2904), criterio reiterado en la sentencia del 20 de enero de 2004, exp. 11001-03-15-000-2003-1024-01(PI)) En el mismo horizonte, la sentencia del 2 de octubre de 2008 –exp. 07001-23-31-000-2007-00086-02- retomó este concepto, pero agregó en el sentido indicado hasta ahora que: “Esa división electoral, en que se fragmenta el territorio nacional, que se repite tiene por fin el ejercicio de los derechos políticos, tiene de particular que es exacta, esto es la circunscripción departamental comprende a todo el departamento y la circunscripción municipal, por supuesto, hace referencia a toda la extensión del municipio. De ahí que cuando el legislador empleó esa expresión para fijar el régimen de inhabilidades, lo hizo con el propósito de determinar su ámbito de actuación de manera puntual o precisa, esto es que debía coincidir con una determinada circunscripción electoral, no con una división territorial; y es por ello que, igualmente, bajo la vigencia del texto original de la causal de inhabilidad del numeral 7 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que mantuvo su contenido material pese a la enmienda de la Ley 177 de 1994, las demandas de nulidad electoral propuestas respecto de distintas circunscripciones electorales, así los candidatos se inscribieran por el mismo partido o movimiento político para participar en las mismas elecciones, no prosperaban, tal como lo demuestra la siguiente jurisprudencia de la Sala:...”

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

De manera que como “cada departamento..., conformará una circunscripción territorial”, las prohibiciones de los numerales 2, 3, 5 y 6 del art. 179 rigen si se realizan allí, en este caso, en cualquier parte o lugar del Departamento respectivo, es decir, en uno o varios de sus municipios. Es por ello que, como la circunscripción la conforma todo el departamento, es decir, que éste es un subconjunto del total de los electores del país, en forma de unidad independiente para la escogencia de ciertos cargos -en este caso Representantes a la Cámara-, las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en la Constitución rigen allí, de modo que lo que ella prohíbe comporta toda esa circunscripción, en este caso, ejercer autoridad civil o política.

Es así como la Sala entiende que la prohibición del numeral 5 del artículo 179 –criterio que se aplica para los numerales 2, 3 y 6- no se determina por el tipo, naturaleza o nivel al que pertenezca la entidad estatal en la cual labora o ejerce de cualquier modo la autoridad civil o política el cónyuge o pariente del aspirante a ser Representante a la Cámara porque siempre la circunscripción nacional comprende las territoriales. Lo anterior porque la excepción a la regla general que se contempla en el último inciso del art. 179 constitucional, en relación con la inhabilidad prevista en el numeral 5, en el sentido de que para este caso no existe coincidencia entre las circunscripciones territorial con la nacional, aplica y se refiere, como el mismo inciso lo señala, para quienes se elige por circunscripción nacional, esto es los Senadores.

Esto también significa que es posible postularse a ser representante a la cámara por un departamento, si el cónyuge o pariente del aspirante ejerce autoridad civil o política en otro, toda vez que no basta ejercer la función para inhibir la aspiración, sino que también es necesario que se cumpla el requisito de la territorialidad para que se configure la inhabilidad.”³³

Con esta postura no se vulnera la garantía de interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad que impone el artículo 1º numeral 4 del Código Electoral, según el cual “...las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida.”, pues esta hermenéutica no aplica frente a la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional debido a la claridad de que su estructuración sólo se exceptúa para la circunscripción nacional. Por tanto, lo que la presente tesis

³³ Fallo del 15 de febrero de 2011. Pérdida de Investidura No. 110010315000201001055-00 (PI). Actor: Asdrúbal González Zuluaga. Demandado: Representante a la Cámara por Risaralda.

de la Sala hace, es fijar su auténtico sentido, hasta ahora apreciado de manera diferente en el precedente antiguo de la Sección Quinta. Éste consideraba que la excepción estipulada opera también para las elecciones por circunscripción territorial, caso de los Representantes a la Cámara que se eligen por circunscripción departamental.

Todo lo dicho permite reafirmar la conclusión expuesta, esto es que la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional sí se configura frente a los aspirantes a integrar la Cámara de Representantes, cuando su cónyuge o compañero permanente, o pariente en los grados allí indicados, ejerce autoridad civil o política, en uno de los municipios que conforman el departamento por el cual se postula.

5.1.4.- Del ejercicio de autoridad civil o política por parte de los alcaldes

Lo pertinente ahora es establecer si los alcaldes ejercen autoridad civil o política, interrogante que por cierto no plantea mayores dificultades porque así lo define la Ley 136 del 2 de junio de 1994 *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*, ya que en lo atinente a la autoridad política es explícita en disponer que *“Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio.”* (Art. 189), postulado que además armoniza con las atribuciones constitucionalmente asignadas (Art. 315³⁴), según las cuales la conducción de las políticas públicas locales está a su cargo, para lo cual debe observar en todo caso las directrices trazadas por el Gobierno Nacional. Además, la Sala Plena en la sentencia proferida el 15 de febrero de 2011, dentro de la acción de Pérdida de Investidura No. 110010315000201001055-00 (PI)³⁵, y con cita de la anterior disposición, dejó en claro que los alcaldes por antonomasia ejercen autoridad política.

Y, en lo relativo al ejercicio de autoridad civil, que concierne como lo dijera la Sala Plena en aquél fallo, al *“...ejercicio de actos de poder y mando...”*, no admite discusión alguna el hecho de que los alcaldes cuentan con tal forma de autoridad, puesto que basta consultar lo dispuesto en el artículo 188³⁶ de

³⁴ Dentro de esas competencias destaca la Sala:

“2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.

3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.”

“5. Presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.”

