

REFLEXIONES SOBRE LAS LIMITACIONES
TEMPORALES DE LA COMPETENCIA DEL
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL PARA
REVOCAR LA INSCRIPCIÓN O ABSTENERSE
DE DECLARAR LA ELECCIÓN DE CANDIDATOS
A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR POR LA
OCURRENCIA DE INHABILIDADES*

REFLECTIONS ON THE TEMPORAL LIMITATIONS OF
THE NATIONAL ELECTORAL COUNCIL TO REVOKE THE
INSCRIPTION OF POPULAR ELECTED CANDIDATES OR
TO REFRAIN FROM DECLARING THEIR ELECTION IN
CASES OF SUBJECTIVE INELIGIBILITY CAUSES

*Samuel Urueta Rojas***

Resumen

Este artículo analiza la competencia asignada al Consejo Nacional Electoral por el numeral 12 del artículo 265 de la Constitución Política de Colombia para concluir, a partir de una interpelación

* Artículo Inédito.

Para citar el artículo: CALDERÓN GARCÍA, José Gabriel. Reflexiones sobre las limitaciones temporales de la competencia del Consejo Nacional Electoral para revocar la inscripción o abstenerse de declarar la elección de candidatos a cargos de elección popular por la ocurrencia de inhabilidades. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 48 Julio – Diciembre. 2018, pp. 233-245.

Recibido: 17 de julio de 2018 – Aprobado: 30 de noviembre de 2018.

** Magistrado Auxiliar de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Abogado Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario y Magister en Derecho de la Universidad de Georgetown en Washington D.C. Profesor de la Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.

sistemática de las normas que gobiernan la expedición de los actos electorales y de los principios *pro electoratem* y *pro hominum*, que dicha autoridad no puede revocar la inscripción de candidatos a cargos de elección popular o abstenerse de declarar su elección en el evento de constatarse una inhabilidad después de que se ha llevado a cabo la jornada electoral.

Palabras claves: Derecho electoral, inhabilidades, Consejo Nacional Electoral, actos electorales, nulidad electoral, juez electoral.

Abstract:

This article analyzes the competence assigned to the National Electoral Council by the article 265-12 of the Constitution, based on a systematic interpretation of the rules that govern the issuance of electoral acts and the principles *pro electoratem* and *pro hominum*, in order to conclude that this administrative authority cannot revoke the inscription of popular elected candidates nor refrain from declaring their election in cases where subjective ineligibility causes are discovered after the election day.

Keywords: Electoral law, subjective ineligibility causes, National Electoral Council, electoral acts, electoral judicial review, electoral judge.

Introducción

El reciente debate en el Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE) respecto de declarar la elección de Antanas Mockus como Senador de la República para el período 2018-2022, o de abstenerse de hacerlo por la constatación de una supuesta inhabilidad luego de las votaciones, ha abierto una discusión en torno al límite de la competencia temporal de dicha autoridad para revocar la inscripción de candidatos a cargos de elección popular por la ocurrencia de inhabilidades o abstenerse de declarar su elección por tal motivo.

En concreto, esta discusión se centra en determinar si el CNE, luego de la jornada electoral, de conformidad con la función establecida en el numeral 12 del artículo 265 de la Constitución Política, según la cual a dicha autoridad le corresponde “(...) [d]ecidir la revocatoria de la inscripción de candidatos a Corporaciones Públicas o cargos de elección popular, cuando exista plena prueba de que aquellos están incurso en causal de inhabilidad prevista en la Constitución y la ley. En ningún caso podrá declarar la elección de dichos candidatos (...)”, puede revocar la inscripción de un candidato o abstenerse de declarar su elección por la ocurrencia de una inhabilidad; o si dicha determi-

nación, una vez realizada las votaciones, solamente puede ser tomada por el juez electoral, al avocar el conocimiento del medio de control de nulidad electoral.

