

La prevalencia del principio pro electoratem frente al principio pro homine en la jurisprudencia del consejo de estado.

The prevalence of the pro electoratem principle against the pro homine principle in the state council's jurisprudence.

Lorena Cabrera Ramírez<sup>1</sup>

### **Resumen.**

Esta investigación procura establecer que, en la actualidad en el curso de los procesos de nulidad electoral, prevalecen los derechos de los electores – principio pro electoratem – frente a los derechos del candidato elegido – principio pro homine – en los procesos de nulidad electoral de alcaldes y gobernadores. Lo anteriormente planteado resulta de gran preeminencia porque precedentemente se vislumbraban diversas posturas sobre la confrontación de los mencionados principios que regulan la dinámica electoral del país, por ello el Honorable Consejo de Estado ha unificado jurisprudencialmente la interpretación y correcta aplicación de los principios pro electoratem y pro homine en los procesos de nulidad electoral y en razón a ello el juez fallador de este tipo de procesos debe tener siempre de presente que los derechos de los electores priman sobre los derechos del candidato elegido, al momento de proferir el dictamen que declare o no la nulidad electoral.

**Palabras Claves:** Principio Pro Electoratem, principio Pro Homine, nulidad electoral, unificación jurisprudencial.

### **Abstract.**

This investigation finds to establish that nowadays in the way of the electoral nullity processes which the right of the electors predominate – pro electorate principle – with the rights of the elected candidate – pro homine principle – in the electoral nullity processes to mayors and governors. The previously proposed result of the great preeminence because it is precedently glimpse wuith various postures about the confrontation of the principles alluded to regulate the electoral dynamic in the country, by means of honorable stated committee has established a jurisprudential unification of the electoratem principles, and pro homine into the electoral nullity processes and therefore, the judge in appeal in this kind of processes always just rule that right of the electors are over the rights of the elected candidate, at moment to utter the verdict to pronounce sentence about the electoral nullity or not.

**Key words:** Pro Electoratem principle, Pro Homine principle; electoral nullity; jurisprudential unification.

**Tipología:** Artículo de investigación

---

<sup>1</sup> Magistra en derecho, especialista en contratación estatal, derecho administrativo, derecho probatorio actualmente se desempeña como asesora del despacho del alcalde de Valledupar.

[lorenacabrera00@hotmail.com](mailto:lorenacabrera00@hotmail.com)

**Recibido:** 29/11/2017

**Evaluado:** 04/05/2018

**Aceptado:** 17/08/2018

**Disponible en línea:** 00/00/2018

**Como citar este artículo:** Rivero-Ricardo, M. (2018). Empresas y posconflicto: el dilema de la RSE en Colombia. *Vis Iuris*, 5(10), XX-XX.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 enuncia dentro de sus disposiciones aquellos derechos en lo que se refiere al candidato elegido dentro de una contienda electoral y los derechos que le son inherentes al ciudadano elector, quien a través de las urnas deposita la voluntad de elegir, sistema este que se le denomina democracia.

No obstante lo anterior, más allá de la existencia de esta figura constitucional, el legislador ha implementado herramientas tendientes a controlar por vía judicial la forma en que se realizan dichas elecciones por conducto de la nulidad electoral, consagrada en el artículo 139 de la ley 1437 de 2011, cuyo tenor literal indica que... *“Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales...”*, esto es, que el juzgador competente para este medio de control podrá anular la elección de un funcionario en cargos determinados por voto popular.

Así mismo, es importante destacar que una parte importante de éstos conflictos jurídicos se generan a partir de la presunta existencia de causales de inhabilidad para el ejercicio del cargo por parte de quienes se postulan como candidatos en las contiendas electorales, razón por la cual los juzgadores de turno deben verificar si efectivamente el demandado incurrió en

alguno de los supuestos fácticos que le inhabilitaba para ostentar la posición en disputa.

Ahora bien, frente al desarrollo de esta clase de procesos se presentan diversas dificultades prácticas para el operador judicial, dentro de las cuales se enmarca la valoración de los principios que son inherentes a la actividad electoral, por lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado como máximo organismo jurisdiccional en esta materia ha tenido que resolver problemáticas en torno a la confrontación de los axiomas que orientan la dinámica electoral en nuestro país, como es el caso de los derechos del funcionario electo (principio pro homine) frente a las garantías de la ciudadanía que concurrió a ejercer su derecho al voto (principio pro electoratem).

Ante la persistencia de este conflicto en los litigios resueltos por la jurisdicción contenciosa administrativa y teniendo en cuenta la alternación de diversas posiciones de la jurisprudencia en materia electoral cuando se trata de resolver una confrontación axiomática de semejante complejidad, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por medio de sentencia proferida el 7 de junio de 2016 ha unificado su criterio en referencia a la prevalencia de uno u otro principio en los

eventos donde ello resulte necesario para el fallador.

### **Naturaleza jurídica de los cargos de elección popular y su control jurisdiccional.**

Para lograr efectivizar los fines esenciales instituidos en el artículo segundo de la Constitución de 1991 de la Republica de Colombia, el Estado se vale del principio de separación de los poderes, para poner en marcha el cumplimiento de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, a través de los diferentes órganos que la integran, al igual que la sectorización en otros órganos autónomos que han sido determinados para las demás funciones y colaboración armónica. Consecuencialmente a las atribuciones de dichas entidades que conforman las ramas del poder público, no es menos cierto que estas funciones se concretan con la intervención de personas naturales debidamente calificadas y cualificadas que deben desarrollar las actividades propias del servicio para lograr materializar lo que en principio se busca en un Estado Social de Derecho, para ello se han dispuesto distintas formas de vinculación las cuales deben en todo caso, estar sometidas a los formalismos y/o exigencias determinadas como primera medida en la Carta Política.

Dentro del marco constitucional colombiano se ha clasificado la relación de los servidores públicos con el Estado, los cuales hacen posible el desarrollo de los cometidos estatales, en procura de cumplir con los fines implantados, por ello, están sujetos a diversos regímenes en los que se determina el carácter de su vinculación, es decir, las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio, derechos, deberes, prohibiciones,

inhabilidades e incompatibilidades, entre otras disposiciones que claramente dejan entre ver la organización y garantías establecidas para la dotación de los cargos con características públicas.

En un sentido amplio, la Carta Magna del 1991, introdujo el concepto de servidores públicos, consagrado en el artículo 123, en el que estima que son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, de igual manera, son todas aquellas personas que están al servicio del Estado y de la comunidad y que además ejerce funciones públicas, investidos de cierta potestad de manera transitoria según cada caso en específico.

Si bien, la Carta Política se dirigió a especificar los parámetros básicos relativos al régimen de los servidores públicos en sus diversas modalidades, también se evidencia que faculta al legislador a regular estos asuntos de forma detallada.

Los empleos de los órganos y entidades del Estado serán de carrera, exceptuando a esta regla general los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, así lo prevé el artículo 125 de la Norma Superior, los empleos de carrera, definido por la ley 909 de 2004, es un sistema técnico de administración del talento humano, su objetivo es ofrecer a todos, igualdad de oportunidades de acceso a la entidad, bajo los principios de igualdad, transparencia, publicidad entre otros, este es vigilado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y su principal característica va orientada al mérito de

cada uno de los aspirantes, las cualidades personales y la capacidad profesional.

Bajo lo preceptuado en el artículo 125 de la Constitución Política, el constituyente determinó que uno de los tipos de empleo en el sector público, son los de elección popular, cargo que se provee a través de la voluntad soberana del pueblo colombiano, para un determinado periodo.

