



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 248051

Fecha: 29/11/2016

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para que los alcaldes aspiren a otros cargos de elección popular para el periodo siguiente. **RAD.:** **201690002372542** del 13 de octubre de 2016.

En atención al oficio de la referencia, en el cual se consulta si es procedente que los alcaldes que fueron elegidos para el periodo 2012-2015 puedan aspirar a otros cargos de elección popular para el periodo 2020-2024, me permito informar lo siguiente:

1.- En relación a las incompatibilidades de los alcaldes para aspirar a otros cargos de elección popular, la Ley 617 de 2000¹, dispone:

“ARTICULO 38. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

(...)

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

(...)”

“ARTICULO 39. DURACION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL DISTRITAL. Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24)* meses en la respectiva circunscripción.”

(...)”

De acuerdo con las disposiciones anteriormente transcritas, los alcaldes no podrán inscribirse como candidatos a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fueron elegidos, señalando la norma, que en el caso de esta incompatibilidad tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

Es decir, los alcaldes y gobernadores no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 24 meses después, inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral.

Ahora bien, la Ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones, señala:

“ARTÍCULO 29. CANDIDATOS DE COALICIÓN. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica coaligados entre sí y/o con grupos significativos de ciudadanos, podrán inscribir candidatos de coalición para cargos uninominales. El candidato de coalición será el candidato único de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que participen en ella. Igualmente será el candidato único de los partidos y movimientos con personería jurídica que aunque no participen en la coalición decidan adherir o apoyar al candidato de la coalición.

(...)

Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política. (Subraya fuera del texto)

Este inciso de la Ley 1475 de 2011, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-490 de 2011. Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva la cual dispuso:

“La Corte declarará la exequibilidad del artículo 29 del Proyecto de Ley Estatutaria objeto de revisión, en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del parágrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política

(...)

... el término de comparación que prescribe el inciso final del citado parágrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.”

De acuerdo con la Corte Constitucional, esta interpretación se hizo con el fin de no vaciar la competencia que tiene el legislador para establecer un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades para los cargos de elección popular en las entidades territoriales, al tiempo de impedir que, a futuro, este inciso se aduzca para que el órgano de representación popular pueda formular o estructurar inhabilidades o incompatibilidades diversas a las que se contemplaron para los congresistas.

Ahora bien, la sentencia de constitucionalidad no dilucidó cuál era el alcance de su condicionamiento, lo que derivó en que el Consejo de Estado se produjera diversas posturas al respecto.

En ese sentido, el Consejo de Estado, Sección Quinta en sentencia del 21 de febrero de 2013, Expediente 2012-00025, dispuso:

“Por consiguiente, la Ley 1475 de 2011, sí modificó el régimen de inhabilidades de los servidores públicos del orden territorial en el sentido de que todas las causales de inhabilidad que incorporan como elemento constitutivo “el tiempo”, quedaron modificadas en ese aspecto y ahora se configuran cuando la circunstancia respectiva (aspecto propio de la causal) se verifica en el término aludido en el numeral 2º del artículo 179 de la Carta, es decir, doce (12) meses (aspecto común de las diferentes causales de inhabilidad para congresistas y servidores públicos de elección popular del orden territorial) y esa modificación afectó el proceso electoral de 2011, porque se dio antes de que se cumpliera la jornada electoral.”

De acuerdo con lo señalado en esta sentencia del Consejo de Estado, el efecto de la Ley 1475 de 2011 en relación con el régimen de inhabilidades de los demás servidores públicos -distintos de los congresistas- aplicaba a todas las causales inhabilitantes en relación con su elemento temporal, de forma tal que a partir de la entrada en vigencia de esa ley aquel aspecto se materializaba -según cada caso- dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de las elecciones.