³⁵ En dicha providencia se sostuvo:

“Aplicadas estas ideas al caso concreto, no queda duda que una alcaldesa, como lo era la cónyuge del señor Noel Ricardo Valencia, ejerce autoridad civil, porque las funciones asignadas por la ley se enmarcan en la definición del art. 188 de la ley 136 de 1994. Inclusive, en este caso la aplicación de esta norma no es analógica, sino directa, porque se trata del entendimiento que el legislador le dio al concepto, en tratándose de las autoridades municipales.

Como si esto fuera poco, es indiscutible que los alcaldes también ejercen “autoridad política”, de la cual se dijo atrás que se trata de una clase de autoridad que goza de autonomía y por eso es distinta de la autoridad civil, de manera que los alcaldes realizan ambas formas de autoridad.”

³⁶ Esta disposición establece:

la ley 136 de 1994, para advertir que tales atribuciones son propias de ese cargo, como así lo corroboran las distintas funciones fijadas en el artículo 315 Constitucional.

6.- Conclusión

Lo discurrido permite inferir que está plenamente demostrada la causal de inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 de la Constitución, vicio que concurrió en el acto de elección del demandado, puesto que resultaron probados los siguientes supuestos: i.) Que el doctor Issa Eljadue Gutiérrez fue elegido como Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, período constitucional 2010-2014³⁷; ii.) Que el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez tuvo la condición de alcalde del municipio Pijiño del Carmen (Magdalena), para el día 14 de marzo de 2010³⁸; iii.) Que desde esa posición el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez ejerció tanto autoridad civil como autoridad política; iv.) Que la autoridad civil y política ejercida por el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez, como alcalde del municipio Pijiño del Carmen, ocurrió en la misma circunscripción por la que fue elegido el demandado, en atención a que este municipio forma parte del departamento del Magdalena, y v.) Que los doctores Issa y Antonio Eljadue Gutiérrez son hermanos entre sí, al tener como padres comunes a los señores Isadora Gutiérrez Palomino y Salomón Eljadue Rizcala³⁹, situación de la que se desprende que son parientes en segundo grado de consanguinidad

Con lo anterior se evidencia lo innecesario que resulta examinar el otro cargo de nulidad que se le endilga al acto acusado fundado en la misma causal (Art. 179.5 C.P.), pero esta vez derivado de imputarle al demandado que como candidato al Congreso ejerció autoridad civil o política por su condición de integrante de la asamblea corporativa y del consejo directivo de CORPAMAG. Esto debido a que al haberse acreditado la censura fundada en la alcaldía que desempeñó su hermano en la época inhabilitante, es suficiente para producir la nulidad deprecada.

De otra parte, serán denegadas las demás pretensiones de la demanda, que se encaminan a obtener la nulidad de los formularios E-24 y E-26, así como que se declare elegido al candidato que corresponda en la misma lista electoral, ya que la nulidad se basó en una causal subjetiva y no en una objetiva, como para entender que la votación deba afectarse, y porque el

“Artículo 188.- Autoridad civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

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

3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.”

³⁷ Folios 2 a 8.

³⁸ Folio 246. Precisa la Sala que no es cierto que no se haya probado que el doctor Antonio Eljadue Gutiérrez fungió como alcalde del municipio Pijiño del Carmen para el día de las elecciones (Marzo 14/2010), pues con tal fin se aportó el documento en cita, valga decir la certificación expedida el 8 de junio de 2010 por el Secretario del Interior Departamental de la gobernación del Magdalena; además, el mismo hecho se acreditó tácitamente con la certificación expedida el 24 de enero de 2011 por el Secretario General y de Gobierno de la Alcaldía de esa entidad territorial (fl. 451), mediante la cual se informó de la licencia no remunerada concedida a dicho mandatario entre el 11 y el 17 de marzo de 2010, lo que según lo apreciado líneas arriba no desvirtúa que haya contado con autoridad pública, pese a su separación temporal del cargo.

³⁹ Folios 37 y 38.

sistema de reemplazos por falta absoluta de los congresistas está regulado en la Constitución y en la Ley, sin que para ello sea menester que esta Sección le indique a la autoridad competente como proceder ante esta declaratoria de nulidad.

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

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR infundada la excepción de Inepta Demanda formulada por la parte demandada.

SEGUNDO: ANULAR la elección del doctor Issa Eljadue Gutiérrez, como Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, período constitucional 2010-2014, contenida en el Acuerdo No. 12 del 19 de julio de 2010, expedido por el Consejo Nacional Electoral.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Una vez ejecutoriado este fallo, comuníquesele a la Presidencia de la República, a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes y al Presidente del Consejo Nacional Electoral, para lo de su cargo.

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

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Presidente

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
RINCÓN

HERNÁN ANDRADE

GERARDO ARENAS MONSALVE
BÁRCENAS
AUSENTE CON EXCUSA

HUGO FERNANDO BASTIDAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
VALENCIA

SUSANA BUITRAGO

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
PALACIO**

RUTH STELLA CORREA
ACLARA VOTO

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
GÓMEZ**

MAURICIO FAJARDO

ENRIQUE GIL BOTERO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO
SALVA VOTO

**CARMEN T. ORTIZ DE RODRÍGUEZ
PÁEZ**

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE

**DANILO ALFONSO ROJAS BETANCOURTH
GAMBOA**
ACLARA VOTO

JAIME O. SANTOFIMIO

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
CUERVO**
SALVA VOTO

MAURICIO TORRES
AUSENTE CON EXCUSA

OLGA VALLE DE LA HOZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN
SALVA VOTO

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
QUINTERO**
AUSENTE CON EXCUSA

LUIS RAFAEL VERGARA
SALVA VOTO

ALBERTO YEPES BARREIRO
BARRERA
SALVA VOTO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO