SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PROHIBICION INHABILITANTE DEL ARTÍCULO 126 CONSTITUCIONAL – Alcance / SERVIDORES PUBLICOS – Les está prohibido designar, postular, nombrar o elegir a quien con anterioridad o posterioridad haya designado, postulado, nombrado o elegido a sus parientes / SERVIDORES PUBLICOS – Prohibición constitucional / ARTICULO 126 CONSTITUCIONAL – Prohibición inhabilitante

Resulta indispensable precisar, como lo hizo la Corporación en las sentencias de unificación del 15 de julio de 2014 y 11 de noviembre de ese mismo año, que en esta oportunidad se reiteran, que el artículo 126 es una norma que fija límites y restricciones al actuar de los servidores públicos, entendiendo que en la función pública "no todo vale". Esta norma, valga decirlo desde ahora, no establece limitación alguna de tipo temporal para efectos de la materialización de la prohibición, así como tampoco estableció restricción en tal sentido la jurisprudencia de esta Corporación; por ello, es irrelevante, a efectos de la configuración de la prohibición del artículo 126 Constitucional, si los nombramientos acaecieron antes o después de la postulación del señor Procurador. (…) Dicha disposición constitucional busca erradicar ciertas prácticas de la función electoral (postulación y elección) de la que gozan algunos servidores. Se trata de una prohibición inhabilitante, objetiva, que configurada, acarrea la nulidad del acto electoral expedido con desconocimiento de dichas proscripciones, sin que sea oponible el derecho a elegir y ser elegido o el acceso igualitario a los cargos públicos del que goza el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, pues la elección que se profiera con desconocimiento de la disposición constitucional es nula de pleno derecho. De lo hasta acá expuesto puede, válidamente, concluirse que: (i) el artículo 126 de la Constitución Política contiene una prohibición inhabilitante, (ii) la norma superior no contiene restricción alguna de tipo temporal, y (iii) su materialización responde a circunstancia de tipo objetivo. En otras palabras, del artículo 126 de la Carta Política pueden inferirse estas reglas: (a) Prohibición de nombrar a los familiares en los grados previstos en la norma. (b) Prohibición del "yo te elijo, tú me eliges", pues está proscrito al servidor público, directamente o por indirecta persona nombrar, elegir, designar, postular a los familiares de aquellas personas que lo eligió, nombró, postuló o designó. (c) Prohibición de "tu nombras a mis familiares, luego yo te nombro, designo, postulo o elijo". Está prohibido al servidor público directamente o por interpuesta persona designar, postular, nombrar, elegir a quien con anterioridad o posterioridad lo designó, nombró, eligió o postuló a sus parientes en los grados referidos en la norma. Esas reglas, naturalmente, se extraen desde la perspectiva gramatical, histórica y teleológica del artículo 126 primigenio, como del modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2015, ya que es claro que su propósito primordial fue y es el de erradicar del ámbito estatal ese "intercambio" recíproco de favores que caracteriza al clientelismo y/o el favorecimiento a los parientes que caracteriza al nepotismo. En otras palabras, se buscó evitar la transacción de cuotas personales como determinantes en el acceso a los cargos públicos. (…) En el caso concreto, teniendo en cuenta que el acto de postulación del demandado -de naturaleza preparatoria- se profirió con violación del artículo 126 Superior, afectando de esta manera la juridicidad del acto definitivo declarativo de la elección del Dr. Ordoñez Maldonado, la Sala declarará próspero y probado este cargo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 126

ACCESO A LA FUNCION PUBLICA – Debe darse en condiciones de igualdad / CLIENTELISMO, NEPOTISMO E INTERCAMBIO DE FAVORES – Prohibiciones a servidores públicos / PROHIBICION INHABILITANTE DEL

ARTÍCULO 126 CONSTITUCIONAL – Alcance

Con el firme propósito de erradicar el nepotismo, el clientelismo y cualquier otra forma de favoritismo en el acceso a los cargos públicos, el constituyente erigió una disposición tendiente a eliminar dichas prácticas, la cual en su tenor original establecía: "Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos". La disposición transcrita contiene diversos mandatos en cuanto a las actuaciones que se encuentran prohibidas a los servidores públicos. En efecto, el artículo 126 Superior proscribe tres eventos distintos de clientelismo, nepotismo e intercambio de favores, los cuales se sintetizan de la siguiente manera: Primero. La norma Superior prohíbe al funcionario ejercer la potestad nominadora, atribuida por la Constitución y la ley, para designar a los parientes de los servidores públicos. En concreto, esto significa que quienes tienen potestad de nominación no pueden nombrar, elegir, postular y/o, en general, designar a personas con quienes tengan vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. La prohibición expuesta impide que el poder se concentre en algunos pocos y que se repliquen dinastías familiares en los cargos públicos, ya que su finalidad es claramente evitar el nepotismo. (…) Segundo. El artículo 126 Superior proscribe que los servidores públicos con poder de nominación, designen a los familiares, en los grados descritos en la norma, de las personas que tuvieron competencia para intervenir directamente en su designación. Se trata, entonces, de una prohibición expresa contenida en la literalidad de la norma respecto de la cual no es necesario adelantar ningún ejercicio interpretativo o de complementación, contrario a lo que ocurre con el tercero de los escenarios que prevé la norma objeto de análisis. (…) Tercero. La norma en cita impide que un servidor público nombre, postule, elija o, en general, designe a la persona o a sus parientes competentes para designarlo en el cargo en el cual ahora detenta el poder de nominación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 126

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – Competencia para intervenir en la designación del Procurador General de la Nación / POSTULACION DE CANDIDATO A PROCURADOR – Se vicia de nulidad cuando se hace desconociendo lo dispuesto por el artículo 126 constitucional

Es claro según el artículo 276 de la Constitución que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia tienen potestad para intervenir en la designación del Procurador General de la Nación. En efecto, los miembros de esa Corporación tienen el deber constitucional de concurrir conjuntamente con el Presidente de la República y el Consejo de Estado a la postulación, de forma tal que intervienen directamente en la formación del acto de elección del Procurador General de la Nación, pues sólo en el evento en que los competentes para postular concurran a designar candidatos se entenderá conformada la terna respecto de la cual el Senado de la República ejercerá su función electoral. Así las cosas, no cabe duda de que los Magistrados de la Corte Suprema tenían competencia para intervenir en la designación del Dr. Ordóñez Maldonado como Procurador General de la

Nación. (…) En el caso bajo examen, la Sala ha logrado verificar el desconocimiento del artículo 126 Superior en relación con los parientes de dos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que, tuvieron competencia para intervenir en la designación del demandado, pero, es más, no sólo tuvieron esa competencia sino que, además, cierta y materialmente la ejercieron en la sesión en la que la postulación tuvo lugar. Si en gracia de discusión y por razón del voto útil se quisiera tener en cuenta la incidencia de los votos correspondientes a estos dos magistrados en el resultado obtenido en el proceso de postulación, sería determinante para declarar la nulidad de pleno derecho de la elección del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, pues éste obtuvo 17 votos y al obtener más de las dos terceras partes de sus integrantes pudo ser postulado por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con el artículo 5 del Acuerdo 006 del 12 de diciembre de 2002, reformado por el Acuerdo 005 de 2002, artículo 2. Sin embargo, al restársele los dos votos de los magistrados antes referidos, por razón de que el Procurador en ejercicio había incurrido en la prohibición inhabilitante del artículo 126 de la Carta, se concluye categóricamente que de ninguna manera podía obtener la mayoría requerida en el reglamento de dicha Corporación judicial para llegar a ser postulado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: Demanda contra el acto de reelección de Alejandro Ordóñez Maldonado, Procurador General de la Nación. Expedientes acumulados núms. 11001-03-28-000-2013-00011-00, 11001-03-28-000-2013-00012-00, 11001-03-28-000-2013-00008-00.

Reiteración de sentencia de unificación de jurisprudencia por importancia jurídica[1]

Agotadas las etapas procesales y audiencias que exige el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administravo –en adelante CPACA-, procede la Sala a fallar, en única instancia, las demandas electorales, acumuladas mediante auto del 21 de agosto de 2013[2], presentadas por el señor Rodrigo Uprimny Yepes y otros, contra el acto de elección contenido en el Acta

[1] Este fallo constituye sentencia de unificación en los términos del artículo 270 del CPACA.
[2] Folios 525 – 531 del Cuaderno 3

No. 33 del 27 de noviembre de 2012 de Alejandro Ordóñez Maldonado, como Procurador General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Carlos Mario Isaza[3], Rodrigo Uprimny Yepes[4] -este junto con otros 10 ciudadanos- y José Leonardo Bueno[5], de forma independiente, interpusieron demanda de nulidad electoral contra el acto de elección contenido en el Acta No. 33 del 27 de noviembre de 2012[6], por medio de la cual el Senado de la República eligió a Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, período 2013- 2017.

1. Los Hechos

La parte actora expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

1. El artículo 276 de la Constitución Política dispone que el Procurador General de la Nación será nombrado por el Senado de la República de terna integrada por candidatos postulados por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado[7].

2. Como consecuencia del anterior mandato constitucional, la Corte Suprema de Justicia adelantó los trámites pertinentes con el fin de postular a un candidato que integraría la terna de la cual el Senado elegiría al supremo director del Ministerio Público[8].

3. Los Magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, Javier Zapata Ortiz y Jorge Mauricio Burgos Ruíz de la Corte Suprema de Justicia manifestaron encontrarse impedidos para participar en la decisión de elegir candidato por dicha Corporación para que conformara la terna de Procurador General de la Nación, en virtud de contar con familiares laborando en dicho ente de control[9].

4. El 30 de agosto de 2012 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no aceptó los impedimentos expuestos por los Magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, Javier Zapata Ortiz y Jorge Mauricio Burgos Ruíz y postuló al cargo de Procurador General de la Nación período 2013-2017 al Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, quien para la fecha desempeñaba el cargo mencionado[10].

5. Al Senado de la República fueron presentados como candidatos para la elección de Procurador General de la Nación los doctores Alejandro

[3] Folios 56 – 79 del Cuaderno 1
[4] Folios 1 – 173 del Cuaderno 3
[5] Folios 12 – 18 Cuaderno 2
[6] Folios 145 – 212 Cuaderno 1
[7] Folio 57 Cuaderno 1, folio 11 Cuaderno 3
[8] Folio 57 Cuaderno 1
[9] Folio 59 Cuaderno 1, folio 11 Cuaderno 3
[10] Folio 59 Cuaderno 1, folio 11 Cuaderno 3

Ordóñez Maldonado por la Corte Suprema de Justicia, Orlando Gallo Suárez por el Consejo de Estado y María Mercedes López Mora por la Presidencia de la República[11].

6. En sesión del 27 de noviembre de 2012 del Senado de la República se declararon impedidos para intervenir en la elección del Procurador General de la Nación los Senadores Edgar Espíndola, Daría Galvis, Milton Rodríguez, Juan Carlos Vélez, Héctor Julio Alfonso, Luís Fernando Velasco, Musa Besaile, Alexander López Maya, Armando Benedetti, Álvaro Ashton, Karime Mota, Eduardo Enríquez, Hernán Andrade, Myriam Paredes, Jorge Londoño, Gloria Inés Ramírez, Honorio Galvis, Martín Morales, Carlos Baena, Astrid Sánchez, Nora García, Sammy Merheg, Mauricio Ospina, Antonio Guerra, Jorge Hernando Pedraza, Efraín Torrado, Fuad Char, Félix Valera, Maritza Martínez, Oscar Mauricio Lizcano, Fernando Tamayo, Juan Lozano, Juan Fernando Cristo, Jesús Ignacio García, Carlos Ferro, Manuel Guillermo Mora, Jaime Durán, Jorge Hernando Pedraza, José Francisco Herrera[12].

7. La subcomisión del Senado de la República, conformada por los congresistas Juan Carlos Restrepo Escobar, José Iván Clavijo Contreras, Luís Fernando Duque García, Samuel Benjamín Arrieta Buelvas, Iván Leónidas Name Vásquez y Manuel Mesías Enríquez Rosero, conceptuó negar los impedimentos presentados por los senadores señalados en el punto anterior, lo cual fue acogido por la Plenaria de dicha Cámara[13].
8. El 27 de noviembre de 2012 María Mercedes López Mora, candidata postulada por el Presidente de la República, renunció a la terna[14].

9. El Senado de la República, en sesión plenaria del 27 de noviembre de 2012, eligió al Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación para el período 2013-2017 con 80 votos de los 93 emitidos. El resto de los votos emitidos quedaron distribuidos así: 6 votos en blanco, 5 votos para María Mercedes López Mora, 2 votos para Orlando Gallo Suárez[15].

2. Cargos de nulidad

Fueron sintetizados en la audiencia inicial así[16]:

2.1. Proceso 2013-00008

PRINCIPAL: El demandante adujo que el **Senado de la República carecía de facultades para reelegir como Procurador General de la Nación** a quien

[11] Folio 12 cuaderno 3, folio 57 Cuaderno 1
[12] Folios 12 y 270-271 del Cuaderno 3
[13] Folios 12, 278 del Cuaderno 3
[14] Folios 683-684 Cuaderno 3
[15] Folio 112 Cuaderno 3
[16] Folios 635 – 638 Cuaderno 3

estaba en ese momento ejerciendo el cargo, por no existir norma expresa que así lo autorizara.

SUBSIDIARIOS: Explicó que, a su juicio, la Corte Suprema de Justicia:

i. **Violó el principio de igualdad** cuando decidió elegir a *"puerta cerrada"* a la persona que postularía como Procurador General de la Nación período 2013-2017, pues la Corporación **debía adelantar un proceso de selección entre varios candidatos**, como en oportunidades pasadas lo había realizado, es decir**, irrespetó el acto propio y la confianza legítima que había generado, incurriendo en desviación de poder** para favorecer la continuidad en el cargo del Dr. Ordóñez Maldonado y por ende la de los familiares de los Magistrados que laboran en el ente de control.

ii. **Trasgredió los artículos 209 de la Constitución Política y 40 de la Ley 734 de 2002, al votar por un candidato que había nombrado a los familiares de los Magistrados que debían postularlo**; lo cual quebrantó el principio de imparcialidad, además de atentar contra la transparencia y la moralidad, porque se generó un beneficio en cabeza del servidor público que tenía la función de decidir.

iii. Además de los cargos de nulidad que elevó con ocasión de la actuación de la Corte Suprema en su calidad de órgano postulante, formuló un cargo por infracción de normas superiores, porque, a su juicio, el acto de elección violó los artículos 13 y 276 de la Constitución Política y el 3º del Decreto 262 de 2000, ya que **la elección de Procurador General de la Nación se hizo de terna que no se conformó de forma coincidente en el tiempo por los órganos constitucionalmente llamados a ello**, generando así un favorecimiento para el primero de los postulados, que para el caso fue el Dr. Ordóñez Maldonado.

iv. Finalmente, señaló que **con la renuncia de uno de los postulados**, Dra. María Mercedes López Mora, **se debió proceder a la reconformación de la terna**, tal como ocurrió en el caso del Fiscal General de la Nación, sin que para ello sea relevante el hecho de que la misma sea conformada por diferentes autoridades.

2.2. Proceso 2013-00011

Los demandantes del expediente 2013-00011 afirmaron que el acto de elección se encuentra viciado de nulidad, para lo cual presentaron los siguientes argumentos:

i. A su juicio **se trasgredió el régimen de impedimentos por parte de algunos Congresistas que participaron en la elección del Procurador General de la Nación**, pues dicho régimen no sólo recae sobre su actividad legislativa sino también en la electoral y, en el caso concreto existía un interés directo, particular, actual y real en la elección que ahora se demanda.

El **conflicto de intereses se centra en que algunos Senadores, por un lado, tenían familiares y personas cercanas laborando en el ente de control**, y por otro, **estaban incursos en investigaciones disciplinarias**; situaciones que viciaron de nulidad dichos votos y afectaron el quórum para la elección demandada.

ii. Agregaron que se **violó el régimen de impedimentos y de conflicto de intereses de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, porque estos contaban con familiares laborando en la Procuraduría General de la Nación** y, por tanto, los votos que aquellos emitieron para elegir como candidato de la Corporación al Dr. Ordóñez Maldonado no podían ser contabilizados, al materializarse la prohibición del artículo 126 de la Constitución Política. Lo anterior, **según su criterio, implica que el demandado no alcanzó las 2/3 partes de los votos de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia, como lo establece el reglamento interno de esa Corporación.**

iii. Consideraron que el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado **se encontraba *"inhabilitado"*, conforme el artículo 126 de la Constitución Política** para ser electo Procurador General de la Nación.

2.3. Proceso 2013-00012

La parte actora del expediente 2013-00012 manifestó que **algunos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Senadores de la República se encontraban inmersos en conflicto de intereses por contar con familiares que laboran en la Procuraduría General de la Nación**, lo que les impedía participar en la postulación y en la elección del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, situación que desconoció, además, el artículo 40 de la Ley 734 de 2002.
A su juicio, es inconstitucional postular y reelegir a quien ejercía el cargo de Procurador General de la Nación porque: (i) **dicho servidor público fue investigado penalmente por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y es el llamado a investigar a los Senadores de la República**; y (ii) los **Magistrados y Senadores que contaban con familiares al interior del ente de control estaban impedidos para participar en la postulación y en la elección del Procurador General de la Nación.**

3. Pretensiones[17]

Las demandas acumuladas coincidieron en solicitar que se declarara la nulidad del acto por medio del cual el Senado de la República en sesión de 27 de noviembre de 2012, eligió al señor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación.

[17] Folio 56 Cuaderno 1, folio 14 Cuaderno 2 y folio 2 Cuaderno 3

Adicionalmente, en los **Procesos 2013-00011** y **2013-00012** se solicitó que se declarara la nulidad del acto mediante el cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia ternó al demandado como candidato al cargo de Procurador General de la Nación.

4. Trámite Procesal

Mediante auto del 22 de marzo de 2013 se admitió la demanda radicada con el No 2013-00011[18].

A su vez, por auto del 27 de junio de 2013, se hizo lo propio con el libelo introductorio identificado con el número 2013-00012[19].
Finalmente, por auto del 27 de junio de 2013 la Sección Quinta admitió la demanda identificada con el número 2013-00008 y negó la solicitud de suspensión provisional[20].

En dichas providencias se ordenaron las notificaciones de rigor en los términos del artículo 277 del CPACA -norma especial electoral que regula la materia-[21].