Así mismo, esta misma corporación en sentencia del 7 de marzo de 2013 proferida dentro del radicado N° 540012331000201200027-01 la Sección Primera del Consejo de Estado, expuso:

“Al constatar que el ejercicio del cargo como Gobernadora Encargada se efectuó el 28 de septiembre del año 2010 y la inscripción como candidata a la Asamblea Departamental del Norte de Santander acaeció el 29 de julio del 2011, resulta forzoso concluir que la conducta prohibitiva se materializó incluso en un término inferior a los doce (12) meses estipulados constitucionalmente para los congresistas, por lo que se constata que, en efecto, la Diputada incurrió en la incompatibilidad que en los términos del numeral 7º del artículo 31 y artículo 32 de la Ley 617 del 2000 (...)”

De conformidad con la Sección Primera del Consejo de Estado, el extremo temporal final de la prohibición contemplada en el numeral 7° del artículo 31 de la Ley 617 de 2000 y en el artículo 32 de la misma norma; de un lado, se redujo de 24 a 12 meses con ocasión de la Ley 1475 de 2011 y la Sentencia C-490 del mismo año, y, de otro, la prohibición se cuenta hasta la inscripción y no hasta la elección.

Ahora bien, en este derrotero de jurisprudencia, la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-515 de 1° de agosto de 2013, tuvo oportunidad de aplicar, mediante sentencia de unificación, el antecedente de la Sentencia C-490 de 2011 anteriormente citada, a un caso concreto, en la cual señaló:

“En el presente caso a la peticionaria le fue decretada la pérdida de su investidura como Diputada en razón a haber ejercido las funciones de Gobernadora del Huila el 30 de noviembre de 2005, es decir, 20 meses y 8 días antes de su inscripción como candidata (08 de agosto de 2007) y 22 meses y 20 días antes de las elecciones (28 de octubre del mismo año). Recuérdese que para la época en que se dictó la sentencia estaba vigente una inhabilidad para quienes hubieran desempeñado el cargo en mención que se extendía por 24 meses.

Sin embargo, las normas que soportaron esa sanción (artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000) fueron modificadas por la Ley 1475 de 2011. A su vez, esta disposición, puntualmente el parágrafo 3° del artículo 29, resulta más benéfica respecto del juzgamiento, en la medida en que el término de inhabilidad aplicable a quienes hubieren desempeñado el cargo de Gobernador se redujo y ahora solo comprende los 12 meses anteriores a la fecha de elección. En otras palabras, dentro de la regulación del régimen político imputable a los Departamentos, el legislador decidió variar las condiciones bajo las cuales se garantiza el proceso democrático así como el ejercicio digno y objetivo de los cargos de elección popular.

De esa manera, al día de hoy la conducta por la que fue sancionada la señora Perdomo Andrade, esto es, haberse desempeñado como mandataria departamental 20 meses antes a la inscripción como candidata a la Asamblea, no está prohibida ni puede ser reprochada y, por tanto, no existe razón para que se mantengan las consecuencias derivadas de la pérdida de su investidura. Como consecuencia, la Sala concluye que la base de la sanción proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado perdió su fundamento jurídico a partir del 14 de julio de 2011 ya que desde la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011 esa inhabilidad sólo comprende los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

Esto constituye una circunstancia que impide que el fallo se siga ejecutando; de otra forma, ello implicaría el desconocimiento del principio de favorabilidad, específicamente el derecho del sancionado a la aplicación de la retroactividad de la ley más benigna respecto de la inhabilidad permanente que en su momento generó la sentencia de pérdida de su investidura.”

De acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional, a partir del 14 de julio de 2011 el término máximo de incompatibilidad que corresponde a quienes hubieren desempeñado el cargo de Gobernador, establecido en los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000, comprende los 12 meses anteriores a la fecha de la elección y no los 24 meses a la fecha de inscripción, en virtud de la modificación efectuada por el artículo 29 de la ley 1475 de 2011.

Una persona presentó acción de tutela por considerar, entre otros, que la providencia de la Sección Primera vulneró sus derechos fundamentales. El juez de tutela negó el amparo solicitado y la providencia no fue recurrida. Para la solución del caso concreto sometido a revisión de la Corte, aquella se refirió a las incompatibilidades que se traducen en inhabilidades y respecto al elemento temporal dispuso:

*“Así las cosas, la prohibición dirigida al gobernador o a quien sea designado en su reemplazo –sin importar el título–, de **inscribirse** como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes al vencimiento del período para el cual fue elegido o designado, pese a la impropiedad de los artículos 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 que la reducen a una causal de incompatibilidad, materialmente, constituye una inhabilidad genérica para acceder a otros cargos o empleos públicos. En tal virtud, quien habiendo ejercido como gobernador, se **inscriba** como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular, como es el caso de la Asamblea Departamental, dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad para ser elegido diputado.*

En ese contexto, esta Corte advierte que, debido a la circunstancia antecedente de haber ejercido como gobernadora encargada del Departamento de Norte de Santander, es claro que Marina Lozano Roperó no podía inscribirse como candidata a la Asamblea Departamental en esa circunscripción territorial, ni mucho menos ser elegida diputada, pues desde que venció el período de encargo y hasta que formalizó su candidatura, tan solo habían transcurrido diez (10) meses y un (1) día, circunstancia que la inhabilitaba para aspirar a ese cargo público. Por consiguiente, puede afirmarse, sin hesitación

alguna, que su elección como diputada estuvo precedida de una actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la ley, cuyo origen se retrotrae al acto de inscripción.”

De acuerdo con la Corte Constitucional la incompatibilidad contemplada en el numeral 7° del artículo 32 y 33 de la Ley 617 de 2000 se contabiliza ya no desde 24 meses sino desde 12 -aspecto que ya había sido aclarado desde la Sentencia SU-515 de 2013-, también explicó con contundencia y claridad que esos 12 meses se computan hasta el día de la inscripción y no de la elección.

Así las cosas, la Corte no solo mantuvo incólume la postura adoptada por la Sección Primera del Consejo de Estado en la que se determinó que el extremo temporal final de la inhabilidad era el de la inscripción, sino que además avaló dicha tesis al sostener que la prohibición implicaba que “quien hubiese ejercido como gobernador y se inscriba como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad”.

Finalmente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, emitió Sentencia de Unificación con Radicación: 11001-03-28-000-2015-00051-00 y Radicado Interno: 2015-00051 del 7 de junio de 2016, a través de la cual se unifican los siguientes aspectos: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos. En este sentido la citada sentencia dispuso:

“...Por lo anterior, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no cabe duda de que, la prohibición contemplada de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 tiene como extremo temporal final la fecha de la nueva inscripción.

La anterior conclusión, además, resulta del todo acertada ya que, si lo que contiene la norma en comento es una prohibición para inscribirse, aquella se vaciaría en su contenido y finalidad si su extremo temporal final se computase en relación con la elección y no con la inscripción, máxime cuando sólo la segunda depende de la voluntad del candidato.

4.4. El análisis del caso concreto

Con fundamento en lo hasta acá expuesto, corresponde a la Sala resolver el caso concreto, encontrándose acreditado lo siguiente:

Que la señora Pinto Pérez fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania para el período 2012-2015.

Que la demandada ocupó el cargo de alcaldesa hasta el 21 de julio de 2014, fecha en la que le fue aceptada la renuncia presentada.

Que mediante formulario E-6 del 25 de junio de 2015 la demandada se inscribió como candidata a la gobernación.

Que la demandada fue elegida como gobernadora de La Guajira para el periodo 2016-2019 en el marco de las elecciones territoriales que tuvieron lugar el 25 de octubre de 2015.

El caso que ocupa la atención de la Sala se gobierna por la Ley 617 de 2000 (artículos 38.7 y 39) pero con las modificaciones introducidas por la Ley 1475 de 2011.

Con fundamento en aquellas normas, y en la jurisprudencia actualmente vigente de esta Sección se tiene que, los alcaldes no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 12 meses después, inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral.

En los términos arriba descritos, el elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, y que fuere reducido a 12 por el legislador estatutario de 2011, se delimita con fundamento en dos extremos temporales distintos: uno inicial y otro final.

En ese sentido, el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, señala que el alcalde no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular mientras detente tal dignidad. Y, en aplicación del artículo 39 -versión actual-, tampoco podría hacerlo dentro de los 12 meses siguientes, en la respectiva circunscripción.

De estos preceptos, tradicionalmente, se han derivado dos extremos a partir de los cuales se impone el análisis del caso concreto. El primero -extremo temporal inicial- se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de alcalde, lo que ocurrió, en el caso que nos ocupa, con la renuncia al cargo por parte de la demandada. El segundo -extremo temporal final-, la fecha de la nueva inscripción del candidato ya que, ciertamente, lo que contiene la norma es una prohibición para inscribirse.

De esta manera, si entre un extremo temporal y otro, transcurrieron más de 12 meses, la nueva elección no estará afectada por el desconocimiento de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011. Sin embargo, si el lapso es inferior, la nueva elección tendrá un vicio de legalidad ya que el candidato que resultó elegido está inmerso en una inhabilidad.

Pues bien, ocurre que la demandada fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira) para el período 2012-2015 y ocupó tal dignidad hasta el 21 de julio de 2014, fecha en la que le fue aceptada la renuncia presentada.

Pese a lo anterior, la señora Pinto Pérez el 25 de junio de 2015 se inscribió como candidata a la gobernación de La Guajira para las recientes elecciones territoriales de 2015.

Entonces, como entre el 21 de julio de 2014 -extremo temporal inicial aplicable al caso concreto- y el 25 de junio de 2015 -extremo temporal final aplicable al caso concreto-, ciertamente, transcurrieron menos de los 12 meses que exigen los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011, se impone a la Sala Electoral de esta Corporación anular la elección de la demandada al cargo de gobernadora de La Guajira, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.”

De acuerdo con el Consejo de Estado, es claro para esta Dirección Jurídica los alcaldes no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 12 meses después, inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral, el elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, y que fuere reducido a 12 por el legislador mediante el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, se delimita con fundamento en dos extremos temporales distintos: uno inicial que se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de

alcalde y otro final la fecha de la nueva inscripción del candidato ya que, ciertamente, lo que contiene la norma es una prohibición para inscribirse.

Así las cosas, es viable concluir que si entre un extremo temporal y otro, transcurren más de doce (12) meses, la nueva elección no estará afectada por el desconocimiento de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011. Sin embargo, si el lapso es inferior, la nueva elección tendrá un vicio de legalidad ya que el candidato que resultó elegido está inmerso en una inhabilidad.

2.- Ahora bien, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 7 de junio de 2016, anteriormente transcrita, se ocupó también de analizar el extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 7 y 39 de la Ley 617 de 2000 y el alcance de la aplicación del principio *pro homine* en materia electoral.

Es decir, el Consejo de Estado analizó si el hecho de que la persona elegida como alcalde o gobernador, presente renuncia antes del vencimiento del período para el cual fue elegido, válidamente puede decaer tal prohibición, toda vez que el numeral 7° de los artículos 31 y 38 de la Ley 617 de 2000 no hace mención a la renuncia y los artículos 32 y 39, lo hacen, pero únicamente para las inhabilidades de los numerales 1 y 4 del artículo 31 y 38, y no para la del numeral 7.

En este sentido en mencionado fallo del Consejo de Estado dispuso:

“Es decir, corresponde a la Sección determinar si se puede admitir que, tratándose de un cargo sometido a período, como es el caso de los de elección popular, específicamente los de alcalde y gobernador, la renuncia pueda admitirse como una circunstancia válida para que se entienda modificado el extremo temporal inicial que fijó el legislador en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

La Corte Constitucional, en referencia a la forma en la que debe entenderse la expresión “período” precisó que “es el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública²”

Así las cosas, ha de entenderse que el significado de la locución “período” que emplea el numeral 7° del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, tratándose del ejercicio de un cargo, es el

lapso o tiempo que ha definido el Constituyente o el legislador para la permanencia o ejercicio de aquel. Es un ingrediente, si se quiere, de tipo normativo, pues ha sido el ordenamiento jurídico el que expresamente le ha dado alcance específico.

(...)

En razón de los inconvenientes institucionales que generó la exégesis de la Corte, específicamente, por las múltiples elecciones de alcaldes y gobernadores que se registraron por fuera del calendario electoral, el Constituyente Derivado tramitó y aprobó el Acto Legislativo No. 2 de 2002, por medio del cual, con absoluta claridad, instituyó el período institucional, entre otros, para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles. Esta reforma logró que, a partir del 2008, todos los cargos de elección popular quedaran sujetos al período institucional, impidiendo toda interpretación subjetiva que amenace desinstitucionalizar los periodos de elección señalados por la Constitución y la Ley. Ese es el verdadero sentido normativo, gramatical, finalístico, axiológico y social de la nueva norma.

Ese Acto Legislativo, al cambiar el referente normativo de interpretación, necesariamente incide en la forma de abordar el concepto del vocablo “período” que emplea el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, pues ha entenderse que este, aun en tratándose de inhabilidades, es siempre de carácter institucional y no personal o subjetivo como lo entendió la Corte Constitucional en su momento.

Lo anterior, sin lugar a dudas, tiene implicaciones en el examen que le corresponde hacer al juez electoral respecto de las prohibiciones que están ligadas al periodo para el cual los candidatos resultaron elegidos, como la que ocupa la atención de la Sala, puesto que el periodo no puede ser analizado, hoy, bajo la lógica subjetiva o personal, en tanto el régimen de inhabilidades para efectos de la nulidad electoral debe ser siempre objetivo.

La razón de esta afirmación no es otra, que entender que la finalidad de ese régimen consiste precisamente en evitar que los intereses personales se antepongan a los públicos, en donde los principios de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad propios de la función pública, y de las campañas electorales, priman por encima del querer de quien encarna el poder y que la Sala entiende, fue lo que llevó al Constituyente derivado a ejercer la corrección normativa y constitucional de una interpretación que estaba generando serias implicaciones de orden jurídico e institucional del país, en detrimento de la democracia.

Para esta Sección es claro que, en tratándose del acto electoral, es menester antes que privilegiar el derecho del elegido, propender por la protección del derecho del elector, pues en él radica el sustento democrático de nuestras instituciones. Esto se explica, justamente, por el carácter autónomo de la función electoral, sobre este punto, ha explicado la Sección.

(...)

Igualmente, la expedición de los Actos Legislativos No. 1 de 2003 y 1 de 2009, en su idea de fortalecer los partidos políticos y el sistema democrático, hicieron que estos -los partidos- se convirtieran en impulsores o canalizadores del derecho de quien se pretenda elegir, en tanto se entendió que este derecho no era absoluto.

(...)

En ese sentido, una de las finalidades del Acto Legislativo No. 1 de 2003, fue, entre otras, el fortalecimiento del sistema democrático, mediante la exigencia a los partidos y los movimientos de establecer criterios para hacer compatible ese principio en la escogencia de los candidatos que los habrían de representar a cargos uninominales y a las corporaciones públicas.

Ese cambio constitucional, en criterio de la Sala, hizo que, por encima del derecho a ser elegido, se impusieran criterios de prevalencia del interés general para la protección de la democracia, estableciendo restricciones o limitaciones a este derecho, con el objeto de proteger a los electores, en la medida en que cualquier aspiración política debe estar mediada por la pertenencia a un partido o movimiento político, o avalado por estos, o por una número significativo de ciudadanos que, evidentemente, implica per se una restricción necesaria al derecho a ser elegido, sobre el cual, sea decirlo desde ahora, el tribunal constitucional edificó su razonamiento para entender, entre otras cosas, que la renuncia a un cargo de elección popular, solo debía examinarse desde la arista de los derechos del elegido.

(...)

Para la Sala, entonces, en el análisis de la prohibición contenida en los artículos 38, numeral 7º y 39 de la Ley 617 de 2000, no se puede dejar de lado el advenimiento de las normas de corrección que el constituyente derivado tuvo que dictar en razón de

interpretaciones que estaban generando problemas institucionales, como entre otras -Actos Legislativos Nos. 1 de 2003 y 1 de 2009- que se expidieron con el fin de fortalecer el sistema democrático, reformas que, sin lugar a dudas, implican un cambio del contexto normativo que obligan a reconsiderar los fundamentos de la decisión del juez constitucional.

Ese cambio de contexto, impone al juez electoral la necesidad de fijar una regla de interpretación de conformidad con la realidad normativa vigente, hecho que exige una hermenéutica en la que se determine si el único aspecto que puede tenerse en cuenta para el análisis de los contenidos normativos de las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, debe ser, exclusivamente, los derechos del elegido -pro homine-, dejando de lado otros principios que también son fundamentales en el marco de un sistema democrático -pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores)-.

Por tanto, en este nuevo esquema, el análisis que se haga de la renuncia al cargo de elección popular debe ser distinto al que empleó el Tribunal Constitucional en el año 1995, en tanto la consolidación de nuestra democracia exige mayores compromisos y desafíos para quien es favorecido con el mandato popular.

iii) Expuesto lo anterior, y demostrado que el contexto en que debe analizarse el supuesto normativo de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 ha cambiado también es importante advertir por la Sala, que las normas constitucionales que sirvieron de parámetro de control a la Corte Constitucional para excluir del ordenamiento el aparte “así mediará renuncia” derechos a la igualdad, artículo 13, y a ser elegido, artículo 40, exigen hoy ser valorados y si se quiere ponderados, frente a otros principios igualmente fundamentales en el ordenamiento constitucional, principios que el Tribunal Constitucional no pudo examinar debido a que aquel se elaboró con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo No. 2 de 2002, el cual, se reitera, impuso a efectos del régimen electoral, la concepción objetiva -por oposición a la subjetiva- del periodo de quienes resultaren elegidos popularmente.

(...)

Dentro de esta lógica, antes que la realización del derecho subjetivo a ser elegido, el juez de lo electoral está obligado, frente al ejercicio de la función electoral bien por parte del pueblo mediante el sufragio o de los diversos órganos estatales que tienen asignada dicha potestad, a hacer compatibles los principios en que se funda el Estado democrático con todo el sistema de principios y valores constitucionales, en donde su análisis no puede tener

como fin último o único la prevalencia de los derechos del elegido, en los que, seguramente para lograr la pervivencia y eficacia del sistema democrático, estos pueden resultar limitados.

En ese orden de ideas, para la efectiva realización de la democracia, se requiere que, con fundamento en los parámetros constitucionales, el Estado y los individuos cumplan y observen sus presupuestos -entendidos como esos requisitos formales y materiales para el acceso a un cargo o función pública que la norma fundamental ha fijado-, razón por la que no es posible subordinar sus fundamentos a la realización exclusiva de los derechos fundamentales del elegido, pues estos solo se pueden satisfacer cuando previamente se han observado los supuestos para la realización de la democracia, entendida esta como principio y valor fundante del Estado colombiano. **Por ello es que no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores).**

Bajo esta perspectiva, corresponde a la Sección establecer el extremo temporal inicial de la prohibición que consagran los artículo 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Examen este que debe dejar de lado ese contexto histórico en donde el análisis del juez terminó privilegiando el derecho político del candidato, sin incorporar, en su examen, otros principios que también orientan el sistema, como, por ejemplo, la prevalencia del interés general, la igualdad, la transparencia, la misma legitimidad democrática, así como los principios pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores) que subyacen a esta.

(...)

En desarrollo de esos principios, el artículo 260 de la Carta, preceptúa que los ciudadanos eligen **en forma directa**, entre otros, a los alcaldes y gobernadores. Es decir, el fundamento de estos cargos está en el **mandato democrático** que surge entre el elegido y el elector, el cual impone un compromiso para ejercer las atribuciones de aquel, en los términos del programa de gobierno puesto a consideración del cuerpo electoral y durante el espacio temporal en que aquel se debe desarrollar.

En su acepción moderna, la democracia implica la asunción por parte de la ciudadanía del ejercicio del poder a través de sus representantes, a quienes elige a través del sufragio popular que implica un mandato para actuar en el caso de los cargos unipersonales, mediante el programa de gobierno, que le permite al elector seguir su desarrollo y cumplimiento, so pena de revocarlo antes de la terminación del respectivo período, como lo determina el artículo 259 constitucional, para alcaldes y gobernadores. La democracia, en suma, materializa los derechos políticos de los electores.

Ha de entenderse, entonces, que, a partir de la elección, surge para quien resulta electo en un cargo uninominal, un compromiso de cumplir el mandato otorgado, en dos extremos claros: (i) el programa de gobierno que presentó para ser elegido; (ii) el tiempo o plazo estipulado por la norma constitucional o legal para el efecto.

Así, la renuncia a un cargo en donde ha mediado el querer popular, por ejemplo, para acceder a otras dignidades, implica, en sí mismo, la defraudación de ese mandato y, por tanto, ha de entenderse que la misma debe tener consecuencias como aquella según la cual, la renuncia no puede enervar la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

(...)

La imposición de prohibiciones tendientes a que se observen plenamente los períodos instituidos por el Constituyente para los cargos de elección popular, tiene, por tanto, un fin constitucional legítimo, en cuanto con ellas se busca preservar principios esenciales al sistema constitucional democrático.

Esos principios no son otros que la transparencia, la igualdad y la legitimidad democrática, en donde el mandato popular no puede ser utilizado para servir al interés personal de quien lo recibe, a efectos de lograr, mediante el favor popular, otras dignidades, seguramente de mayor jerarquía, en detrimento de la igualdad en la contienda electoral y su misma transparencia, en tanto se instrumentaliza el poder otorgado con la finalidad de lograr el acceso a otros cargos, en donde se afecta la legitimidad, puesto que se rompe el compromiso adquirido con el elector, con el objeto de lograr u obtener otros tipos de representación.

Se insiste, que si bien el Estado Social de Derecho tiene su fundamento o razón de ser la garantía de los derechos fundamentales, ha de entenderse que la protección de estos

derechos, específicamente los de carácter político, dependerán de la satisfacción de valores y principios igualmente esenciales en el Estado como lo es la democracia misma. Y sin lugar a dudas, cuando a ello hay lugar, se ha de privilegiar el interés general representado, en este caso, en el mandato otorgado.

Bajo esa idea, el derecho que tiene el cuerpo electoral a que el elegido cumpla el mandato que le fue conferido, no solo incluye, se repite, la observancia del programa o plan de gobierno que se presenta al electorado sino el período para el cual se confirió aquel.

Así, no es que la Sala desconozca que el elegido puede renunciar en cualquier momento al mandato que le fue otorgado como también lo es que transcurrido un año del mismo aquel le puede ser revocado, -Ley 131 de 1994, modificada por la Ley 741 de 2002-. Solo que la dimisión no le da el derecho a acceder a otro cargo de elección popular hasta tanto no transcurra el período para el cual fue electo, pues el compromiso con los electores era la permanencia y la terminación efectiva del mismo.

En ese orden de ideas, el enfoque con el que se debe analizar la prohibición de inscribirse a otro cargo de elección popular durante el período para el cual se confirió el mandato no puede hacerse de cara exclusivamente de los derechos del elegido y su efectiva protección, sino que implica tener en cuenta el mandato otorgado y las razones de éste, para entender que la voluntad popular ahí expresada, impone restricciones como la de renunciar. Si esto sucede, el mismo sistema crea el mecanismo para su protección, como lo es la restricción al electo de presentarse a una nueva contienda electoral durante el período que no cumplió y el lapso adicional al efecto establecido.

(...)

Bajo este entendido, se puede concluir que el análisis de la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, no pueden tener como únicos referentes los derechos a la igualdad y el de ser elegido de quien decidió dejar un cargo de elección popular para presentarse a otro de la misma naturaleza, en tanto, este examen resulta incompleto al excluir los principios en los que también se funda el Estado, como el de la soberanía popular, consagrado en el preámbulo y artículo 3 de la Carta, principios que necesariamente imponen una interpretación del texto constitucional que compaginen los derechos del elegido y del cuerpo electoral, en tanto, se insiste, este resulta defraudado cuando el elegido decide renunciar y luego busca el acceso a otras dignidades, dejando de lado el mandato que le fue otorgado.

Si bien es cierto el elegido tiene derecho a renunciar a un cargo que ha obtenido por mandato popular, ese mismo mandato, le impone que, mientras dure el período para el cual fue electo, no puede buscar el favor del electorado para acceder a otros de mayor jerarquía en la estructura estatal.