En el presente escrito defenderé la segunda postura, de acuerdo con la cual la determinación de las inhabilidades de los candidatos después de que se ha llevado a cabo la jornada electoral corresponde exclusivamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para sustentar dicha postura explicaré la especial naturaleza del acto electoral y las etapas de su formación, para evidenciar que (i) la función relativa a la verificación de las inhabilidades de los candidatos es una función que la organización electoral debe ejercer al momento de realizar la inscripción de los candidatos y que (ii) luego de la votación las competencias de las autoridades electorales son restringidas, lo que excluye el estudio de posibles inhabilidades.

Esta tesis no solo se sustenta en una interpretación sistemática de las normas que rigen la expedición de los actos electorales originados en el voto popular, sino que también respeta los principios *pro electoratem* y *pro hominum* que rigen la función electoral y su control, dado que las competencias de la organización electoral, una vez llevada a cabo la votación, deben limitarse a velar que los resultados de los escrutinios sean fidedignos a la voluntad expresada por los electores, fin último de las reclamaciones electorales.

Por lo tanto, no es posible que una autoridad administrativa pueda anular o dejar sin efectos los votos depositados a favor de un candidato bajo el argumento de la existencia de la inhabilidad del candidato, ya que dicha decisión debe ser adoptada por el juez electoral al existir una posible tensión entre el derecho a ser elegido del candidato y el derecho a elegir expresado por los electores a través del voto.

En ese sentido, concluiré que la constatación de las inhabilidades, una vez se ha llevado a cabo la elección, debe ser zanjada por el juez electoral, en su calidad de garante de la democracia y de autoridad judicial autónoma e independiente, por tratarse de una controversia que afecta tanto los derechos subjetivos del candidato como aquellos de los electores, lo que impide que esta pueda ser resuelta por un órgano de naturaleza administrativa, de origen político.

1. La naturaleza del acto electoral y las etapas de su formación

La jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado ha distinguido el acto electoral del acto administrativo,¹ entendido el primero como “(...) la

¹ Para ahondar sobre las diferencias entre el acto administrativo y el acto electoral ver YEPES BARREIRO, ALBERTO. ¿La Jurisdicción *contenciosa electoral* en vía de

materialización de la voluntad popular emanado del ejercicio de la función electoral (...)”²

En ese sentido, se ha señalado que el acto electoral se diferencia del acto administrativo en los siguientes aspectos: **(i)** respecto al procedimiento para su expedición, puesto que “(...) *a diferencia del procedimiento de formación de actos administrativos cuyas reglas están contenidas en el C.P.A.C.A. y en las leyes que regulan procedimientos administrativos especiales, el procedimiento específico de creación de actos electorales (...) está conformado por el conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para materializar o exteriorizar la voluntad popular expresada a través del derecho al voto, el cual está regulado en normas especiales como Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) y la Ley 1475 de 2011 para el caso de las elecciones por voto popular (...)*”^{3,4} respecto a los sujetos que intervienen en su expedición, debido a que “(...) *a diferencia del acto administrativo cuyo sujeto principal es la Administración, el sujeto del acto electoral lo conforman los electores que participan en la contienda democrática en ejercicio del derecho a elegir consagrado en los artículos 40 y 98 de la Constitución Política (...)*”⁵ y, por último, en lo concerniente a su finalidad, dado que “(...) *la finalidad del acto electoral corresponde a concretar o materializar la democracia participativa y la expresión de la voluntad popular (...)*”⁶

En razón de la naturaleza particular del acto electoral, en especial a que este debe ser entendido como la materialización de la voluntad expresada por los electores a través del voto, la jurisprudencia ha sostenido que en su expedición, así como en su control por vía judicial, deben prevalecer los derechos de los electores sobre los mismos derechos del elegido, en virtud de los principios *pro hominum* y *pro electoratem*.⁷

extinción?, publicado en la Revista de la Academia Colombiana de Juristas, Edición 253 de 2013.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00110-00. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Demandados: Representantes a la Cámara por el departamento de Magdalena. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

³ Ibídem.

⁴ En similar sentido ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 13001-23-33-000-2016-00070-01. Auto de 3 de junio de 2016. Demandados: Concejales de Cartagena. C.P.: Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez.