5. Contestación de las demandas

5.1. El demandado

El demandado, por intermedio de apoderado, se opuso a las pretensiones de las demandas.

La Sala procederá a sintetizar los argumentos de defensa, expuestos en las contestaciones de las demandas, por cargos, así:

5.1.1. Respuesta a los cargos relacionados con los impedimentos y la configuración de conflicto de intereses en cabeza de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Senadores

El demandado manifestó que la Corte Suprema de Justicia **adelantó el proceso de postulación de conformidad con la Constitución, la Ley y el Reglamento General de la Corporación**. Se **garantizó la deliberación** tanto para establecer la forma de escoger al candidato, como la de resolver los impedimentos debido a que este procedimiento no estaba reglado. Resaltó que **la designación de su candidato es una decisión autónoma y discrecional de la mencionada Corte**[22].

El Congreso de la República fue estricto en aplicar la Ley 5ª de 1992, de forma tal que resolvió los impedimentos y las recusaciones planteadas, luego de someter el tema al estudio de dos comisiones -una accidental que rindió informe ante la

[18] Folios 244 -246 del Cuaderno 3
[19] Folios 114 – 115 Cuaderno 2
[20] Folios 236 – 249 Cuaderno 1
[21] Folios 249 y siguientes Cuaderno 3, folios 116 y siguientes Cuaderno 2 y folios 250 y siguientes Cuaderno 1
[22] Folios 292 – 294 Cuaderno 1 y folios 204 – 221 del Cuaderno 2

Plenaria para los impedimentos y otra del Comité de Ética para las recusaciones- por lo que el procedimiento se ajustó al debido proceso[23].

En este orden, tanto los Magistrados de la Corte Suprema, como los Congresistas **manifestaron sus impedimentos, los cuales fueron denegados de conformidad con el trámite correspondiente en la Constitución y en el Reglamento.** En consecuencia, unos y otros estaban obligados a participar en el trámite del asunto y continuar con la elección.

5.1.2. Respuesta a los cargos relacionados con la prohibición de la Corte Suprema de Justicia de postular a un funcionario público que por Ley esa Corporación debe investigar disciplinariamente

La Corte Suprema de Justicia investigó y absolvió al Procurador General de la Nación por hechos ocurridos en el ejercicio del período anterior, esto es, 2009-2013, para el cual fue postulado por el Consejo de Estado ante el Senado de la República. Entonces, **la Corte Suprema de Justicia no estaba limitada para postular al Procurador para este otro período 2013-2017**[24].

Diferente hubiese sido si durante este lapso se interpone una queja disciplinaria contra el Procurador, caso en el cual, el juez competente para investigarlo y sancionarlo sería la Sala Plena del Consejo de Estado.

5.1.3. Respuesta a los cargos relacionados con la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución Política

El apoderado del Dr. Ordóñez Maldonado alegó que la norma constitucional señalada no contempla una inhabilidad para asumir una dignidad pública, sino que se ocupa de *"regular una prohibición de efectuar nombramientos".* Agregó que las únicas inhabilidades que establece la norma aludida se refieren a los casos en los cuales ha sido condenado por delitos que afecten el patrimonio del Estado, e igualmente para quien haya dado lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial[25].

Manifestó que el artículo 279 de la Constitución estableció una **reserva de ley para el sistema de ingreso a la Procuraduría General de la Nación**; en desarrollo de esta facultad, **el Decreto Ley 262 de 2000 en sus artículos 4º y 85 señala las causales de inhabilidad** para ejercer como Procurador y ninguna de ellas hace referencia a la expresada por los demandantes**.**

5.1.4. Respecto del cargo relacionado con la competencia del Congreso de la República para reelegir al Procurador General de la Nación

El apoderado del Dr. Ordóñez Maldonado arguyó que **no existe norma que prohíba la reelección del Procurador**. Argumentó que tanto era así que,

---

[23] Folios 491 – 494 Cuaderno 3
[24] Folio 495 Cuaderno 3
[25] Folios 501 – 506 Cuaderno 3

precisamente, en el Congreso se habían impulsado proyectos de actos legislativos que prohibían la reelección del Procurador, sin que aquellos hubiesen sido aprobados.

5.2. La Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema contestó las demandas, por intermedio de quien fungía como Presidenta de la Corporación para ese momento, y argumentó lo siguiente:

De conformidad con el artículo 276 de la Constitución Política, "*el Procurador General de la Nación será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado",* por lo cual, el numeral 6º del artículo 10 del Reglamento Interno de la mencionada Corte prescribe como una de sus funciones la de *"seleccionar a un integrante de la terna para la elección del Procurador General de la Nación (…)"*.

Resaltó que ni la norma constitucional, ni la Ley, ni el Reglamento establecen un trámite específico para la mencionada designación, de lo cual se concluye que **esa Corporación *"goza de absoluta discrecionalidad y autonomía*** *para la escogencia de quien ha de ser parte integrante de la aludida terna, como ocurrió en este caso".*

Finalmente, indicó que **la Corte se ciñó al debido proceso**, toda vez que, en virtud del artículo 84 de la Carta, **en las actuaciones administrativas las autoridades públicas no podrán establecer requisitos adicionales para su ejercicio.**

5.3. El Senado de la República

El Presidente del Senado de la República para el período 2012-2013, mediante apoderado, contestó las demandas con los siguientes argumentos[26]:
Alegó que **la elección del demandado** como Procurador General de la Nación **se efectuó de acuerdo con la Constitución y la Ley**, por cuanto este cumplía con los requisitos para ocupar dicha dignidad.

Además señaló que **la Corte Suprema de Justicia, al ternar al demandado actuó en cumplimiento de la Constitución**, y agregó que **se trató de un acto previo, autónomo, discrecional e independiente, que no tiene la entidad de afectar la elección.**

Para desarrollar lo anterior, argumentó que **no se violó el régimen de recusaciones e impedimentos por conflicto de intereses**; pues los Senadores presentaron oportunamente sus respectivos impedimentos y estos fueron negados, con fundamento en el informe del Comité de Ética que concluyó:

---

[26] Folio 264 – 322 Cuaderno 3

i. Que **no es clara la existencia de conflicto de intereses** cuando los Congresistas ejercen la función electoral, como sí lo es en su función legislativa;

ii. Además, sostuvo que *"aunque pueda afirmarse que existe un interés actual por cuanto existen procesos disciplinarios activos en contra de varios senadores, no existe un interés cierto y real, toda vez que no es posible demostrar que con una u otra decisión que se tomara, dichos procesos fueran archivados, se terminaran o se recibiera beneficio alguno".*

Respecto de la inhabilidad consagrada **en el artículo 126 de la Constitución, manifestó que lo que la prohibición constitucional busca es evitar el *"nepotismo"*** y en el caso objeto de estudio, a juicio del Senado de la República, no se precisa ni se demuestra si tales nombramientos son cargos de libre nombramiento y remoción, o de carrera administrativa, tampoco se aportan los documentos con los cuales se demuestra que esos funcionarios no cumplían con los requisitos para ejercer dichos cargos y, si se realizaron los nombramientos antes o después de la designación del demandado como ternado y de la posterior elección por parte del Congreso.

Señaló que **a los demás candidatos se les garantizó el debido proceso y el derecho a la igualdad,** fueron escuchados en las mismas condiciones que el demandado y obtuvieron votos a su favor.

Finalmente, expresó que aunque la candidata designada por el Presidente de la República afirmó en los medios de comunicación que había renunciado, **dicha dimisión no fue aceptada** *"ni presentada por quien era competente, es decir, el señor Presidente de la República, toda vez que siendo él quien postula era el encargado de enviar la respectiva renuncia a la Plenaria del Senado, hecho que en efecto nunca aconteció"*

6. La audiencia inicial

Los días 6 de noviembre de 2013[27] y 4 de diciembre del referido año[28] se celebró audiencia inicial, en la cual se decidieron las excepciones previas propuestas, se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio y se decretaron pruebas.

7. Alegatos de conclusión

En el término para alegar de conclusión se presentaron los siguientes escritos.

7.1. Parte demandante

7.1.1. Proceso 2013-0011

[27] Folios 601 – 604 Cuaderno 3
[28] Folios 628 - 647 Cuaderno 3

Durante la etapa de alegatos de conclusión, los demandantes dentro del referido proceso, solicitaron que la *"Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asuma el conocimiento de* [la] *demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*.[29]

La solicitud fue sustentada en dos aspectos, el primero, por la importancia jurídica que reviste el debate respecto de los alcances de la violación del artículo 126 de la Constitución y, segundo, por el alto cargo que ocupa el demandado como director del Ministerio Público.

Por otro lado, alegaron de conclusión como se enuncia a continuación[30]:

Manifestaron que de acuerdo con las respuestas de los Magistrados quedó probado que hay un vínculo de afinidad y consanguinidad entre ellos y personas nombradas en la Procuraduría y que estaban trabajando en el ente de control al momento de la postulación, algunos en cargos de libre nombramiento y remoción.

Al respecto, resaltaron que para probar dicho vínculo en las acciones electorales es admisible cualquier medio probatorio que permita a través de la sana crítica concluir su existencia, como sucedió en el caso concreto.

Agregaron que se probó en el expediente que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que intervinieron en la postulación del demandado en la terna, y los Senadores que participaron en su elección, tenían un interés derivado del hecho de que sus familiares estaban vinculados laboralmente en la Procuraduría. En ese orden de ideas, consideraron *"probada la violación del artículo 126 de la Constitución".*

En particular, sostuvieron que si bien la esposa del Magistrado Jorge Mauricio Burgos fue nombrada antes de que el demandado ocupara el cargo de Procurador, lo cierto es que *"la facultad de libre nombramiento y remoción supone que una no remoción es un nombramiento continuo, pues para poder permanecer en el cargo debe existir la voluntad de querer mantenerse ese nombramiento por parte del superior".*

Para explicar el alcance de la violación de la norma constitucional, reiteraron lo expuesto en la demanda, en concreto que esta norma prohíbe a los servidores públicos nombrar a familiares de las personas que los eligieron o los pueden elegir, pues esta se considera una vía para beneficiarlos, *"con esto se evita que un funcionario 'asegure' su elección usando su poder de nombramiento".*

Consideraron que *"la violación de la Constitución por parte del Procurador General afecta la legalidad y constitucionalidad de su* [segunda] *elección".* De lo contrario, la norma constitucional se quedaría sin peso, pues si se comprueba que existió la

[29] Folios 1020 y siguientes Cuaderno 4
[30] Folios 1022 y siguientes Cuaderno 4

violación, pero al mismo tiempo se legitima la elección del funcionario que desconoció esa prohibición, no se cumple el objetivo de la norma.

Señalaron que uno de los efectos de la violación del artículo 126 de la Constitución consiste en que se genera una inhabilidad especial para su infractor, esto es, inhabilita a un funcionario para que pueda acceder al cargo en el que son competentes para intervenir otros funcionarios cuyos familiares, este ha nombrado previamente. Consideraron que ello es una consecuencia natural del contenido del artículo superior, pues sin ella sería imposible darle una eficacia normativa integral a la prohibición constitucional.

Concluyeron que en el caso concreto *"al haber nombrado a familiares de quienes eran competentes para su reelección, Alejandro Ordóñez violó la prohibición del artículo 126 de la Constitución y por tanto quedó inhabilitado para ser reelegido, pues al hacer los nombramientos, con el solo hecho de hacerlos, estaba ejerciendo presión sobre las personas competentes para intervenir en su designación".*

Por otro lado, se refirieron al régimen de impedimentos del Senado de la República y cuestionaron que se hubieran negado las recusaciones propuestas, con el argumento insuficiente, expuesto por la Comisión de Ética, según el cual *"la Ley solo contempla el conflicto de intereses para los congresistas en el ejercicio de su labor legislativa y no a la hora de elegir a un funcionario".*

A su juicio, es cierto que sin el voto de los Senadores con familiares o allegados trabajando en la Procuraduría no aseguraría la permanencia de su familiar en la entidad, pero *"sí es razonable suponer que puede interferir en que tal resultado se dé"*.

Similar situación alegaron respecto de aquéllos Senadores que tenían investigaciones en curso en ese ente de control, pues *"si bien un voto no implica la absolución del acusado, si es razonable pensar que en este caso se otorgó con la intención de buscar algún tipo de favoritismo o consideración por parte del Procurador en relación con las investigaciones de las que son objeto los senadores"*.

7.1.2. Proceso 2013-0012

El demandante, dentro del proceso de la referencia, alegó de conclusión mediante escrito[31] en el cual reiteró que la postulación del demandado fue irregular, toda vez que, la Corte Suprema de Justicia no tuvo en cuenta el conflicto de intereses que se presentaba al postular a una persona que por disposición legal esa Corporación debe investigar, así como sucedió cuando absolvió al demandado en el denominado caso de la *"Yidispolítica"*.

[31] Folios 1040 y siguientes del Cuaderno 4

También se refirió a la violación del artículo 126 por parte del Procurador General de la Nación, al nombrar y dejar que permanecieran vinculados en ese ente de control, familiares de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Senadores, es decir, de quienes tenían competencia para intervenir en su elección.

Finalmente, adujo que los impedimentos son de carácter objetivo, de manera que aquél que se encuentra en esa situación no está facultado para participar del asunto.

7.1.3. Proceso 2013-0008

El demandante allegó un memorial[32] en el que manifestó que *"el acervo recaudado dentro del expediente confirma los cargos de la demanda signada por mí (…)".*

Seguidamente, señaló que por economía procesal se remitía a las razones expuestas en su demanda.

Igualmente, el demandante solicitó que el presente asunto fuera resuelto por la Sala Plena de esta Corporación, debido a su importancia jurídica.

7.2. El dr. Alejandro Ordóñez Maldonado

El apoderado del dr. Ordóñez Maldonado reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, como se sintetizan a continuación:

- El Senado sí está facultado para reelegir al Procurador, toda vez que no existe prohibición al respecto;

- El procedimiento para ternar al Procurador obedeció a las normas vigentes que rigen la materia, las cuales no establecen un término para hacerlo, y

- Tampoco existe un trámite especial;

- La intervención de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en la postulación y de Senadores en la elección, que tenían familiares laborando en la Procuraduría, o eran investigados por esta, no genera la nulidad de la elección, porque el procedimiento adelantado para negar los impedimentos en uno y otro caso, fue el establecido en el ordenamiento jurídico para ello, de manera que no podían excusarse de cumplir su función, es decir, tenían el deber de participar en la postulación o elección, respectivamente;

- La prohibición del artículo 126 no afecta la elección de aquel que nombra a los familiares de quienes intervinieron en su propia designación, y comoquiera que las inhabilidades son taxativas, no es posible extenderla a estas situaciones;

[32] Folio 1043 Cuaderno 4

- La renuncia de uno de los postulados no genera la nulidad de la elección, máxime cuando, para el caso en estudio, esta no fue debidamente aceptada.

7.3. El Senado de la República

El apoderado del Senado de la República[33] afirmó que se *"ratificaba"* en las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda, para lo cual resaltó que: i) el Senado estudió y resolvió en debida forma los impedimentos y las recusaciones propuestas para la elección del demandado. La decisión de negarlos se fundamentó en que no se encontró que existiera un interés particular y directo para los respectivos senadores; ii) el ingreso a la Procuraduría de familiares de Magistrados y Senadores, que intervinieron en la elección demandada, se presume como consecuencia del mérito, salvo que se demuestre lo contrario, y en el caso concreto no se desvirtúo dicha presunción; finalmente iii) a todos los ternados se les garantizaron sus derechos, pues fueron escuchados en igualdad de condiciones en audiencia pública celebrada el 27 de noviembre de 2012.

8. Respuesta de Sala Plena a la solicitud de asumir el conocimiento de este proceso

Revisada las solicitudes, la Sala Plena, con fundamento en el artículo 271 del CPACA, consideró que en ese estado del proceso, no era necesario asumir el conocimiento del asunto, puesto que no encontró que sobre el punto existiera jurisprudencia por unificar, o criterios encontrados por definir. En ese orden de ideas, negó la petición de avocar su conocimiento[34].

Sostuvo que, en consecuencia, la Sección Quinta, juez natural de la controversia, mantendría la competencia para resolver el asunto debido a que lo que se debate es la legalidad de un acto de elección.

Finalmente, advirtió que contra lo decidido, según los parámetros del artículo 271 del CPACA, no procedía recurso alguno.

9. Integración de la Sala de la Sección Quinta

Agotadas las etapas procesales y audiencias que exige el CPACA, el Consejero Ponente procedió a presentar proyecto de fallo.

La ponencia fue estudiada en sesión del 21 de mayo de 2014, sin que obtuviera la mayoría necesaria para su aprobación, por lo que, mediante auto de esa fecha se ordenó el sorteo de dos conjueces[35].

---

[33] Folios 1071 AL 1077 siguientes Cuaderno 4
[34] Folios 1080 – 1083 Cuaderno 4
[35] Folio 1097 Cuaderno 3

El mencionado sorteo se realizó el 28 de mayo del mismo año y como resultado de este le correspondió actuar como conjueces a los doctores Ricardo Hoyos Duque y Jaime Córdoba Triviño[36].

El doctor Córdoba Triviño, mediante escrito del 5 de junio manifestó encontrarse impedido para conocer de este proceso[37].

Mediante auto de 19 de junio de 2014 la Sala decidió declarar infundado el impedimento presentado por el Conjuez Córdoba Triviño, quedando en definitiva integrada la Sala por los Consejeros: Susana Buitrago Valencia, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Alberto Yepes Barreiro, y los Conjueces: Ricardo Hoyos Duque y Jaime Córdoba Triviño[38].

10. Solicitud presentada por el Magistrado Marco Antonio Velilla Moreno con el fin de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asumiera el conocimiento del caso

El Magistrado Marco Antonio Velilla Moreno, con fundamento en el artículo 37 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y los artículos 111 y 271 del CPACA, que establecen, respecto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la función de resolver los asuntos que remitan las secciones por su **importancia jurídica o trascendencia social,** invitó a la Sala Plena a reconsiderar la decisión de no asumir el conocimiento del presente asunto[39], con fundamento en:

- La elección demandada *"ostenta motivos más que suficientes para considerar que la decisión judicial al respecto es de la mayor trascendencia jurídica y social"* pues el Procurador General de la Nación es el Jefe del Ministerio Público y a este organismo le competen importantes funciones constitucionales de control frente a la Rama Judicial y disciplinarias respecto de los servidores públicos.

- La Sala Plena ha asumido el conocimiento de asuntos relacionados con las sanciones que ha impuesto la Procuraduría General de la Nación por su importancia, nacional, regional o local.

- Resulta más transparente y equitativo *"por la dignidad del funcionario" que se le dé igual tratamiento al que se le dio a los asuntos relacionados con la Fiscalía General de Nación, razones suficientes para propender por la estabilidad y credibilidad institucional".*

Agregó que el sustento de esta petición era distinto al analizado en sesión del 29 de abril de 2014, pues en esa oportunidad se solicitó que se asumiera el

[36] Folio 1107 Cuaderno 4
[37] Folios 1117 y 1118 del Cuaderno 4
[38] Folios 1122 – 1132 del Cuaderno 4
[39] Folios 1144A – 1151 del Cuaderno 4

conocimiento del asunto para *"unificar jurisprudencia",* y no por importancia jurídica o transcendencia social como en esta ocasión.

11. Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asumiera el conocimiento del caso

El martes 15 de julio de 2014, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado accedió a la petición elevada por el Magistrado Marco Antonio Velilla Moreno y asumió, por su importancia jurídica y trascendencia nacional, el estudio del asunto[40].

12. De los impedimentos manifestados y las recusaciones formuladas

En el marco del proceso de la referencia se presentaron varios impedimentos y recusaciones en el siguiente sentido:

12.1. Impedimentos

Los Ex Magistrados Enrique Gil Botero[41], Bertha Lucía Ramírez de Páez[42] y Gustavo Eduardo Gómez Aranguren[43] se declararon impedidos para conocer del proceso de la referencia.

Los Magistrados Danilo Rojas Betancouth[44] y María Elizabeth García[45] manifestaron impedimento, para lo cual invocaron las causales contenidas en el numerales 9º y 11 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso).

Por su parte el Magistrado Hernán Andrade Rincón se declaró impedido con fundamento en la causal consagrada en el numeral 3º del artículo 130 del CPACA[46].

A su vez, la magistrada María Claudia Lasso Rojas se declaró impedida para conocer del asunto de la referencia, para el efecto invocó en primer lugar la causal contenida en el numeral 1º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, la cual posteriormente modificó por la consagrada en el numeral 3º del artículo 130 de CPACA[47].

La Magistrada Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez se declaró impedida, para el efecto invocó en primer lugar la causal contenida en el numeral 1º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, la cual posteriormente modificó por la consagrada en el numeral 3º del artículo 130 de CPACA[48].

---

[40] Folio 1208 Cuaderno 4
[41] Folio 1202 Cuaderno 4
[42] Folios 1203 – 1204 Cuaderno 4
[43] Folio 1199 Cuaderno 4
[44] Folio 1287 – 1289 Cuaderno 5
[45] Folios 1194 – 1197 Cuaderno 4
[46] Folio 1193 Cuaderno 4
[47] Folio 1191 Cuaderno 4
[48] Folio 1199 Cuaderno 4

El Consejero Roberto Augusto Serrato Valdez se declaró impedido de conformidad con la causal contenida en el numeral 9º del artículo 141 del Código General del Proceso[49].

El Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa se declaró impedido conforme a la causal contemplada en el numeral 1º del artículo 141 del Código General del Proceso[50].

El Magistrado Guillermo Sánchez Luque se declaró impedido para conocer el asunto de la referencia por la causal contenida en el numeral 1º del artículo 141 del Código General del Proceso[51].

12.2. Recusaciones formuladas

Los demandantes recusaron a los Magistrados Enrique Gil Botero, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón, Susana Buitrago Valencia y Marco Antonio Velilla Moreno por la causal contenida en el numeral 1º del artículo 141 del Código General del Proceso[52].

La Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez fue recusada, por el apoderado del dr. Ordóñez Maldonado, con base en las causales contenidas en el numeral 1º y 2º del artículo 141 del Código General del Proceso.[53]

El Magistrado Alberto Yepes Barreiro fue recusado, por el apoderado del demandado, con fundamento en las causales contenidas en los numerales 1º y 12 del Código de Procedimiento Civil[54].

13. La decisión respecto de las recusaciones formuladas y los impedimentos manifestados

En lo que concierne a los impedimentos y recusaciones descritos en precedencia la Sala Plena del Consejo de Estado adoptó las siguientes decisiones:

- Mediante auto del 12 de mayo de 2015 la Sala decidió negar la recusación presentada contra el Magistrado Alberto Yepes Barreiro[55].

- Mediante providencia del 23 de junio de 2015 se declaró fundado el impedimento presentado por el Magistrado Danilo Rojas Betancourth y se ordenó su separación del conocimiento del *sub judice*[56].

- En auto del 23 de junio de 2015 se declaró fundado el impedimento manifestado por la Magistrada María Elizabeth García y se ordenó separarla del estudio del asunto[57].

---

[49] Folio 1697 – 1701 Cuaderno 5
[50] Folios 1707 – 1708 Cuaderno 5
[51] Folios 1723 – 1725 Cuaderno 5
[52] Folios 1209 - 1218 Cuaderno 4
[53] Folios 1165 – 1180 Cuaderno 4
[54] Folios 1165 – 1180 Cuaderno 4
[55] Folios 1376 – 1389 Cuaderno 5
[56] Folios 1453 – 1458 Cuaderno 5

- Mediante auto del 23 de junio de 2015 se rechazó la recusación presentada contra la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez por animadversión y se declaró no probada respecto de las demás causales invocadas[58].

- En auto de 25 de agosto de 2015 la Sala Plena del Consejo de Estado se abstuvo de pronunciarse respecto de los impedimentos manifestados por los doctores Enrique Gil Botero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y Bertha Lucía Ramírez de Páez y frente a la recusación presentada respecto de aquellos, y también en contra de los doctores Alfonso Vargas Rincón, Susana Buitrago Valencia y Marco Antonio Velilla, por carencia actual de objeto, debido a que todos los Magistrados en mención se retiraron de la Corporación por vencimiento del período constitucional o por renuncia debidamente presentada y aceptada[59].

- Se declaró fundado el impedimento formulado por el Consejero Roberto Augusto Serrato Valdez mediante auto del 25 de agosto de 2015 y se ordenó separarlo del conocimiento del caso concreto[60].

- En auto del 8 de septiembre de 2015 se declaró infundado el impedimento presentado por Hernán Andrade Rincón[61].

- La Sala declaró fundado el impedimento presentado por el consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa en auto del 22 de septiembre de 2015 y se ordenó su separación del conocimiento del asunto[62].

- A través de auto del 22 de septiembre de 2015 se encontró infundado el impedimento presentado por la doctora María Claudia Rojas Lasso[63].

- Con auto de 13 de Octubre de 2015 la Sala declaró infundado el impedimento manifestado por la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez[64].

- Mediante providencia de 13 de octubre de 2015 la Sala declaró infundado el impedimento manifestado por el Magistrado Guillermo Sánchez Luque[65].

- En proveído de 6 de septiembre del 2016, se declaró infundada la recusación formulada por la parte demandada contra los Magistrados Stella Conto Díaz del Castillo y Alberto Yepes Barreiro.

---

[57] Folios 1447 – 1452 Cuaderno 5
[58] Folios 1436 – 1446 Cuaderno 5
[59] Folios 1734 – 1741 Cuaderno 5
[60] Folios 1742 – 1748 Cuaderno 5
[61] Folios 1749 – 1752 Cuaderno 5
[62] Folios 1803 – 1808 Cuaderno 6
[63] Folios 1799 – 1802 Cuaderno 6
[64] Folios 1986 – 1989 Cuaderno 6
[65] Folios 1990 – 1992 Cuaderno 6

- Por auto de 7 de septiembre de 2016, se declaró infundada la recusación formulada contra la Magistrada Rocío Araujo Oñate.

Así las cosas, la Sala de decisión quedó conformada por los siguientes Consejeros de Estado: María Claudia Rojas Lasso, Guillermo Vargas Ayala, Sandra Lisseth Ibarra, Carmelo Perdomo Cueter, William Hernández Gómez, Gabriel Valbuena Hernández, Martha Nubia Velásquez Rico, Stella Conto Díaz del Castillo, Ramiro Pazos Guerrero, Guillermo Sánchez Luque, Hernán Andrade Rincón, Carlos Alberto Zambrano Barrera, Martha Teresa Briceño de Valencia, Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Alberto Yepes Barreiro, Lucy Jeannette Bermúdez, Rocío Mercedes Araújo Oñate, Carlos Enrique Moreno Rubio y César Palomino Cortés[66].

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. El Acto demandado

Se discute la legalidad de la elección del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, contenida en el **Acta No. 33 del 27 de noviembre de 2012**[67].

Como se explicó arriba, demandantes de los Procesos 2013-00011[68] y 2013-00012[69] solicitaron que junto con el acto de elección se declarara la nulidad del acto mediante el cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia ternó al demandado como candidato al cargo de Procurador General de la Nación.

Como se puede observar, el acto descrito es de aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han denominado de trámite[70], comoquiera que la legalidad de este tipo de actos solo puede estudiarse a través del control al acto definitivo su examen, en este caso, se hará lo propio al estudiar la legalidad del acto de elección contenido en el Acta No. 33 del 27 de noviembre de 2012.

2. Excepciones

En el proceso 2013-00011, el Senado de la República en la contestación de la demanda[71] propuso las excepciones de: (i) inexistencia de vulneración del régimen de recusaciones e impedimentos por conflicto de intereses; (ii) inexistencia de conflicto de intereses cuando el Senado de la República ejerce función electoral; (iii) inexistencia de vulneración del artículo 126 de la Constitución Política; (iv)

---

[66] Es de resaltar que al momento en que se adopta la presente decisión, los consejeros Gerardo Arenas Monsalve, Rafael Vergara Quintero y Olga Mélida Valle de la Hoz, se desvincularon de la Corporación dada la terminación de su período constitucional. Así mismo, se dio el ingreso del doctor Cesar Palomino Cortés, como integrante de la misma.
[67] Folios 145 – 212 Cuaderno 1
[68] Folio 2 Cuaderno 3
[69] Folio 14 Cuaderno 2
[70] En Sentencia T-945 de 2009 se afirmó que los actos de trámite son "*aquellos que no expresan en concreto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que Cuaderno preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo".*
[71] Folios 270 – 321 Cuaderno 3

inexistencia de vulneración de derecho alguno de los candidatos que conformaron la terna y (v) falencias probatorias de la demanda.

En la audiencia inicial, el Consejero Ponente señaló que las excepciones enunciadas correspondían a argumentos que propendían por la legalidad de la elección del cargo de Procurador General de la Nación realizada por el Senado de la República, temas estos que se resolverían en la sentencia debido a que se relacionaban directamente con el fondo del asunto. En este orden, la Sala se pronunciará sobre estos al estudiar los problemas jurídicos que se desprenden de la fijación del litigio efectuada.

3. Pruebas relevantes

Obran en el expediente los siguientes medios de convicción que a juicio de la Sala son relevantes para dar solución a los problemas jurídicos planteados:

- Fotocopia de una página del periódico "*El Tiempo"* de fecha 26 de junio de 1994 en la que se encuentra un aviso que da cuenta de la convocatoria pública hecha por la Corte Suprema de Justicia convocando a la ciudadanía a postularse para conformar la terna de Procurador General en dicho lapso.[72]

- Fotocopia de una página del periódico "*El Espectador"* de fecha 25 de junio de 1994 en la que se encuentra inserto de la convocatoria pública hecha por la Corte Suprema de Justicia a través de la cual se hizo un llamado a la población para postularse a conformar la terna de Procurador General.[73]

- Fotocopia de una página del periódico "*El Espectador*" de fecha 4 de septiembre de 2000 en la que obra la convocatoria pública hecha por la Corte Suprema de Justicia convocando a la ciudadanía a postularse para conformar la terna de Procurador General.[74]

- Fotocopia de una página un periódico, no se precisa el nombre ni la fecha, en la que se encuentra inserto el aviso de la convocatoria pública hecha por la Corte Suprema de Justicia para ternar a una persona como candidato a Procurador General.[75]

- Acta No. 33 de 2012 de la Sesión de la Plenaria del Senado celebrada el 27 de noviembre de 2012 obrante a folios 45 a 112 del expediente 2013-0012.[76]

- Acta de la sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 30 de agosto de 2012.[77]

---

[72] Folio 45 del Cuaderno 1
[73] Folio 46 del Cuaderno 1
[74] Folio 47 del Cuaderno 1
[75] Folio 48 del Cuaderno 1
[76] Dicho documento también se encuentra en los folios 145 a 212 del Cuaderno 1 y a folios 106 a 242 del Expediente 2013-00011

- Copia del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, esto es, del Acuerdo No. 006 de 2002.[78]

- Documentos presentados por quienes conformaban la Corte Suprema de Justicia en el año 2012, en los que se informa si al momento de la postulación efectuada tenían familiares laborando en la Procuraduría General de Nación[79].

- Escrito presentado por la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda en la que afirma que al momento de postular al demandado al cargo de Procurador General de la Nación trabajaba en dicha entidad su sobrina la señora Sandra Lucía Salazar Díaz[80].

- Hoja de vida de la señora Sandra Lucía Salazar Díaz remitida por la Procuraduría General de la Nación[81].

- Documento en el cual el Magistrado Jorge Mauricio Burgos afirma que su cónyuge, Doris del Socorro Noreña Flórez, para la época de la elección se desempeñaba como como Procuradora Judicial II.[82]

- Hoja de vida de la señora Doris del Socorro Noreña Florez remitida por el Ministerio Público[83].

- Escrito en el cual el Magistrado Javier Zapata Díaz afirma que en la Procuraduría General de la Nación trabaja la señora Olga Lucía Cadavid Castro como profesional grado 17 con quien está emparentado en el 2º grado de afinidad[84].

- Hoja de vida de la señora Olga Lucía Cadavid Castro remitida por el Ministerio Público suscrita el 29 de agosto de 2011[85].

- Certificación de 20 de mayo de 2013, suscrita por el jefe de la división de gestión humana de la Procuraduría General de la Nación, donde consta que la Dra. Olga Lucía Cadavid Castro, identificada con la cédula de ciudadanía número. 43.086 238 de Medellín, **se encuentra vinculada a esta entidad desde el día 5 de septiembre de 2011** y en la actualidad ocupa el cargo de profes. universitario grado 17, código 3PU-17, en la seccional de investigaciones especiales Antioquia con sede en Medellín, **en provisionalidad[86].**

---

[77] Visible a folios 49 a 55 del Cuaderno 1 y 61 a 6 del Cuaderno 3.
[78] Folios 2 a 36 del Cuaderno 1
[79] Ver folios 681 al 690 del Cuaderno 3, y folios 860 al 896 del Cuaderno 4.
[80] Folio 682 Cuaderno 3
[81] Folios 993-995 Cuaderno 3
[82] Folio 682 cuaderno principal
[83] Folios 996 – 998 Cuaderno 3
[84] Folio 778 Cuaderno 3
[85] Folios 1002 – 10005 Cuaderno 3
[86] Folio 477 del Cuaderno 3

- Hoja de vida de la señora Ana Josefa Velasco de Bustos, esposa del Magistrado José Leónidas Bustos en la Procuraduría General de la Nación[87].

- Nombramiento hecho por el señor Alejandro Ordóñez Maldonado, en calidad de Procurador General de la Nación, en el cual designó a Ana Josefa Velasco de Bustos como Procuradora Judicial II 134 Administrativa de Bogotá[88].

- Fotocopia de la manifestación de impedimentos manifestados por los senadores Jesús Ignacio García Valencia, Carlos Ferro Solanilla, Manuel Guillermo Mora, Jaime Enrique Durán, Jorge Hernando Pedraza, José Francisco Herrera, Miriam Paredes Aguirre y Félix José Valavera[89].

- Renuncia de la Dra. María Mercedes López a su candidatura[90].

4. Fijación del litigio

Los problemas jurídicos que fueron definidos en la fijación del litigio[91] son los siguientes:

1. Si el doctor Ordóñez Maldonado no podía ser reelegido Procurador General de la Nación, según el **artículo 126 de la Constitución Política**. Aspecto que incluye el análisis de la postulación.

2. Si el Senado de la República tenía **competencia** para reelegir al Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, en razón a que no existe norma expresa que así lo autorice.

3. Si la **renuncia** de uno de los postulados o de los candidatos a la terna de Procurador General de la Nación conllevaría a su **desintegración** y por ende, a la nulidad de la elección del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado que se produjo sin la recomposición de la misma.

4. Si el **procedimiento** para la postulación al cargo de Procurador General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia **es discrecional o reglado**, y si existe una regla temporal para que los órganos constitucionalmente llamados a realizar la postulación para ese cargo la lleven a cabo.

5. **Si la Corte Suprema de Justicia utilizó el procedimiento adecuado** para postular al Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado al cargo de Procurador General de la Nación.

---

[87] Cuaderno de pruebas
[88] Folio 180 Cuaderno de pruebas
[89] Folios 903 – 911 Cuaderno 3
[90] Folios 683 – 684 Cuaderno 3
[91] Folio 638 Cuaderno 3

6. Si la **intervención de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la postulación, y de Senadores de la República**, en la designación, que tenían familiares laborando en la Procuraduría General de la Nación, o se hallaban investigados por ella, **generaría la nulidad de la elección del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.**

III. ESTUDIO DE LOS CARGOS

I. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 126 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA CON EL ACTO DE POSTULACIÓN A ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CON EL ACTO DE ELECCIÓN PROFERIDO POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA

El tema a unificar en éste acápite es la interpretación y forma de aplicación del artículo 126, segunda parte del texto original de la Constitución Política de 1991.

1. Descripción del cargo presentado en la demanda correspondiente al Proceso 2013-00011

Los demandantes de los **Procesos 2013-00011** y **2013-00012** solicitaron que junto con el acto de elección se declarara la nulidad del acto mediante el cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia postuló al demandado como candidato al cargo de Procurador General de la Nación.

El acto de postulación descrito es de aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han denominado preparatorios, comoquiera que la legalidad de este tipo de actos sólo puede estudiarse a través del control al acto definitivo. Por tanto, su examen se hará al estudiar la legalidad del acto de elección contenido en el Acta No. 33 del 27 de noviembre de 2012.

Este aspecto fue propuesto como el segundo de los cargos del expediente 2013-00011.

Para los **demandantes**, el Senado de la República y la Corte Suprema de Justicia violaron el artículo 126 de la Constitución al elegir y postular -respectivamente- al demandado como Procurador General de la Nación, toda vez que estos tenían vínculos familiares con personas que laboraban en la Procuraduría.

Indican que en virtud del artículo 126 de la Constitución Política el dr. Alejandro Ordóñez Maldonado se encontraba inhabilitado para ser reelegido como Procurador General de la Nación, porque él mismo en esa calidad nombró a familiares de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Senado, estos es, de funcionarios competentes para intervenir en su designación afectando los principios de transparencia, moralidad administrativa, imparcialidad, igualdad y eficacia de la Administración Pública, que el artículo 126 busca proteger**.**

Sustentan el cargo manifestando que dicha norma es aplicable especialmente a los casos en los cuales un servidor público busca ser reelegido en el cargo, o ser elegido en un cargo distinto. Mencionan que Alejandro Ordóñez violó la prohibición del artículo 126 de la Constitución y por lo tanto quedó inhabilitado para ser reelegido, pues al hacer los nombramientos, con el solo hecho de hacerlos, estaba ya ejerciendo presión sobre las personas competentes para intervenir en su designación.

En este caso, sostienen que la interpretación que resulta ser más favorable a la finalidad del artículo 126 de la Carta es aquella que deriva la inhabilidad de ser reelegido en el cargo a aquellos servidores públicos que nombren a familiares de personas que intervienen en su reelección, por dos razones. *Primero,* porque es la que más protege los principios de transparencia, imparcialidad, moralidad y eficacia en la Administración Pública. *Segundo*, porque esta inhabilidad no lesiona los derechos de los servidores públicos, pues: i) no representa una inhabilidad general para ocupar cargos públicos, sino una inhabilidad particular, aplicable sólo para aquellos cargos en cuya elección intervienen familiares de quienes nombró, ii) ya existe una prohibición constitucional para servidores públicos de nombrar a familiares de quienes intervienen en su designación.

Los demandantes aseveraron que el Procurador usó su facultad discrecional para nombrar a funcionarios con la finalidad de beneficiar en el acceso a cargos públicos a los familiares de las personas competentes que intervendrían en su designación, específicamente a los familiares de los Magistrados Javier Zapata Ortiz, Jorge Mauricio Burgos Ruíz y Ruth Marina Díaz, resaltando que la postulación es un acto indispensable para la elección[92].

Según los demandantes, con la postulación del demandado, los Magistrados intervenían indirectamente en el nombramiento de sus familiares, "…teniendo en cuenta que se trata de cargos de libre nombramiento y remoción (sic)…", razón por la cual tenían un interés específico en que el doctor Ordóñez se mantuviera en la Procuraduría.

Señalaron que después de su reelección el Procurador General de la Nación mantuvo en sus cargos a los familiares de los Magistrados que lo postularon, lo cual es equivalente a haberlos nombrado, pues es un nombramiento por interpuesta persona.

En los alegatos, los demandantes adujeron que *"al haber nombrado a familiares de quienes eran competentes para su reelección, Alejandro Ordóñez violó la prohibición del artículo 126 de la Constitución y por tanto quedó inhabilitado para ser reelegido, pues al hacer los nombramientos, con el solo hecho de hacerlos, estaba ejerciendo presión sobre las personas competentes para intervenir en su designación".*

[92] Folio 40, cuaderno 3

A su juicio, la violación de la Constitución por parte del Procurador General afecta la legalidad y constitucionalidad de su segunda elección; por cuanto uno de los efectos de la violación del artículo 126 de la Constitución consiste en que se genera una prohibición especial para su infractor.

En suma, para la parte actora, hubo vulneración del artículo 126, de un lado, porque los Senadores de la República eligieron al demandado pese a que tenían familiares trabajando en la Procuraduría General de la Nación y, de otro, porque el Procurador General no solo nombró a los familiares de aquellos que intervinieron en su designación, sino que no los retiró del servicio, pudiendo hacerlo, inhabilitando por tanto a los Senadores y Magistrados competentes para intervenir en su designación.

El **apoderado del Procurador,** en relación con este cargo, argumentó en la contestación de la demanda[93] y en sus alegatos de conclusión[94] que la norma constitucional señalada no contempla una inhabilidad para asumir una dignidad pública, sino que se ocupa de *"regular una prohibición de efectuar nombramientos".* Agregó que las únicas inhabilidades que establece la norma aludida se refieren a los casos en los cuales ha sido condenado por delitos que afecten el patrimonio del Estado, e igualmente para quien haya dado lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial.

Manifestó que el artículo 279 de la Constitución estableció una reserva de ley atinente al sistema de ingreso a la Procuraduría General de la Nación. En desarrollo de esta facultad, el Decreto Ley 262 de 2000 en sus artículos 4º y 85 señala las causales de inhabilidad para ejercer como Procurador y ninguna de ellas hace referencia a la expresada por los demandantes.

El **Senado de la República**[95], por su parte, en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión[96], señaló que no se precisó o demostró si tales nombramientos son en cargos de libre nombramiento o remoción o por el contrario si se trataba de cargos de carrera administrativa, indicó que tampoco se aportaron documentos con los que se demostrara que los funcionarios nombrados no cumplían con los requisitos para ocupar los cargos. Igualmente, adujeron que los nombramientos a los que se hace referencia se realizaron con posterioridad o con anterioridad a las decisiones tomadas por las entidades que participaron en la designación y elección del Procurador General de la Nación.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si con la postulación y posterior reelección del Dr. Ordóñez Maldonado se transgredió el artículo 126 Superior.

2. Fijación del litigio

El problema jurídico relacionado con el cargo anteriormente descrito, **determinado en la audiencia inicial y** frente al cual se fijó el litigio, fue:

---

[93] Folio 501 a 506, cuaderno 3
[94] Folio 1064 al 1069, cuaderno 4
[95] Folio 314, cuaderno 3
[96] Folio 1075, cuaderno 4

- Si el doctor Ordóñez Maldonado no podía ser reelegido Procurador General de la Nación, según el artículo 126 de la Constitución Política. Aspecto que incluye el análisis de la postulación.

Para resolver dicho problema jurídico y por efectos de orden se estudiará, en primer lugar, el alcance y finalidad de la norma constitucional y posteriormente, el caso concreto.

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

3.1. Alcance del artículo 126 constitucional

Corresponde analizar el alcance normativo que tiene dicha disposición, cuestión que no es nueva para esta Corporación, toda vez que ya la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencias de unificación de jurisprudencia[97], había abordado el asunto.

En esta ocasión, la Sala reitera los presupuestos axiológicos y normativos expuestos en dichas providencias de unificación, orientados a preservar los valores democráticos de participación, en condiciones de igualdad, responsabilidad y transparencia, toda vez que las pautas que allí se fijaron constituyen precedente a la luz de los artículos 10, 111, inciso 3 y 271 de la ley 1437 de 2011.

Sea lo primero advertir que uno de los ejes y fundamentos principales sobre los cuales se cimentó la Constitución Política de 1991 fue el de evitar y eliminar del ordenamiento jurídico colombiano fenómenos como el nepotismo[98] y el clientelismo[99], pues el cambio constitucional tenía como objetivo propender por un sistema más democrático y transparente en el cual el acceso a los diferentes cargos del Estado, se hiciera no sólo en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos, sino que además permitiera una transformación radical para dejar de lado los favoritismos e incentivar que en la función pública prevalecieran valores como el mérito, la transparencia y la igualdad.[100]

Así pues, con el firme propósito de erradicar el nepotismo, el clientelismo y cualquier otra forma de favoritismo en el acceso a los cargos públicos, el

---

[97] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación jurisprudencial del 15 de julio de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00006-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo

[98] En términos sencillos la DRAE define este fenómeno como la desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos.

[99] Con base en las posturas de Foster (1961: 1173-1192), Legg and Lemarchand (1972: 149-178), Landé (1973: 103-127), Schmidt, Guasti, Landé and Scott (1977: 13-20) el profesor Jorge Agudelo Cruz, define el clientelismo *" como aquellas relaciones informales de intercambio recíproco y mutuamente benéfico de favores entre dos sujetos, basadas en una amistad instrumental, desigualdad, diferencia de poder y control de recursos, en las que existe un patrón y un cliente: el patrón proporciona bienes materiales, protección y acceso a recursos diversos y el cliente ofrece a cambio servicios personales, lealtad, apoyo político o votos."*

[100] Un ejemplo de ello se encuentra en la Gaceta Constitucional No 49 de 13 de abril de 1991 en la que en el marco de la discusión del articulado del 126 se estableció "*La lucha contra el clientelismo no puede ser asumida solo como una cruzada de rescate moral de la actividad política, que de ello tiene mucho, sino que demanda ser concebida fundamentalmente como una empresa de regeneración radical de las instituciones en cuanto tales".*

constituyente erigió una disposición tendiente a eliminar dichas prácticas, la cual en su tenor original[101] establecía:

> *"Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.* ***Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.*** *Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos"* (Negrilla fuera de texto).