El Acto Legislativo 01 del 2003, introdujo una real importancia a los lineamientos constitucionales que hasta ese entonces se habían desarrollado, implantando la reforma a los artículos 107, 108, 109, 111, 112, 125, 160, 161, 258, 263, 264 y 266, con ello se logró el fortalecimiento del sistema democrático, mediante la exigencia a los partidos y movimientos políticos, este cambio constitucional, hizo que por encima del derecho a ser elegido se impusiera la prevalencia del interés general de la democracia.

El sufragio ciudadano, valga decir, radica en elegir altos funcionarios del Estado y de las Corporaciones Públicas, sujeto de garantizar el principio fundamental de todo ciudadano en participar activamente en las contiendas electorales, el ejercicio de elegir y ser elegido, intervenir en referendos, plebiscitos, revocar mandatos de los candidatos electos, entre otros mecanismos de participación ciudadana, puesto que allí reside el sustento democrático de nuestras instituciones, plasmado en el artículo 40 superior, cuyo texto manifiesta lo siguiente: “*Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. (...)*”.

Aunado a lo precedentemente expuesto, el artículo 260 ibídem señala expresamente:

*Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale.*

Por todo lo anotado precedentemente, y habiendo enfatizado en que los cargos de elección popular ostentan su naturaleza en la soberanía del pueblo, estos están sujetos por un determinado tiempo a que cualquier ciudadano pueda en el ejercicio democrático, colocar a consideración dicho acto, ante la jurisdicción cuando como resultado del mismo, se evidencia que desatendía exigencias constitucionales y legales.

Ahora bien, teniendo que por mandato constitucional, se le faculta a través del artículo 40, a todo ciudadano el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, el numeral sexto de este mismo artículo, faculta a todo ciudadano a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

Es preciso indicar que atendiendo la connotación que constituye el acto administrativo electoral, este siempre estará al alcance de cualquier persona, toda vez que sobre él se plasma la voluntad soberana del pueblo, al elegir a través de las urnas el candidato para que los represente por determinado periodo.

El numeral séptimo del artículo 237 de la Constitución Política de 1991, dispone que la acción de nulidad electoral es competencia de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, a renglón seguido describe el artículo 264 superior el plazo en el que esta acción debe ser resuelta, el cual es en el término máximo de un año.

En lo concerniente a la naturaleza de la nulidad electora, la Corte Constitucional en sus pronunciamientos ha indicado que “la nulidad electoral se tramita y decide a través de un proceso especial cuyo objeto es determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales; de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden; y de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. De la naturaleza de este medio de control de destaca su carácter público, ya que cualquier persona puede solicitar la nulidad de los actos electorales referidos, teniendo en cuenta que quien actúa lo hace en interés general para esclarecer la forma en que se realizó una elección y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la Ley”. (Corte Constitucional, Sentencia C-437 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 10 de julio 2013).

En nuestro sistema jurídico, el control jurisdiccional del acto administrativo electoral, se encuentra circunscrito en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 del 2011, más específicamente en el

artículo 139, que en su tenor dispone que cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden, esta disposición al referirse a la legitimidad para solicitar la nulidad electoral hace alusión a que cualquier persona pueda someterlo a estudio de constitucionalidad y/o legalidad ante el juez administrativo, previa demanda, cuando se considere que presenta desajustes en tal sentido, lo que en teoría se podría entender cómo aquella garantía que se proporciona a todos los ciudadanos para impulsar el aparato judicial a fin de que puedan ejercer una vigilancia de los procesos de votación, siempre en búsqueda de la protección del principio de la democracia participativa.

El Consejo de Estado manifestó a través de sus postulados jurisprudenciales, en sentencia reciente, la diferencia que atañe los actos administrativos y los actos electorales, en el cual considera que el acto electoral popular, entendido como la materialización de la voluntad popular emanado del ejercicio de la función electoral, tiene una naturaleza autónoma y especial que lo distingue del acto administrativo, sobre ello distingue lo atinente:

*La función administrativa tiene como característica esencial la de concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas. La función electoral, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta, en otras palabras, su propósito es concretar la democracia participativa y*

*el diseño institucional, entre otros* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 2078371, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. 4 de febrero de 2016).

Por otra parte este mismo tribunal, ha sentado su postura sobre el verdadero significado de los actos administrativos, perpetuando que “*El acto administrativo se caracteriza por ser la expresión de la voluntad de la administración pública, encaminada a producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo derechos*” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 3853. Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzon. 9 de marzo de 2006).

Por otra parte, el acto electoral se distingue de este anterior, por la complejidad y la naturaleza que este mismo impone, toda vez que sobre este recae la confianza legítima de todo ciudadano depositada en las urnas sobre un determinado candidato, el cual se presume que es la persona idónea para ostentar el cargo de elección, sobre los actos electores, el Consejo de Estado ha sido enfático al considerar que “*los actos electorales son aquellas decisiones administrativas por medio de las cuales se declara una elección o se hace un nombramiento o una designación*”. Seguidamente estos no deben confundirse con los denominados actos de contenido electoral, sobre los cuales el máximo órgano de la jurisdicción de los contenciosos administrativo ha establecido en su jurisprudencia que:

*los actos de contenido electoral, que por obvias razones no pueden*

*equipararse a los actos electorales, sí se pueden identificar por su estrecha relación con uno de estos actos, es decir que el acto viene a ser de contenido electoral no porque con el mismo se asuma una decisión administrativa, sino porque la decisión administrativa de elección o nombramiento, sino porque la decisión administrativa afecte de alguna manera a un acto de esa stirpe (...) el acto llega a ser de contenido electoral porque jurídicamente tiene una incidencia en uno que sí tiene naturaleza electoral”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 3104. Consejero Ponente: Miguel González Rodríguez. 3 de noviembre de 1994).

Ahora bien, el artículo 275 el CPACA, dispone que los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos en que procede la nulidad de actos administrativos de carácter general, enunciados en el artículo 137 ibídem (infracción de norma superior, falta de competencia, expedición irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, falsa motivación y desviación de poder) y de manera especial, cuando: 1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales. 2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones. 3. Los documentos electorales contengan datos

contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales. 4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer. 5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad. 6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil. 7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción. 8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política al momento de la elección.

Por su parte, según el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter electoral, la demanda deberá ser presentada dentro del término máximo de treinta (30) días contados a partir de su publicación, salvo el caso que la elección se haya declarado en audiencia pública, evento en el cual dicho término empezará a contarse a partir del día siguiente a tal diligencia, en un sentido jurisprudencial, el Consejo de Estado ha manifestado la razón de ser a cerca de la caducidad para propender la nulidad electoral, expresado por su parte como *“Tiene por finalidad este límite temporal evitar que el acto de elección este expuesto a impugnación judicial de manera indefinida”* (Consejo de Estado,

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicado: 11001-03-28-000-2012-00027-00, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. 16 de abril de 2013).

Entre tanto, atendiendo a la temática del presente artículo, es menester ser enfáticos en los principios básicos del estado social del derecho en relación con la democratización en la República de Colombia, habida cuenta que bajo la percepción del acto electoral se circunda principios, valores y garantías ciudadanas, las cuales son obligación del Estado democrático garantizar, privilegiando el interés general, así pues el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha puntualizado que el medio de control nulidad electoral tiene por objeto el asegurar el respeto al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones electorales y de la facultad nominadora que procede contra actos mediante los cuales se hace una designación por elección (popular o no) o por nombramiento.

Seguidamente es de señalarse que una de las causales más recurrentes por la ciudadanía, en las demandas de nulidad de los actos administrativos de elección, es la que se encuentra tipificada en el numeral quinto anteriormente reseñado y atendiendo a que este numeral hace referencia a inhabilidades, es menester plantear que las causales de inhabilidad constituyen limitaciones al derecho fundamental a ser elegido y a acceder a funciones y cargos públicos garantizados por el artículo 40 de la constitución; es así que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado han señalado que las normas que establecen derechos y libertades

constitucionales deben interpretarse de manera que se garantice su más amplio ejercicio, y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la Ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre en forma restrictiva.

De otra parte, en lo concerniente a las consecuencias y los efectos de la declaratoria de nulidad electoral, es el artículo 288 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el que dispone las consecuencias de la declaratoria de nulidad de un acto electoral, este en su tenor literal expresa que:

*las sentencias que disponen la nulidad de un acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (1) cuando se declare la nulidad del acto de elección por la causal señalada en el numeral 1 del artículo 275 de éste código se ordenará repartir o realizar la elección en el puesto o puestos de votación afectados, si los actos de violencia afectaron el derecho de voto de más del veinticinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el censo de una circunscripción electoral, se ordenará repetir la elección en toda la circunscripción; (2) Cuando se anule la elección, la sentencia dispondrá la cancelación de las credenciales correspondientes, declarar la elección de quienes finalmente resulten elegidos y les expedirá su*

*credencial, si a ello hubiere lugar. De ser necesario el juez de conocimiento practicará nuevos escrutinios; (3) En los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275 de este código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia; (4) Cuando la nulidad del acto de elección sea declarada con fundamento en la causal 6 del artículo 275 de este código, se anularán únicamente los votos del candidato o candidatos respecto de quienes se configure esta situación y no afectará a los demás candidatos (...); dispone el parágrafo del artículo 288 en cuestión que en los casos de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y de escrutinios, la autoridad judicial que haga el nuevo escrutinio expedirá el acto de elección y las respectivas credenciales a quienes resulten elegidos, y por el mismo hecho, quedarán sin valor ni efectos las expedidas a otras personas.*

La norma especial electoral citada anteriormente, es decir, el artículo 288 del C.P.A.C.A, se ocupa solo de las consecuencias de las sentencias o fallos de anulación electoral, sin embargo, nada dice el referido artículo en relación con los efectos de la anulación, pues no dispone si estos serán a futuro (ex nunc) o hacia el pasado (ex tunc), por ello el H. Consejo de Estado ha estipulado en su jurisprudencia que corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que la establezca, fijar



los efectos de sus decisiones anulatorias y que habrá de entenderse en materia electoral, que la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas – como es el caso de la sentencia base de este artículo que más adelante se expondrá - es que aquellos serán hacia el futuro en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia; como escenarios distintos del acto - administrativo o electoral-; y en respeto a la verdad material y cierta, por encima de la mera ficción jurídica. Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicado: 76001-23-33-000-2015-01487-01, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. 7 de julio de 2016). Cabe resaltar que anteriormente el Consejo de Estado en sus jurisprudencias había establecido que los efectos de la nulidad electoral eran hacia el pasado, es decir, que la anulación judicial abarcaba desde el origen o nacimiento del acto que el juez retira del mundo jurídico, conllevando a la ficción de que el acto administrativo nunca existió y por lo mismo nunca produjo un efecto jurídico, entonces se hacía necesario hacer lo posible para retrotraer las cosas al estado en que se encontraban al momento en que se expidió la decisión judicialmente anulada; es de observarse que el precedente jurisprudencial en esta temática en el H. Consejo de Estado tuvo un cambio de gran magnitud.

De todo lo expuesto y explicado de observarse que los cargos de elección popular están supeditados y restringidos a la soberanía popular, pues son los electores los que radican en los candidatos elegidos su confianza, para que estos los representen en los diversos cargos de elección popular, es decir, que los electores además de ejercer su derecho al voto, también son veedores de que las garantías y transparencia que deben primar en todo proceso electoral no se vean transgredidas y aun habiendo sido elegido determinado candidato postular la nulidad del acto electoral a fin de que se designe a un candidato que cumpla con las calidades y condiciones que el cargo que ostentaba mereciese, en razón a ello el muy debatido medio de control de nulidad electoral tiene un papel fundamental para la controversia de las situaciones anteriormente reseñadas. A su vez la nulidad electoral evita que múltiples principios de los electores que priman sobre los derechos del candidato elegido sean quebrantados, por lo que corresponderá al juez electoral determinar estas circunstancias, tal como lo expondremos en el próximo capítulo.

### **Principios del derecho electoral en Colombia y tratamiento de los principios pro homine y pro electoratem en el derecho comparado.**

El derecho electoral como disciplina inmersa dentro del derecho constitucional, es entendido en un sentido estricto y en un sentido amplio; el concepto restringido hace referencia a un derecho subjetivo del individuo de elegir y ser elegido, y que por ende ostenta su base fundamento principal en el derecho al sufragio; y por su parte el concepto amplio alude al derecho que regula la normatividad que propende la

elección de candidatos a ocupar cargos públicos (Sabsay, 2007).

En igual medida ha concebido la conceptualización del derecho electoral el escritor Karl Braunias quien de forma extensa explica respecto al derecho electoral que “el derecho electoral es susceptible de una doble consideración, en un sentido amplio el derecho electoral contiene las determinaciones jurídico positivas y consuetudinarias que regulan la elección de representantes o de personas para los cargos públicos, es decir, que está constituido por el conjunto de normas que regulan las elecciones de los órganos de estado, siendo, en este sentido, una parte importante de su contenido el estudio de los sistemas electorales. Pero también el derecho electoral puede ser entendido desde una perspectiva más estricta, viniendo a referirse en este segundo aspecto, a aquellas determinaciones legales que afectan al derecho del individuo a influir en la designación de los órganos, condicionando la capacidad electoral de los colombianos” (Braunias, 1932). Seguidamente otra de las definiciones doctrinales que se ha esgrimido para conjeturar la noción de derecho electoral es la referente a “el conjunto de reglas destinadas a definir la cualidad de ciudadano, diferenciar los diversos tipos de elecciones y reglamentar el desarrollo del escrutinio (C.Emeri, 1979).

Ahora bien, habiendo esbozado ampliamente el concepto de derecho electoral, resulta preeminente indicar que esta rama del derecho esta cimentada bajo una serie de principios acogidos estos por las leyes y la jurisprudencia de la República de Colombia, así pues el Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral

expone en su artículo primero los principios orientadores del derecho electoral al rezar que “el Consejo de Estado, el Consejo Nacional electoral y, en general, todos los funcionarios de la organización electoral del país, en la interpretación y aplicación de las leyes, tendrán en cuenta los siguientes principios orientadores: (1) Principio de imparcialidad. Ningún partido o grupo político podrá ventilar derivar sobre los demás en la obtención de la cédula de ciudadanía para sus afiliados, ni en la formación de los censos electorales, ni en las votaciones y escrutinios; y sus regulaciones garantizarán la plena responsabilidad y la imparcialidad política de los funcionarios adscritos a ella. Este principio constituye la norma de conducta a la cual deberán ceñirse rigurosamente todas las personas encargadas de cumplir cualquier función dentro de los organismos electorales. (2) Principio del secreto al voto y de la publicidad del escrutinio. El voto es secreto y las autoridades deben garantizar el derecho que tiene cada ciudadano de votar libremente sin revelar sus preferencias. El escrutinio el público, según las reglas señaladas en este código y las demás disposiciones electorales. (3) Principio de eficacia del voto. Cuando una disposición electoral admita varias interpretaciones, se preferirá aquella que dé validez al voto que represente expresión libre de voluntad del elector. (4) Principio de la capacidad electoral. Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que limite su derecho. En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida. Y, (5) Principio de la proporcionalidad. Dentro del marco del sistema de cuociente electoral, las corporaciones escrutadoras asegurarán la

representación proporcional de los partidos y grupos políticos expresada en las urnas, conforme al artículo 172 de la Constitución Nacional”. Estos principios son de suma importancia puesto que sirven de columna vertebral al sistema electoral, también conducen la actuación judicial de las autoridades electorales. Estos principios igualmente se utilizan para la interpretación e integración de las normas, colmando las lagunas jurídicas existentes, por lo mismo los principios electorales son fundamentales para la consolidación del sistema democrático (Rosales, 2009). La Corte Constitucional ha sostenido que la importancia de los principios del derecho electoral se evidencia en el hecho de que su aplicación o inaplicación es tenida en cuenta en el momento de entrar a definir si un determinado régimen político es democrático o no.

Adentremos el estudio puntual de cada principio del derecho electoral, en lo que respecta al principio de imparcialidad, predica este que los funcionarios y organismos encargados de ejercer la función electoral deben en todo momento ejercer dicha función despojados de toda inclinación política de carácter subjetiva, es decir, que estos tienen la prohibición fundamental de favorecer por motivos personales a determinado partido político o los miembros de estos dentro de los procesos electorales, pues si esto llegase a acontecer, el procedimiento electoral se encontraría viciado.

En lo atañe al principio del secreto al voto, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha sido quien se ha pronunciado sobre este en diversas jurisprudencias puntualizando que: “La Corte considera que el secreto del voto sí ostenta el carácter de derecho

fundamental. La existencia del voto secreto es determinante para que las personas puedan ejercer en completa libertad su derecho de sufragio y, por lo tanto, puedan cumplir a cabalidad su papel de electores de sus gobernantes. Si el voto es obligatoriamente público o si no se garantiza a las personas la reserva de su voto, el ciudadano puede ser objeto de amenazas o represalias, con lo cual perderá la libertad de elegir y se atentará contra el principio de que los gobernadores sean elegidos por el mismo pueblo. El derecho al voto consignado en el artículo 40 de la Carta incluye dentro de su núcleo esencial el derecho del ciudadano de que el sentido de su voto sea secreto. Ello implica que los ciudadanos si poseen el derecho fundamental a exigir que la administración electoral desarrolle los mecanismos necesarios para que las demás personas conozcan la orientación política de su voto” (Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. 28 de mayo de 1998). En este mismo sentido, tanto el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 23.1 (b) de la Convención Americana de Derechos Humanos – ratificados ambos por Colombia a través de la Ley 74 de 1968- contemplan en relación al voto secreto: “Todos los ciudadanos gozarán sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2°, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (b) Votar y ser elegidos en las elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. Con todo el principio al voto secreto es una garantía para los electores de que su voto es

producto de una libre decisión alejada de toda fuerza o coerción.

En consecuencia con los principios citados, se vislumbra que el principio de publicidad del escrutinio es otro de los principios rectores de los procesos electorales, el Consejo de Estado en lo pertinente ha afirmado en torno al principio de publicidad que: “El procedimiento administrativo electoral, como cualquier otro procedimiento administrativo, se halla gobernado por el principio de publicidad, por virtud del cual el escrutinio se cumple en audiencia pública, y así también está sometido a unas reglas que pretenden hacer efectivo dicho principio, a manera de ejemplo puede citarse la contenida en el artículo 134 del Código electoral que impone a los jurados de votación el deber de leer en voz alta el número de sufragantes, o el del artículo 163, que impone al delegado del registrador municipal o distrital o a éstos mismos, en condición de secretarios de las comisiones zonales, municipales o distrital, dejar las constancias de los sobres que presenten anomalía e igualmente que lean en voz alta los registros de las actas de escrutinio de mesa”.(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 2014810, Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. 24 de abril de 2013). La finalidad del principio de publicidad no es solo tener conocimiento del escrutinio y que los ciudadanos lo observen, es la posibilidad de impugnar por parte de cualquier persona el escrutinio a través de los correspondientes recursos y acciones, por ende, este principio viabiliza el principio de contradicción.

Respecto del principio de eficacia del voto, tiene éste como propósito resguardar

la prevalencia de la votación mayoritaria, libre y legítima, y sobre todo con la lógica misma del comportamiento de los electores, así pues la sección quinta del máximo tribunal de lo contencioso administrativo esbozó en sus pronunciamientos sobre este principio que: “De acuerdo con la jurisprudencia de esta sección el principio de la eficacia del voto no sólo es un importante instrumento de protección democrática, que de alguna manera blinda los procesos electorales para que su estabilidad no tambalee ante cualquier imputación, sino que su vez desarrolla trascendentales principios de la función administrativa (C.P. Art.209) y de la función pública jurisdiccional (C.P. Art.228). En efecto en lo atinente a la función administrativa el mismo permite la realización de los principios de economía, celeridad, y porque no, la prevalencia del derecho sustancial, porque anteladamente podrá el operador jurídico establecer si los casos denunciados, de llegar a ser ciertos, tendrían la fuerza requerida para modificar el resultado electoral acusado y anular las elecciones demandadas” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 200800007, Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzon. 14 de agosto de 2009). Es de colegirse que el principio de eficacia del voto procura que sea reconocida en todo momento la verdad electoral.

Seguidamente, en lo referente al principio de capacidad electoral, los ciudadanos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, lo cual les permite entre otras cosas, elegir y ser elegidos (C.P. Art. 40), ese derecho se desarrolla, en cierto modo, a través de lo dispuesto en el numeral 4 del decreto 2241 de 1986, que

reconoce la capacidad electoral a todo ciudadano, quienes pueden participar en certámenes electorales o bien votando por los candidatos de su preferencia, o bien poniendo su nombre a consideración de los electores, siempre y cuando no exista norma expresa que limite su derecho. Así dentro de las libertades de las personas se cuenta la de acceder al ejercicio de la función pública en cargos o corporaciones públicas de elección popular, derecho cuyo goce efectivo únicamente puede ser restringido por el constituyente o por el legislador, como así lo expresa abiertamente el artículo 293 Superior (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 2011924, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. 31 de enero de 2013). De este principio se exterioriza la máxima que expresa que el derecho a elegir y ser elegido no es absoluto puesto que, para su realización, se requiere de los postulantes a candidatos y los potenciales electores, cumplan una serie de requisitos en el ejercicio del citado derecho, verbigracia en el caso de los candidatos, no estar inmersos en causales de inhabilidad.

En lo tocante al principio de proporcionalidad, el artículo 172 de la Constitución Política de la República de Colombia preceptúa que “Para ser elegido senador se requiere se colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad a la fecha de la elección”, pues bien el principio de proporcionalidad está estrechamente ligado con este artículo toda vez, que el mencionado principio es el que permite que todos los grupos o partidos políticos puedan tener una partición activa, es decir, en la escogencia de las curules del Congreso de la República, todos los

partidos políticos tienen derecho a participar, así como en otras elecciones, bien sea por alcaldes, gobernadores, concejales, presidencia de la república, entre otros. Seguidamente en lo referente al sistema del cuociente electoral, el Consejo de Estado ha establecido que “bajo el sistema del cuociente electoral la adjudicación de escaños igualmente se surte entre las listas inscritas por los partidos o movimientos políticos” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 11001-03-28-000-2010-00105-00, Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. 11 de julio de 2011). En otro pronunciamiento jurisprudencia el mismo alto tribunal de lo contencioso administrativo indico que “el sistema del cuociente electoral corresponde a un sistema de elección proporcional y se emplea para asegurar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos en las corporaciones públicas de elección popular. Es posible que uno o varios de los partidos o movimientos políticos obtengan una votación igual o superior al cuociente electoral, evento en el cual la asignación de escaños se hace a través del número de veces que el cuociente quepa en el total de votos válidos de las agrupaciones. Puede ocurrir que ninguna de las listas de votos alcance el número de votos del cuociente, y, en este evento, los votos válidos obtenidos por cada partido o movimiento político constituye un residuo, y la adjudicación de las curules a proveer se hace entre los mayores residuos es decir entre las listas más votadas” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 11001-03-28-000-2010-00105-00, Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. 11 de julio de 2011). Por lo

expuesto, el principio de proporcionalidad es el que permite la participación ajustada a la equidad e igualdad de todos los partidos y movimientos políticos en las contiendas de los cargos de elección popular.

De otra parte, es relevante mencionar que los principios reseñados con anterioridad no son los únicos que reglamentan los procesos electorales en Colombia, pues en instrumentos internacionales ratificados por dicho país y en la jurisprudencia de las altas cortes de este mismo, se han cobijado otros principios reguladores en materia electoral, tales como el principio pro homine o principio pro persona y el principio pro electoratem o principio a favor de los electores. El primero de estos está reconocido en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que establece: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. Esta disposición es igualmente consagrada en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia mediante la misma ley mencionada precedentemente.

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio siempre coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Corte Constitucional, Sentencia T-284 de 2006, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. 5 de abril de 2006). Este principio indica que todos los derechos deben estar a favor de los hombres según las normas ampliamente interpretados. Conforme con lo anterior, los derechos humanos no tendrían limitación o restricción, sin embargo, las restricciones que se impongan al ejercicio de los derechos humanos, deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma –que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan – y a condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones pretenden alcanzarse. La norma general de la cual derivan estas pautas y criterios, provienen de artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (Pinto, 1997).

Ahora bien, el doctrinante humanista Zlata Drnas de Clément ha enfatizado como principales características del principio pro homine o pro persona (PPH) las siguientes: (1) el PPH es autónomo, tiene entidad propia a pesar de su interacción con los principios de progresividad, no regresividad, integralidad. Rechaza cualquier encasillamiento, oponiéndose al textualismo y a sus lazos, fortaleciéndose a la luz del objeto y fin de los instrumentos internacionales y de todo el derecho de los derechos humanos. (2) el PPH no es absoluto, es relativo, no admite una aplicación lineal. Los tribunales nacionales e internacionales, al aplicar el principio, deben buscar simetrías, de modo que su pronunciamiento a favor de la víctima no vaya en detrimento del derecho de otros. Más aun maximice las posibilidades de la realización del conjunto de derechos que conforman el sistema de protección de los derechos humanos. (3) el PPH es móvil, flexible, dinámico. Debe entenderse conforme a los requerimientos del momento y la situación, permite incorporar nuevas percepciones del contenido de los derechos ya consagrados, incluso la creación de nuevos derechos. (4) el PPH es un principio complejo por diversas causas, una de ellas es que una sola fuente normativa o judicial no puede cubrirlo, ya que su percepción por naturaleza, es conceptualmente integral. Por ello, los múltiples pronunciamientos en casos concretos tienen variadas facetas e intensidades. Otra causa es que necesariamente la aplicación del PPH debe llevar ponderaciones integrales con relación a la mayor eficacia de otros derechos o su debilitamiento o vulneración, punto central de la

legitimación de la aplicación del principio (Clément, 2015).

En lo relacionado con el principio pro electoratem o principio a favor de los electores, está estrechamente ligado al principio democrático y a la máxima que reza que el interés general prima sobre el interés particular. El principio democrático es uno de los pilares sobre el cual se soporta el estado social de derecho, de ello se tiene lo expresado en el preámbulo de la Constitución Política al enunciar que “(...) asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo (...)”. Consecuentemente este principio es evidenciado en los artículos 1° y 2° de la Carta Política, por ende se resalta que la democracia es un fin esencial del Estado razón por la cual este último está en el deber fomentarla y protegerla, en otras esferas al interior de la Carta Magna el principio democrático se refleja en los artículos 40, 41 y 95. La Honorable Corte Constitucional ha puntualizado sobre este principio aludiendo a que:

*el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de la política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es*

*expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción (...) entonces una conclusión preliminar es que el desarrollo del principio democrático abarca múltiples ámbitos sociales que se desbordan en el electoral y entre los que se hallan, a modo de enunciación, la educación, la vida económica y el control político (Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. 3 de marzo de 1994).*

Consecutivamente el máximo órgano de la jurisdicción constitucional enfatizó en lo concerniente al principio democrático que:

*indudablemente uno de los ámbitos en los cuales opera el principio democrático, es el control ciudadano al poder público. El control sobre lo mandado y sobre el mandatario son las claves de la democracia real. Ninguna decisión adoptada por el Estado, en lo externo ni en lo interno, deben escapar al control del elector (...) el artículo 1° de nuestra Carta Política, otorga a los electores un*

*importante poder de control sobre la conducta de sus representantes, con lo que se establece un nexo de responsabilidad entre estos y su base electoral. (Corte Constitucional, Sentencia T-263 de 2010, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. 19 de abril de 2010).*

En cuanto a la relación del principio pro electoratem o principio a favor de los electores, con la máxima que dispone que el interés general debe prevalecer sobre el particular, gira esto entorno a que en los procesos electorales y en las decisiones jurisprudenciales de carácter electoral, siempre debe primar el interés de los electores sobre cualquier otro interés, por ello el Estado tiene la responsabilidad de propiciar y defender el interés general sobre el particular, sin embargo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha esbozado que “en caso de conflicto entre el interés general y otro interés protegido constitucionalmente la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta labor de interpretación es función principal del juez” (Corte Constitucional, Sentencia T-428 de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron. 24 de junio de 1992).

Finalmente, desde el punto de vista del derecho comparado los principios pro homine y pro electoratem al ser principios de carácter universal, son principios aplicables a todas las legislaciones, exceptuándose los estados donde no se ejerce una democracia participativa tales como la República de Cuba, la República Popular de China, Corea del Norte, entre otros.



Es de concluirse que los principios del derecho electoral son máximas que regulan los procesos electorales en Colombia y que deben estar siempre salvaguardados para el correcto ejercicio de los mismos, pues con estos se pretenden que las contiendas electorales sean llevadas a cabo en forma justa, así mismo propender en todo momento por los intereses de los ciudadanos electores frente a cualquier clase de interés de carácter particular tal como se explicará en el siguiente capítulo, pues, la sección quinta del Consejo de Estado recientemente ha unificado jurisprudencia respecto de la prevalencia del interés general en materia electoral sobre el interés particular.

#### **La unificación jurisprudencial del consejo de estado en la aplicación de los principios pro homine y pro electoratem en los procesos de nulidad electoral en Colombia.**

Habiéndose explicado en las líneas precedentes que en el marco del medio de control de nulidad electoral reglado en la ley 1437 de 2011, los principios regentes de esta normatividad tienen una aplicación más que relevante al momento de motivarse las decisiones de los falladores electorales en sus diversas instancias, es de imperiosa necesidad acotar en el presente capítulo la postura asumida por el Consejo de Estado en torno a la prevalencia del principio pro electoratem frente al axioma pro homine, cuya ponderación ha generado como se explicará posteriormente, más de una posición antagónica en las denominadas altas cortes de nuestro sistema jurisdiccional.

La consolidación de un criterio sobre la aplicación de estos principios mediante una reciente sentencia de unificación por

parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado ha significado la demarcación de un criterio sólido que permitirá a los jueces de instancia decidir uniformemente en caso de enfrentarse a conflictos análogos, lo que ha motivado entonces a que en desarrollo de la presente investigación se explique cómo ha venido evolucionando la jurisprudencia sobre el particular inicialmente en la Corte Constitucional, el cual fue el tribunal que primeramente debatió la temática a tratar, y desglosar a posteriori los fundamentos utilizados por el máximo órgano de lo contencioso administrativo para construir su doctrina.

Para comenzar a delimitar la problemática en concreto, es necesario remitirnos hasta la sentencia C-194 de 1995, por medio de la cual la Corte Constitucional desarrolló el análisis de constitucionalidad entre otras disposiciones, del numeral 7° del artículo 96 de la ley 136 de 1994 que en su momento consagraba como causal de incompatibilidad la prohibición de los alcaldes de postularse a cargos de elección popular durante el tiempo que se extendiera su mandato y los seis meses posteriores a su terminación, y cuyo tenor literal señalaba lo siguiente... *“Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido, y durante los seis (6) meses siguientes al mismo, así medie renuncia previa de su empleo” (ley 136 de 1994, art. 96).*

Por conducto de esta decisión la Corte declaró la exequibilidad de dicha disposición a excepción de la frase *“así medie renuncia previa de su empleo”*, exponiendo argumentos tendientes a explicar que el término de seis (6) meses de prohibición posteriores a la terminación

del mandato deberían contabilizarse una vez éste concluyera materialmente, y no cuando feneciera el periodo establecido en la ley, esto es, que en caso de presentarse renuncia por parte del dignatario del cargo antes de culminar su gestión, la incompatibilidad debía contabilizarse desde el momento de su dimisión. Así entonces, señaló la Corte que:

*Los seis meses adicionales al tiempo de ejercicio del cargo, durante los cuales, según el numeral 7 bajo examen, se prolonga la prohibición de inscribirse como candidato, deben entenderse comprendidos dentro del lapso total del período, considerado objetivamente, ya que la incompatibilidad, bajo el alcance señalado -simultaneidad- termina con el desempeño de las funciones. Por ello, lo razonable y lógico es que los mencionados seis meses se cuenten, en caso de renuncia, a partir de ésta, siempre que falte un término mayor para culminar el período, con lo cual se quiere decir que, si resta menos, la aludida prohibición termina cuando él concluya. Lo contrario implicaría, de nuevo, desconocimiento de la igualdad, en cuanto se discriminaría en contra de quien renunció anticipadamente, faltando menos de seis meses para el fin del período, dado que seguiría incurso en la prohibición, mientras que no lo estaría el que ejerció su cargo hasta el final. (Corte Constitucional, Sentencia C-194 de 1995, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. 4 de mayo de 1995).*

Al tenor de lo planteado por la Corte en la citada providencia, la decisión de excluir del ordenamiento jurídico la frase “*así medie renuncia previa de su empleo*”, tuvo como único propósito estructurar el escenario legal para que la causal de incompatibilidad en cuestión se aplicara sólo a partir del momento en el que se terminara materialmente el mandato del funcionario elegido por voto popular, y no cuando finalizara el periodo según lo estableciera la ley, lo que acontecía puntualmente en los eventos donde el alcalde decidía renunciar antes de culminar su mandato.

En análogo sentido, la Corte en la sentencia C-010 de 1997 en desarrollo del estudio de constitucionalidad del artículo 5 de la ley 177 de 1994 por la cual modificó la ley 136 de 1994, no sólo declara la exequibilidad de la disposición impugnada y remite a lo resuelto en el fallo C-494 de 1996, sino que delimita la forma en la que debe interpretarse la palabra “periodo” en el marco del régimen de incompatibilidades de los cargos de elección popular.

Puntualmente señala el alto organismo que cuando se hace referencia al periodo de ejercicio de un cargo de esta naturaleza por parte del funcionario, debe asumirse que el mismo comprende el lapso de tiempo en el que el servidor detentó el cargo en la práctica, y no por la totalidad del término establecido en la ley, esto es, asignándole un matiz subjetivo a la concepción de esta prohibición, tal y como se plantea en el aparte que a continuación se cita:

*En materia de inhabilidades e incompatibilidades, el término "período", debe ser interpretado en*

su sentido subjetivo. Lo contrario implicaría la restricción de un sinnúmero de derechos fundamentales del funcionario que, a pesar de haber dejado su cargo antes del vencimiento del término establecido por la Constitución o la ley, se vería sometido a una restricción para ocupar cargos de elección popular, aún mayor que la que tienen quienes permanecen en su empleo durante el lapso establecido para ello. En consecuencia, entiende esta Corporación que cuando una norma, cuyo objeto es establecer inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño de determinado cargo, se vale de la voz "período", ésta debe entenderse como el lapso en que el funcionario efectivamente ocupa el cargo, y no el tiempo que la Constitución o la ley han fijado para su permanencia. El término de la inhabilidad que subsiste, una vez se produce la dejación del cargo, debe contarse desde ese día, y no desde el vencimiento del término que se ha fijado como límite para ocuparlo. (Corte Constitucional, Sentencia 010 de 1997, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. 23 de enero de 1997).

El epicentro del fundamento jurídico de esta postura asumida en las sentencias de constitucionalidad revisadas fue sin duda alguna la protección de diversas garantías fundamentales que a criterio de la corporación le asistían al servidor público que habiendo sido elegido por la ciudadanía decidía voluntariamente renunciar antes de fenecer su periodo legal con el propósito de postularse a cargos de

mayor rango o jerarquía, por lo que no se le podía limitar más allá de su tiempo de ejercicio la posibilidad de detentar otros escaños públicos.

Según lo indicó la Corte en la primera de las sentencias en referencia, el hecho de limitarle a esta clase de servidores públicos que renuncian al ejercicio de sus funciones la posibilidad de aspirar a otro cargo de superior rango por todo el término establecido en la ley y seis meses adicionales aun cuando decidió cesar en su actividad antes de la finalización del mismo, transgrede garantías fundamentales como los contenidos en los artículos 25 y 40 de la Carta Superior, que hacen referencia al derecho a un trabajo digno y a ser elegido en un cargo público:

*Puede el legislador señalar prohibiciones al dimitente, por un tiempo razonable, pero no imponerle inhabilidades con cargo a todo el período, cual si lo hubiera agotado en la realidad, pues ello distorsiona el fundamento mismo de aquéllas y lesiona los derechos fundamentales del afectado, en especial los previstos en los artículos 25 y 40 de la Constitución, como ya se dijo. (Corte Constitucional, Sentencia C-194 de 1995, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. 4 de mayo de 1995).*

De todas las consideraciones esbozadas por la Corte Constitucional en lo referente a este particular y que han sido objeto de estudio en las líneas precedentes, se puede concluir que la postura asumida por el órgano judicial se sustentó en I) la concepción subjetiva de los periodos asignados a los cargos de elección popular, II) la consideración del periodo ceñida

estrictamente al tiempo que materialmente el funcionario detentó el cargo, III) la contabilización de los plazos de incompatibilidades a partir del momento en que realmente cesaron las actividades del servidor, aun cuando la misma se causara por renuncia y IV) la protección de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 25 y 40 de la norma superior.

Igualmente, debe considerarse que aunado a los argumentos centrales que fundamentaron la doctrina de la Corte Constitucional en esta materia, de forma implícita el alto tribunal plantea la prevalencia del principio pro homine frente a la máxima pro electoratem, en el sentido que para determinar la constitucionalidad de las normas impugnadas en su momento, se optó por proteger las garantías individuales del funcionario en detrimento de axiomas inherentes al electorado que en las urnas depositó su voto de confianza en él, significando dicha estructura argumentativa la principal razón por la que el Consejo de Estado procedió a unificar su posición sobre este particular.