Por tanto, afirmar que se vulnera el derecho a la igualdad de quien renunció no es acertado, en tanto el parámetro de comparación no puede ser los derechos de los otros candidatos ni el alcalde o gobernador que decide terminar el período, pues, en el primer caso, quien aspira no fue investido del mandato popular y, en el segundo caso lo está cumpliendo.

Es decir, la medida para efectuar el análisis, es precisamente, el aspecto que no pudo ser objeto de examen por el Tribunal Constitucional en su sentencia del año 1995: la incidencia que tiene la renuncia en los principios en que se estructura el Estado Democrático que tiene en los principios de la soberanía popular, la participación ciudadana, la legitimidad democrática, entre otros, mediante el mandato popular programático y con la posibilidad de revocatoria, una de sus expresiones.

Lo expuesto en precedencia, permite a la Sala señalar que el vocablo período, para efectos de determinar la prohibición que se consagra en los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, objeto de análisis, debe ser entendida desde una única perspectiva: **la institucional u objetiva** en tanto el mandato otorgado implica que el mismo se ejerza durante el espacio temporal fijado en el ordenamiento constitucional, por cuanto hoy en día es elemento normativo de la descripción típica.

Las anteriores conclusiones constituyen jurisprudencia anunciada electoral y, por tanto, precedente de obligatorio cumplimiento para la resolución de futuras controversias electorales.” (Subraya y negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado, a partir de la elección surge para quien resulta electo en un cargo uninominal, un compromiso de cumplir el mandato otorgado, en dos extremos claros: (i) el programa de gobierno que presentó para ser elegido; (ii) el tiempo o plazo estipulado por la norma constitucional o legal para el efecto.

Así las cosas, la renuncia a un cargo en donde ha mediado el querer popular, para aspirar a otro cargo de elección popular, implica, en sí mismo, la defraudación de ese mandato y, por

tanto, ha de entenderse que la misma debe tener consecuencias como aquella según la cual, la renuncia no puede enervar la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Lo anterior, en virtud de los principios de transparencia, igualdad y la legitimidad democrática, en donde el mandato popular no puede ser utilizado para servir al interés personal de quien lo recibe, a efectos de lograr, mediante el favor popular, otras dignidades, seguramente de mayor jerarquía, en detrimento de la igualdad en la contienda electoral y su misma transparencia, en tanto se instrumentaliza el poder otorgado con la finalidad de lograr el acceso a otros cargos, en donde se afecta la legitimidad, puesto que se rompe el compromiso adquirido con el elector, con el objeto de lograr u obtener otros tipos de representación.

En este sentido es enfático el Consejo de Estado en señalar que el elegido puede renunciar en cualquier momento al mandato que le fue otorgado; no obstante, la renuncia no le da el derecho a acceder a otro cargo de elección popular hasta tanto no transcurra el período para el cual fue electo, pues el compromiso con los electores era la permanencia y la terminación efectiva del mismo.

Dispuso este alto tribunal, que el enfoque con el que se debe analizar la prohibición de inscribirse a otro cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido no puede fundamentarse exclusivamente de los derechos del elegido y su real protección, sino que implica tener en cuenta el mandato otorgado y las razones de éste, para entender que la voluntad popular ahí expresada, impone restricciones como la de renunciar.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica acoge el criterio esbozado por el Consejo de Estado, y en consecuencia considera que no resulta procedente que un alcalde aspire a ser inscrito como candidato a otro cargo de elección popular mientras termina su periodo institucional, aún cuando presente renuncia a su empleo en cualquier tiempo, toda vez que el interés general plasmado en la elección del electorado para desarrollar un plan de gobierno por un periodo de tiempo determinado hoy en día cuatro años, no puede verse burlado por el interés particular de una persona que busca otras dignidades de igual o mayor jerarquía, en menoscabo de la igualdad en la contienda electoral.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo”, podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con funciones de la Dirección Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

2 Sentencia C-194 de 1995.CORTE CONSTITUCIONAL.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.