⁵ Ibídem.

⁶ Ibídem.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de unificación de jurisprudencia de 7 de

Ahora bien, en el procedimiento de formación del acto electoral originado en el voto popular, el cual se encuentra regulado en el Código Electoral y la Ley 1475 de 2011, es posible distinguir tres fases o etapas que anteceden la declaratoria de la elección, a saber la etapa pre electoral, la etapa electoral propiamente dicha y la etapa post electoral.

En la etapa pre electoral se desarrolla “(...) *la inscripción de candidatos, la designación de jurados de votación y todas aquellas actuaciones necesarias para la jornada electoral propiamente dicha (...)*”⁸

junio de 2016. Demandada: Gobernadora del departamento de La Guajira. C.P.: Alberto Yepes Barreiro: “(...) *Es importante señalar que el sistema democrático se funda, entre otros, en los principios de transparencia, igualdad y legitimidad institucional, que imponen desde la perspectiva de la función asignada al juez electoral su defensa.*

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.

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). (...)”

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 13001-23-33-000-2016-00070-01. Auto de 3 de junio de 2016. Demandados: Concejales de Cartagena. C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

La etapa electoral comprende “(...) *la votación propiamente dicha y está regulada por el Título VI del Código Electoral, esta etapa está conformada por el conjunto de actuaciones que se cumplen con el propósito de permitir que los ciudadanos ejerzan el derecho al voto, de ella se ocupa, en forma concreta, el artículo 114 del Código Electoral, que establece en forma precisa qué acciones debe cumplir el jurado de votación al momento en que el ciudadano ejerce el derecho al sufragio. A su cargo se encuentra verificar que quien se acerca a ejercer el citado derecho está habilitado para votar y por consecuencia permitir que sufrague. Para ello exige la presentación de la cédula de ciudadanía por parte del elector, comprueba su identidad y constata que se halla incluido en la lista de sufragantes (Formulario E-10). Una vez verifica lo anterior procede a dejar constancia en el Registro de Votantes (Formulario E-11), entrega los tarjetones y permite marcarlos y depositarlos (...)*”⁹

Por último, la etapa post electoral corresponde a la realización de los escrutinios, la resolución de las reclamaciones y la declaración de la elección.¹⁰

⁹ Ibídem.

¹⁰ Ibídem: “(...) *La etapa post-electoral, que inicia una vez se cierra la jornada electoral, comprende el escrutinio de los votos depositados en determinada elección, es decir, su cualificación - calificación - (validez) y cuantificación (cantidad). En ella intervienen los jurados de mesa, las comisiones escrutadoras zonales, municipales y distritales, los delegados del Consejo Nacional Electoral y el propio Consejo. En efecto, la etapa del procedimiento electoral denominada “post-electoral”, se inicia con el cierre de la votación a las cuatro de la tarde (4:00 p.m.), pues ello da comienzo a los escrutinios y concluye con la declaratoria de la elección. El procedimiento que se sigue con el fin de consolidar los resultados a través de las diferentes Comisiones Escrutadoras tiene carácter reglado, definido en las normas que señalan las actividades a realizar con miras a desarrollar esta etapa de finalización del proceso. Dentro de las actividades que se ejecutan de manera inmediata se encuentra el escrutinio de la mesa, el cual está a cargo de los jurados de votación, quienes luego de dar apertura a las urnas proceden a la clasificación de votos y separación de las tarjetas electorales. Todo lo anterior a efectos de registrar los resultados en el formulario E-14 que después se introduce en los correspondientes sobres para ser enviados a las Comisiones Escrutadoras. Superada esta primera fase le corresponde a las Comisiones Escrutadoras distritales, municipales o auxiliares, según sea del caso, dar inicio a los escrutinios atendiendo a las actas que envíe cada una de las mesas y de acuerdo al orden en que se vayan recibiendo por los claveros, a quienes se les confía la misión de recibir e introducir en el arca triclave los documentos electorales y velar por su conservación. Este proceso se cumple a partir del momento del cierre de las votaciones. De la normativa se tiene que las Comisiones Escrutadoras municipales, deben iniciar de manera pronta los escrutinios a medida que van llegando los documentos soportes de cada mesa. Tales disposiciones imponen la obligación de cumplir de inmediato las funciones de escrutinio, pero no asignan una consecuencia legal de nulidad por la tardanza que resulte en dicho procedimiento de escrutinio. Debe aclararse que sin embargo, sí fija un*