A continuación, se explicarán los argumentos expuestos por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en referencia a la aplicación de estos principios en el medio de control de nulidad electoral contemplado en el artículo 139 de la ley 1437 de 2011, en el cual como ya se ha mencionado, suelen presentarse colisiones entre máximas jurídicas que no han sido resueltas uniformemente, por lo que se ameritó de la unificación de una doctrina sobre el particular.

En primer lugar, debe precisarse que la providencia en cuestión se emitió por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 07 de junio de 2016 con ponencia del magistrado Alberto Yepes Barreiro en el marco del medio de control de nulidad electoral impetrado con el propósito de conseguir la anulación de la elección de la gobernadora del Departamento de la Guajira en las justas electorales celebradas en el mes de octubre de 2015 en todo el territorio nacional.

Bajo este contexto, y teniendo claro que se trata de una sentencia de unificación de reciente data, se expondrán los argumentos generales utilizados por la Sala para dirimir este conflicto, enfocando naturalmente lo correspondiente a la ponderación de los principios pro homine y pro electoratem que se vieron enfrentados en el presente asunto, debido a que la funcionaria electa había renunciado a su cargo como alcaldesa de un Municipio en el mes de julio de 2014, aun cuando el periodo legal fenecía en diciembre de 2015, esto es, que se presentó el supuesto fáctico concerniente a la determinación del momento a partir del cual se debe contabilizar el término que abarca la incompatibilidad de que tratan los artículos 38 y 39 de la ley 617 de 2000, si es desde el momento en el que culmina el periodo legal o cuando el mismo terminara materialmente por medio de renuncia como aquí aconteció.

Clarificada la tensión jurídica del presente asunto, explica el Consejo de Estado que el contexto bajo el cual la Corte Constitucional profirió las sentencias C-194 de 1995 y C-010 de 1997 había mutado considerablemente y por consiguiente no podía ser aplicada dicha

postura en condiciones similares al litigio que se debía desatar. En Este sentido, se estructura el problema jurídico en cuestión señalando que:

*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). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 2083274, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. 7 de junio de 2016).*

Como se desprende de este primer extracto citado, la Sección Quinta se cuestiona para desatar el conflicto si la esencia de las causales de inhabilidad e incompatibilidad a las que deben circunscribir los servidores públicos elegidos por conducto del voto popular responden a una naturaleza meramente subjetiva, en la que se le debe dar prevalencia a los derechos inherentes al sujeto individualmente concebido que desea renunciar al ejercicio de sus funciones para acceder a una dignidad pública de mayor categoría, en desmedro de las garantías que atañen a los principios

democráticos en cuanto a la esfera de los electores que han otorgado su confianza al candidato escogido.

Un segundo aspecto que sustenta en gran medida la postura construida y sostenida por el Consejo de Estado es el hecho que en su condición de juez competente para dirimir los conflictos jurídicos en materia electoral, tiene el deber de resolver las tensiones que se presenten entre los principios y valores del sistema democrático, puntualmente enfocado en este caso a quienes detentan una parte del poder político en virtud de lo decidido por el pueblo en las urnas:

*En esa tarea, lo lógico es que este juez esté llamado a resolver las tensiones que se generan entre los valores y principios propios del sistema democrático y los derechos de quien, en ejercicio de las reglas que fija ese sistema, resulta como titular de cierta porción del poder estatal. Tensión que en el marco de las funciones asignadas a este juez, no puede ser resuelta bajo la lógica de la prevalencia de los derechos del elegido, en tanto ha de entenderse que, para que aquellos -los derechos del elegido- se materialicen, necesariamente primero ha de lograrse la pervivencia del sistema democrático pues, de no respetarse éste, la garantía y realización de aquellos se hace imposible. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 2083274, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. 7 de junio de 2016).*

En concordancia con la función de delimitar la aplicación de los principios y

valores que orientan el ejercicio de la democracia en nuestro país, la Sección Quinta ofrece una primera aproximación a las colisiones axiomáticas que se presentan entre el servidor que detenta un cargo público por virtud de la elección popular, y el electorado que delega su voto de confianza en un representante, señalando que no se trata entonces de desconocer los derechos del individuo que desarrollan esta clase de funciones, sino que los mismos sólo tendrán aplicabilidad cuando se encuentren plenamente protegidas las garantías inherentes al conglomerado social acudió a las urnas a apoyar su candidatura:

*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. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 2083274, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. 7 de junio de 2016).*

Finalmente, para concluir su posición frente a la interpretación que deben aplicar los jueces electorales en nuestro sistema jurisdiccional en aquellos casos donde se presenten confrontaciones entre garantías propias de los principios pro homine y pro electoratem enfatiza el alto organismo que:

*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). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado: 2083274, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. 7 de junio de 2016).*

Queda claro entonces que lo pretendido en esta sentencia de unificación ha sido evidentemente la aplicación del principio pro electoratem de forma prevalente ante el axioma pro hominem (situación contraria a lo que ya decidido por la Honorable Corte Constitucional, en donde prevaleció el principio Pro Homine sobre el Pro Electoratem) en los eventos donde se presenten colisiones en desarrollo de los medios de control de nulidad electoral, en los cuales se resuelven las solicitudes de anulación de las elecciones surtidas por voto popular, en el sentido que de acuerdo a los argumentos expuestos por el Consejo de Estado, no puede darse prevalencia a los intereses individuales de un funcionario público que busca aspirar a un cargo de mayor linaje en perjuicio del conglomerado social que lo ha escogido.

Una parte importante de este fundamento se sustenta en la aplicación de la democracia representativa como mecanismo del ejercicio de poder político en nuestro país, mediante el cual las personas escogidas por medio del voto popular no son más que voceros de la colectividad social que ha creído en sus propuestas de mandato en el caso de los alcaldes y gobernadores, como acontece en el caso estudiado en la providencia unificadora que se ha citado reiteradamente.

Ahora bien, para darle una aproximación práctica a la doctrina construida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, debe considerarse que para resolver el conflicto jurídico suscitado en la sentencia del 07 de junio de 2016 se debió realizar una ponderación de los principios en comento, teniendo en cuenta que dentro de su defensa la funcionaria cuya elección como Gobernadora del Departamento de la Guajira fue anulada, alegó que no se encontraba incurso en la causal de incompatibilidad imputada debido a que su renuncia como alcaldesa del Municipio de Albania se había concretado en el mes de julio de 2014 y su candidatura para aspirar a la referida gobernación se produjo en junio de 2015, esto es, respetando según su criterio la prohibición de no poder presentarse dentro de los 6 meses posteriores a la culminación del mandato a otro cargo de elección popular.

Contrariamente a dicha posición, sostuvo el Consejo de Estado que aun cuando la norma no especificara si los seis meses de restricción posteriores a la terminación de un mandato se aplican igualmente a los casos en que se presenta renuncia antes de que el mismo termine,

debe interpretarse que dicho término tiene que contabilizarse cuando finaliza el periodo legalmente concebido, y no cuando fenece desde el punto de vista material y de forma anticipada como en las situaciones de renuncia.

Gran parte de la esencia de esta argumentación del fallo reside en el hecho que el contenido del principio pro electoratem dimana hacia el amplio universo del electorado que escogió al candidato, mientras que el pro hominem se circunscribe a garantías de orden individual que necesariamente tienen que ceder ante la imperiosa necesidad de que prevalezca el sentir colectivo y la necesidad de honrar los preceptos que subyacen del sistema de democracia representativa, lo que se traduce en que la intención del funcionario de acceder a un cargo de mayor jerarquía no puede estar por encima de la decisión de una mayoría electoral que lo ha escogido como su representante.

De acuerdo con todo lo expuesto, es claro para la suscrita que la postura construida por la Sección Quinta del Consejo de Estado para definir las posibles colisiones entre los principios pro homine y pro electoratem, se ha generado en gran medida por la falta de claridad de la norma que dispone la incompatibilidad de los Alcaldes y Gobernadores para presentarse a otros cargos de elección popular en los seis meses siguientes a la terminación de sus funciones, en el sentido que no se distingue si éste término debe contabilizarse cuando culmina el periodo legal o desde que el funcionario cesa materialmente por motivo de la renuncia.

En este sentido, considero que la unificación de criterio realizada sobre el

particular ha sido una medida sumamente coherente para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo en todas sus instancias pueda resolver de forma análoga las problemáticas que se pudieran suscitar en el curso de un proceso de nulidad electoral por los supuestos antes explicados, teniendo en cuenta la disparidad de los argumentos utilizados hasta el momento para dirimir un conflicto de esta naturaleza.

Por otra parte, la confrontación axiomática bajo estudio supone una serie de elementos prácticos que no pueden soslayarse en la presente investigación, los cuales se circunscriben por ejemplo a que en un caso como el estudiado en el fallo unificador no puede ser resuelto con absoluta eficacia jurídica aplicando simplemente la normatividad atinente al asunto en litigio, sino que se requiere de la aplicación supletiva y no menos importantes de la estructura de principios que rigen en esta materia, y que en escenarios determinados otorgan soluciones más profundas a estas problemáticas.

Así entonces, en el marco de los medios de control de nulidad electoral en los cuales se pretenda conseguir la anulación de una elección de un servidor público elegido mediante el voto popular, como sucede con alcaldes y gobernadores, una eventual confrontación de principios que supongan la ponderación de los derechos del elegido frente a las garantías inherentes al conglomerado electoral, debe decidirse dando prevalencia al axioma pro electoratem sobre el pro hominem.

### **Conclusiones**

En los medios de control de nulidad electoral suelen presentarse colisiones de derechos que básicamente subyacen entre el servidor público cuya elección se discute en sede judicial y el electorado que lo escogió en las urnas, las cuales en muchos casos no pueden resolverse con la normatividad vigente que regula la materia, razón por la que el juzgado de turno debe acudir al marco de principios aplicable al derecho electoral, con el propósito de encontrar en esta fuente la solución a las disyuntivas jurídicas que se plantean en esta clase de litigios.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por medio de sentencia proferida el 07 de junio de 2016 unificó su posición en torno a la aplicación de los principios pro electoratem y pro hominem en materia electoral cuando se presenten confrontaciones de garantías inherentes a los funcionarios y al conglomerado social que depositó su voto de confianza por medio del voto popular, estableciendo entonces que de acuerdo a los axiomas orientadores de la democracia como sistema político, los derechos del servidor público deben ceder ante aquellos que son propios del grupo de ciudadanos que lo ha elegido, esto es, que sus garantías individuales sólo podrán ser exigibles cuando se verifique el cumplimiento absoluto de las mismas respecto del electorado.

En virtud de la unificación de criterio realizada por el Consejo de Estado en torno a la aplicación de los principios pro homine y pro electoratem, es evidente que tanto los juzgados como los tribunales administrativos en todo el territorio nacional deben utilizar estos axiomas bajo los lineamientos descritos por este alto



organismo jurisdiccional, habida cuenta el carácter vinculante de sus decisiones y por supuesto la especial condición de ser una decisión que consolida una postura sobre un universo específico de la problemática específica inherente a esta materia, esto es,

que los caso que se presenten confrontaciones de esta naturaleza deberán ser resueltos dando prevalencia a los derechos del electorado por encima de las garantías del servidor público escogido.

### Referencias

Braunias, K. (1932). *Das Parlamentarische Wahlrecht: Ein Handbuch Uber Die Bildung Der Gesetzgebenden Karperschaften in Europa*. Berlin: De Gruyter.

C.Emeri, M. &. (1979). *Los Sistemas Electorales*. Barcelona: Oikos Tau.

Clément, Z. D. (2015). La Complejidad del Principio Pro Homine. *Revista COIDH*, 104-105.

Pinto, M. (1997). Principio Pro Homine Criterios de Hermeneutica y Pautas para la Regulación del Derechos Humans. *Revista COIDH*, 163-170.

Rosales, C. (2009). Principios Rectores en Materia Electoral en Latinoamérica. *Revista IIDH*, 265-307.

Sabsay, D. N. (2007). *Treatise on Compared Electoral Law of Latin America*. Stromsborg: International IDEA

Nohlen, Dieter. Tratado de derecho electoral comparado en América Latina. México D.F, Ed. IDEA, 2007, p. 19

Betancourt Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín, Ed. Señal Editora, 2009, p. 178.

Yepes Barreiro, A. (2013) ¿La jurisdicción contenciosa electoral en vía de extinción? En “Revista de la Academia Colombiana de Juristas”. Edición 253, p. 123

Miñón Sáenz, Antonio. El pensamiento de Platón a la luz de una nueva Hermenéutica. Editorial Club Universitario. San Vicente (España), 2010, p. 174

Sentencia, T-428 (Corte Constitucional 24 de Junio de 1992).

Sentencia, C-089 (Corte Constitucional 3 de Marzo de 1994).

Sentencia, C-194 (Corte Constitucional 04 de mayo de 1995).

Sentencia, C-010 (Corte Constitucional 23 de enero de 1997).

Sentencia, T-261 (Corte Constitucional 28 de Mayo de 1998).

Sentencia, C-148 (Corte Constitucional 22 de febrero de 2005).

Sentencia, 52001-23-31-000-2005-01400-01(3853) (Consejo de Estado 9 de marzo de 2006).

Sentencia, T-284 (Corte Constitucional 5 de Abril de 2006).

Sentencia, 88001-23-31-000-2008-00001-01 (Consejo de Estado de Colombia, Sección Quinta, consejero ponente Filemón Jiménez Ochoa).

Sentencia, 44001233100320080000701 (Consejo de Estado 14 de Agosto de 2009).

Sentencia, T-263 (Corte Constitucional 19 de Abril de 2010).

Sentencia, 11001-03-28-000-2010-00086-00 (Consejo de Estado de Colombia, Sección Quinta, consejero ponente Mauricio Torres Cuervo).

Sentencia, 11001032800020100010500 (Consejo de Estado 11 de Julio de 2011).

Sentencia, 63001-23-31-000-2011-00311-01 (Consejo de Estado de Colombia, Sección Quinta, Consejero Ponente Mauricio Torres Cuervo).

Sentencia, (Consejo de Estado 9 de Marzo de 2012).

Sentencia, 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ) (Consejo de Estado 16 de Abril de 2013).

Sentencia, 68001233100020110108301 (Consejo de Estado 24 de abril de 2013).

Sentencia, 50001233100020110068801 (Consejo de Estado 31 de Enero de 2013).

Sentencia, C-437 (Corte Constitucional 10 de Julio de 2013).

Sentencia, 11001032800020140008900 (Consejo de Estado 17 de Julio de 2015).

sentencia, 76001233300020150148701 (Consejo de Estado 7 de Julio de 2016).

Sentencia, 2078371 (Consejo de Estado 04 de 02 de 2016).

Sentencia, 11001-03-28-000-2015-00051-00 (Consejo de Estado 07 de junio de 2016).

VIS IURIS Vol 5 N°10-POST-PRINT