Realizadas las anteriores precisiones sobre la naturaleza del acto electoral originado en el voto popular y su proceso de formación, explicaré las razones por las cuales la función a cargo de la organización electoral de constatar las inhabilidades de los candidatos y de poder revocar su inscripción por dichos motivos, la cual está consagrada en el numeral 12 del artículo 265 de la Constitución Política, solo puede ser ejercida en la etapa pre electoral y, consecuentemente, el estudio de las inhabilidades de los candidatos después de que se ha llevado a cabo la votación solo puede ser realizado por el juez en desarrollo del medio de control de nulidad electoral.

2. ¿Hasta qué momento se extiende la competencia de la organización electoral para constatar las posibles inhabilidades de los candidatos y revocar su inscripción por tal motivo?

En la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2009 se asignó al CNE la función de “[d]ecidir la revocatoria de la inscripción de candidatos a Corporaciones Públicas o cargos de elección popular, cuando exista plena prueba de que aquellos están incurso en causal de inhabilidad prevista en la Constitución y la ley. En ningún caso podrá declarar la elección de dichos candidatos (...)”, la cual actualmente está consagrada en el numeral 12 del artículo 265 de la Constitución Política.

Si bien esta función, correspondiente a la verificación de las inhabilidades de los candidatos a elecciones por voto popular, tradicionalmente ha sido entendida como una de naturaleza jurisdiccional por ser ésta una causal subjetiva

efecto de exclusión, pero solo para aquellos pliegos que se entreguen por los jurados de mesa pasadas las 11:00 p.m. del día de la votación, caso en el cual además se debe dar traslado al funcionario competente para que imponga las sanciones del caso.

Dentro del proceso de escrutinio, el deber ser que plantea la norma es que el mismo día en que se cierran las votaciones, las comisiones departamentales, municipales y auxiliares finalicen los escrutinios y, con tal propósito, señala las 12 de la noche como hora límite para desarrollar dicha actividad. En caso de que no se logre culminar con este procedimiento, la audiencia de escrutinios se reanuda al día siguiente a las 9:00 a.m. y hasta 9:00 p.m., así sucesivamente hasta que finalice.

Todo este procedimiento culmina con la expedición del formulario E-24, en el cual la Comisión Escrutadora respectiva deja consignada el número total de votos obtenidos y se realiza la declaración de la elección por parte de la Comisión Escrutadora o por el Consejo Nacional Electoral según sea el caso, generándose así el acto electoral popular, el cual es uno de los actos cuya legalidad puede ser demandada a través del medio de control de nulidad electoral (...).”

del medio de control de nulidad electoral,¹¹ lo cierto es que la referida reforma constitucional abrió las puertas a que dicha materia pueda ser definida en sede administrativa por la organización electoral.

Ahora bien, el numeral 12 del artículo 265 de la Constitución Política dispone que en ningún caso se podrá declarar la elección de candidatos que estén incurso en inhabilidades, lo que podría dar a entender que el CNE, inclusive después de que se ha llevado a cabo la votación y antes de que se expida el acto de declaratoria de la elección, puede revocar la inscripción de un candidato o se abstenga a declarar su elección por tal motivo.

Sin embargo, por las siguientes razones considero que la organización electoral no puede revocar la inscripción de un candidato por la configuración de una inhabilidad o abstenerse de declarar su elección, luego de que se ha llevado a cabo la votación:

¹¹ YEPES BARREIRO, ALBERTO. *¿La Jurisdicción contenciosa electoral en vía de extinción?*, publicado en la Revista de la Academia Colombiana de Juristas, Edición 253 de 2013: "(...) Es evidente entonces que con el texto original de la Constitución de 1991, el CNE era un órgano con funciones administrativas, especialmente de inspección y vigilancia. Hoy, luego de las reformas constitucionales de 2003 y 2009, parece acercarse, cada vez más, a una verdadera Corte Electoral.

Recordemos que con la reforma constitucional del año 2009 se le atribuyó al CNE la facultad de decidir la revocatoria de la inscripción de candidatos a Corporaciones Públicas o cargos de elección popular, siempre que exista plena prueba de que aquellos están incurso en causal de inhabilidad constitucional o legal.

Pues bien, con tal atribución prácticamente el CNE quedó revestido de la competencia para definir el contencioso electoral subjetivo, esto es, aquél en el que se controvierten las inhabilidades en las que pueden estar incurso los candidatos inscritos y también elegidos. Para los primeros, el vicio afecta su inscripción, para los segundos el otorgamiento de la respectiva credencial.

Huelga manifestar que las inhabilidades electorales son entendidas como los impedimentos de origen constitucional y legal para acceder a diferentes cargos, son taxativas y de interpretación restringida, y para determinar su configuración debe atenderse no sólo las circunstancias personales, familiares o profesionales del aspirante, sino también, a los criterios jurídicos para establecer si dichas calidades encuadran en el presupuesto normativo, lo cual, por la complejidad de algunas de las causales, amerita un riguroso examen a la luz del respectivo análisis probatorio.

Por tanto, tal prerrogativa implica que el CNE pueda impedir las inscripciones, cuando se compruebe la inhabilidad de un candidato, al mismo tiempo que abstenerse de expedir las correspondientes credenciales, cuando tales elegidos se encuentren en la misma situación. En otras palabras, le corresponde, en derecho, efectuar el mismo juicio electoral subjetivo que habría de realizar la autoridad judicial electoral, tal vez con una única diferencia, la posibilidad de la que carece el Consejo de Estado, hacerlo en tiempo real. (...)"

En primer lugar, por una interpretación sistemática de las normas que regulan las etapas pre y post electorales y el control judicial de los actos electorales, las cuales están consagradas en la Constitución Política, el Código Electoral, la Ley 1475 de 2011 y en la Ley 1437 de 2012 (en adelante C.P.A.C.A.).

La inscripción de los candidatos en elecciones por voto popular está regulada en los artículos 88 a 98 del Código Electoral y en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Estas disposiciones fijan, entre otros asuntos, el contenido de la inscripción, el término dentro del cual debe realizarse esta y el plazo para su modificación.

Una vez se ha llevado a cabo la votación, el Código Electoral asigna a la organización electoral las siguientes funciones principales en la etapa post electoral: **(i)** el escrutinio de jurados y de las comisiones escrutadoras; **(ii)** la resolución de las reclamaciones electorales (artículos 122, 166 y 192); **(iii)** la incineración de votos por la existencia de más votos que votantes (artículo 135); **(iv)** el recuento de votos (artículos 163, 164 y 182); **(v)** la resolución de las apelaciones y de los desacuerdos frente a las decisiones adoptadas por las comisiones escrutadoras de inferior jerarquía (artículos 166 y 180); **(v)** el desempate entre candidatos (artículo 183); y, **(vi)** la declaratoria de la elección.

Como se observa, ninguna de las anteriores disposiciones que regulan la etapa post electoral otorga a la organización electoral la función de constatar las inhabilidades de los candidatos luego de la votación.

En especial, debe destacarse que de acuerdo con los artículos 122, 166 y 192 del Código Electoral, dicho supuesto no está previsto como causal reclamación electoral, y que al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 *Ibidem*, “(...) [e]n los escrutinios realizados por las comisiones escrutadoras distritales y municipales no se aceptarán reclamos o apelaciones que no sean formulados por escrito en el acto mismo del escrutinio y que no estén fundadas en alguna de las causales establecidas en el artículo 192 de este Código (...)”.

Por lo tanto, la discusión de posibles inhabilidades luego de la votación es un estudio que corresponde al juez de la nulidad electoral, en virtud de la causal prevista en el numeral 5° del artículo 275 del C.P.A.C.A., norma según la cual “(...) [l]os actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...) [s]e elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad (...)”.

En síntesis, una lectura conjunta de las disposiciones legales citadas previamente y del numeral 12 del artículo 265 Superior, permite concluir que: **(i)** el CNE puede revocar la inscripción de un candidato, por existir plena prueba de la existencia de una inhabilidad, solamente durante la etapa pre electoral; **(ii)**

en la etapa post electoral le está vedado a la organización electoral pronunciarse sobre posibles inhabilidades de los candidatos, máxime cuando ya ha tenido oportunidad de realizar dicho estudio en la etapa pre electoral; (iii) una vez llevada a cabo la votación, el juicio sobre las inhabilidades debe ser realizado por las autoridades judiciales, al realizar el control de legalidad del acto electoral en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 139 del C.P.A.C.A.

En segundo lugar, en virtud de los principios *pro electoratem* y *pro hominum*, debe interpretarse que las funciones de la organización electoral en la etapa post electoral están restringidas a controlar y verificar que los resultados declarados en el acto electoral correspondan a la intención expresada por los electores a través del voto.

En efecto, la mayoría de las funciones señaladas previamente, y en especial la relacionada con la resolución de las causales de reclamación electoral, atañen a supuestos de hecho que puedan generar duda sobre la intención de los electores manifestada a través del voto, como por ejemplo la necesidad de realizar recuentos por la existencia de tachaduras o enmendaduras o la corrección de errores aritméticos en los formularios electorales, las cuales deben ser resueltas, en tiempo real, por la organización electoral.

En ese sentido, puede afirmarse que la función de la organización electoral en la etapa post electoral se circunscribe, en esencia, a verificar que la declaración de la elección se ajuste a la voluntad popular, es decir que exista una correspondencia entre los votos depositados por los electores y el resultado electoral contenido en el acto de declaratoria de la elección, lo que excluye la verificación de posibles inhabilidades.

En dicho contexto, resulta inaceptable que el CNE se pronuncie sobre las inhabilidades de los candidatos luego de la votación, ya que ello implicaría dejar sin efecto o, de alguna manera, anular los votos válidamente depositados por los electores, bajo la confianza de que la organización electoral ya realizó su verificación al momento de inscribir las respectivas candidaturas, en desmedro de la naturaleza especial del acto electoral, pues debe recordarse que a través de este se expresa la voluntad del electorado y no de aquella de las autoridades administrativas.

Además, no debe perderse de vista que el CNE, en razón de la forma de elección de sus miembros prevista en el artículo 264 de la Constitución, es un órgano administrativo de origen político, dado que su designación es realizada por el Congreso de la República, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos, lo que hace indeseable que pueda invalidar los votos válidamente depositados por los electores.

En resumen, de acuerdo con una interpretación fundada en los principios *pro electoratem* y *pro hominum*, al CNE, en su calidad de órgano administrativo de origen político, le está vedado invalidar la voluntad popular luego de que esta ha sido expresada de conformidad con el procedimiento legal, puesto que (i) sus funciones en la etapa post electoral se restringen a constatar la correspondencia entre los votos depositados por los electores y el resultado electoral contenido en el acto de declaratoria de la elección; (ii) en ejercicio de dichas funciones no puede dejar sin validez los votos depositados por los electores por la existencia de una supuesta inhabilidad, pues de hacerlo el acto electoral se convertiría en la expresión de la voluntad de las autoridades administrativas y no del electorado; y, (iii) al estar en tensión los derechos del elegido y de los electores y en riesgo el sistema democrático, la verificación de las inhabilidades luego de la votación solo puede ser ejercida por las autoridades judiciales, dado su carácter autónomo e independiente, en virtud del medio de control de nulidad electoral.

En tercer lugar, aceptar que el CNE pueda revocar la inscripción de un candidato o abstenerse de declarar su elección al constatar una posible inhabilidad luego de la votación, implicaría vaciar las competencias del juez electoral relativas al contencioso electoral de naturaleza subjetiva.

Según lo dispuesto en la causal 5ª del artículo 275 del C.P.A.C.A., los actos electorales pueden ser anulados cuando se elijan candidatos inhabilitados. Por lo tanto, en caso de verificarse una posible inhabilidad de un candidato después que se ha llevado a cabo la jornada electoral, el ordenamiento jurídico prevé una solución especial para ello, consistente en el control de legalidad del acto electoral a través del medio de control de nulidad electoral.

Dicha solución, como ya se mencionó, obedece a que la tensión entre los derechos de los electores y del elegido, la cual se presenta luego de que se ha llevado a cabo la votación, debe ser resuelta por una autoridad autónoma e independiente de naturaleza jurisdiccional, como guardiana de la democracia.

En ese sentido, otorgar al CNE la competencia de estudiar las inhabilidades de los candidatos luego de la jornada electoral conllevaría un despojo de una función eminentemente jurisdiccional que el ordenamiento jurídico asignó al juez de la nulidad electoral, o que exista una duplicidad de competencias entre dicho órgano administrativo y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual resulta inaceptable.

Por lo tanto, debe concluirse que el ordenamiento jurídico prevé un control complementario de las posibles inhabilidades de los candidatos a cargos de elección popular, así: (i) un control previo, ejercido en la etapa pre electoral, en cabeza de la organización electoral, en su calidad de autoridad administrativa; (ii)

un control posterior a la votación, en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se materializa a través del control de legalidad del acto electoral; y, (iii) aceptar que luego de la votación el CNE realizar el estudio de las inhabilidades de los candidatos implicaría un despojo o vaciamiento de las competencias asignadas al juez electoral.

Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, una interpretación sistemática de las normas que gobiernan la formación, expedición y control judicial de los actos electorales, fundada en los principios *pro electoratem* y *pro hominum*, permite concluir que, después de que se ha llevado a cabo la votación, la organización electoral no puede revocar la inscripción de un candidato o abstenerse de declarar su elección por la constatación de una posible inhabilidad.

Esta postura implicaría que en estos casos necesariamente debe declararse la elección del candidato y luego demandarse dicho acto con fundamento en el contencioso subjetivo de nulidad previsto en la causal 5ª del artículo 275 del C.P.A.C.A., lo que puede considerarse engorroso o, inclusive, perjudicial para el sistema democrático, debido a que permitiría que un candidato inhabilitado tome posesión del cargo y ejerza su investidura hasta tanto sean suspendidos provisionalmente los efectos del acto que declaró su elección o se ordene en sede judicial la nulidad de este último.

Sin embargo, a pesar de dicho riesgo, lo cierto es que una vez que se ha realizado la jornada electoral, debido a la tensión existente entre los derechos del elegido y de los electores, solo el juez electoral podría pronunciarse sobre las posibles inhabilidades de los candidatos elegidos, como garante de la democracia.

Por lo tanto, debido a los pros y contras de la postura defendida en este artículo, valdría la pena reflexionar sobre la conveniencia de introducir una reforma constitucional o legislativa que permita al juez electoral ejercer un control previo o de los actos preparatorios, para que pueda revocar la inscripción de candidatos que incurran en inhabilidades, cuando dicha situación se constate luego de la votación y antes de la declaratoria de la elección.

Referencias bibliográficas

COLOMBIA, Acto Legislativo 01 de 2009.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Procedimiento Administrativo y de Contenciosos Administrativos– Ley 1437 de 2011.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Nacional Electoral.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00110-00. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Demandados: Representantes a la Cámara por el departamento de Magdalena. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 13001-23-33-000-2016-00070-01. Auto de 3 de junio de 2016. Demandados: Concejales de Cartagena. C.P.: Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de unificación de jurisprudencia de 7 de junio de 2016. Demandada: Gobernadora del departamento de La Guajira. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

YEPES BARREIRO, ALBERTO. ¿La Jurisdicción *contenciosa electoral en vía de extinción?*, publicado en la Revista de la Academia Colombiana de Juristas, Edición 253 de 2013.