La disposición transcrita contiene diversos mandatos en cuanto a las actuaciones que se encuentran prohibidas a los servidores públicos. En efecto, el artículo 126 Superior **proscribe tres eventos distintos de clientelismo, nepotismo e intercambio de favores,** los cuales se sintetizan de la siguiente manera:

Primero. La norma Superior prohíbe al funcionario ejercer la potestad nominadora, atribuida por la Constitución y la ley, para designar a los parientes de los servidores públicos**.** En concreto, esto significa que quienes tienen potestad de nominación no pueden nombrar, elegir, postular y/o, en general, designar a personas con quienes tengan vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. La prohibición expuesta impide que el poder se concentre en algunos pocos y que se repliquen dinastías familiares en los cargos públicos, ya que su finalidad es claramente evitar el nepotismo.

El alcance de dicho inciso se fijó en las sentencias de unificación antes referidas, que precisaron que se trata de una circunstancia de tipo objetivo, cuya teleología en el sistema constitucional implica igualmente que los servidores públicos no pueden designar a personas que hayan intervenido, a su turno, en su designación, ni que se encuentren en los grados de parentesco referidos con éstos.

Tal prohibición, dada su finalidad, cobija igualmente la situación de quien ocupando un cargo ha designado parientes –en los grados indicados– de los integrantes de las Corporaciones que deben intervenir en su designación para un nuevo período en el mismo cargo. La situación objetiva descrita impedía esa designación, porque implica la transgresión de esa prohibición y, por ende. Esa prohibición apareja la nulidad del acto electoral por contrariar los presupuestos axiológicos que informan el artículo 126 constitucional. En otras palabras, que estaba prohibido el *"yo te elijo, tú me eliges*".

Segundo. El artículo 126 Superior proscribe que los servidores públicos con poder de nominación, **designen** a **los familiares,** en los grados descritos en la norma, **de las personas que tuvieron competencia para intervenir directamente en**

[101] Dicho artículo fue modificado por el Acto Legislativo No.02 de 2015.

su designación. Se trata, entonces, de una prohibición expresa contenida en la literalidad de la norma respecto de la cual no es necesario adelantar ningún ejercicio interpretativo o de complementación, contrario a lo que ocurre con el tercero de los escenarios que prevé la norma objeto de análisis.

Esto significa que, en ningún evento, un funcionario podrá ejercer su potestad nominadora para **designar** (postular, nombrar, elegir, participar, intervenir) a los parientes de aquellos que tuvieron competencia para participar en su propia designación o que efectivamente intervinieron en la misma.

La **expresión designar,** empleada en la segunda de sus acepciones -Diccionario de la Lengua Española- significa *"señalar o destinar a alguien o algo para determinado fin".* Tal circunstancia resulta del todo relevante pues, su amplitud impone concluir que cobija, dentro de los escenarios que la norma proscribe, **la postulación, nombramiento y la elección y no sólo la última de estas expresiones.**

En efecto, desde los antecedentes de la propia Asamblea Nacional Constituyente se tiene que esa Corporación utilizó el vocablo designar, por ser la expresión más amplia, de tal manera que al no querer los constituyentes caer en demasiado reglamentarismo emplearon el verbo designar, que comprende verbos como: nombrar, postular, elegir, intervenir o participar en la designación para incluir cualquier tipo de señalamiento de alguien[102].

Señalaron textualmente los constituyentes: *"la incomptabilibilidad **debe extenderse** hasta el cuarto grado civil de consanguinidad, los primos, y **en relación con las postulaciones** (…)"[103].* También expresaron la necesidad de incluir no sólo el nombramiento de empleados sino de la facultad para *"concurrir a su elección"[104].*

En este aspecto los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente[105] resultan, por decir lo menos, ilustrativos en su intención diáfana de *"desnepotizar la Administración Pública o el Servicio Público" al "impedir que las familias se tomen los empleos."*

En palabras de los Constituyentes *"Aquí buscamos evitar que los funcionarios que ejercen la autoridad comiencen a nombrar a sus familiares o a los familiares de quienes participaron* [de la designación] *de ese funcionario".*

---

[102] Informe de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el Servidor Público de fecha 22 de mayo de 1991. Pág. 58. Es ilustrativa la precisión que pretende el Miembro de la Asamblea Nacional constituyente Dr. Jaime Castro cuando señala: *"No sé hasta qué punto podamos rescatar de esos artículos el principio y permitir que con posterioridad la ley los desarrolle, uno para no caer en el excesivo reglamentarismo y dos para que no se nos vayan a escapar algunas prácticas de las que queremos corregir con la filosofía que encierran esos dos artículos"*

[103] Informe de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el Servidor Público de fecha 22 de mayo de 1991. Pág. 79. Dijo Horacio Serpa: *"… sobre el artículo 12, que lucha contra las dinastías políticas en el accionar partidista y en la función pública, estoy de acuerdo con los argumentos según los cuales la incompatibilidad debe extenderse hasta el cuarto grado civil de consanguinidad, los primos, y en relación con las postulaciones, con las aspiraciones a las corporaciones públicas, en fin, considero que si de alguna manera pueda nadie considerar que estoy litigando en causa propia…"*

[104] Informe de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el Servidor Público de fecha 30 de mayo de 1991. Pág. 27. El Dr. Yepes Arcila defendió la expresión para concurrir a su elección en corporaciones públicas"

[105] Cfr. Entre otros: (i) Informe de Ponencia sobre el Servidor Público de los doctores Carlos Lleras de la Fuente y Abel Rodríguez, (ii) Informe de la Sesión Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de los días 21, 22 y 30 de mayo de 1991 sobre el Servidor Público

En suma, sin lugar a dudas se puede concluir que *"la norma [artículo 126] busca erradicar, no sólo el favoritismo familiar, sino todo el que pueda comprometer la imparcialidad de los funcionarios que intervienen en la elección o, lo que es lo mismo, empañar una actuación que debe asegurar condiciones de igualdad en el acceso y, al paso, garantizar transparencia y objetividad."*[106]

Tercero. La norma en cita impide que un servidor público nombre, postule, elija o, en general, designe a **la persona o a sus parientes competentes para designarlo** en el cargo en el cual ahora detenta el poder de nominación.

Esta limitación fue ampliamente explicada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencias del 15 de julio de 2014[107] y del 11 de noviembre de ese mismo año[108], en las que se fijaron las siguientes reglas:

> *"Si la nueva redacción no explicitó lo obvio, esto es, que un servidor público no puede utilizar su poder de designación para beneficiar o agradecer a aquellos que lo nombraron en su cargo, lo cierto tiene que ver con que, leída la norma a la luz de los preceptos constitucionales, no cabe sino concluir la presencia de esta salvaguarda. Lo contrario, esto es, admitir que una norma constitucional cuya finalidad consiste en garantizar transparencia y en evitar el tráfico de favores se opone al nombramiento de los parientes del nombrado, pero acepta que éste sea designado por quien él mismo ayudó a elegir, sería absurdo. Precisamente esta última conducta es a toda luz la más lesiva.*
> *(…)*
> *El análisis de la norma, a la luz del conjunto de preceptos constitucionales, permitiría concluir que si designar al familiar, al cónyuge o compañero (a) permanente es reprochable, lo es porque genera los mismos vicios que designar al propio servidor público. En consecuencia, no habría razón para sostener que la norma autoriza que un servidor público intervenga en la elección de una persona gracias a la cual está ocupando el cargo."* [109]

Específicamente el Consejo de Estado, en decisión del 15 de julio del 2014 determinó con toda claridad respecto a la prohibición de elegir, nombrar o designar a la persona que lo eligió, nombró o designó que:

> *"Las restricciones impuestas a la competencia para elegir, previstas en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– no se limitan a los vínculos de*

---

[106] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Demando: Pedro Octavio Munar Cadena
[107] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15de julio de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00006-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo.
[108] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo.
[109] ibídem

consanguinidad, maritales o de unión permanente, entre elector y aspirante. Incluyen la condición de este último de elector del primero, pues, de no ser ello así, el conflicto de intereses de un posible "yo te elijo tú me eliges" i) atenta contra el ejercicio desconcentrado del poder público; ii) genera conflicto de intereses y se presta para clientelismo; iv) afecta el principio de transparencia, v) pone en tela de juicio la imparcialidad y vi) quebranta el derecho de acceder a los empleos públicos en condiciones de mérito, igualdad y equidad. Desconociendo en un todo los artículos 126, 209 y 255 constitucionales."

Lo anterior, no sólo porque los principios de moralidad, transparencia e igualdad impiden y repelen cualquier forma de concentración del poder en unos cuantos, sino porque, como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, además propenden para que el acceso a la función pública no sea consecuencia de prácticas nepotistas o clientelistas.

Es claro que el artículo 126 Superior, como todos los postulados contenidos en la Constitución, es plenamente vinculante para todos los poderes públicos, sin que haya argumento que pueda excusar o mitigar su transgresión, pues en todo caso prima la finalidad pretendida por el constituyente al consagrar la prohibición.

Resulta indispensable precisar, como lo hizo la Corporación en las sentencias de unificación del 15 de julio de 2014 y 11 de noviembre de ese mismo año, que en esta oportunidad se reiteran, que el artículo 126 es **una norma que fija límites y restricciones al actuar de los servidores públicos, entendiendo que en la función pública "*no todo vale".***

Esta norma, valga decirlo desde ahora, no establece limitación alguna de tipo temporal para efectos de la materialización de la prohibición, así como tampoco estableció restricción en tal sentido la jurisprudencia de esta Corporación; por ello, **es irrelevante, a efectos de la configuración de la prohibición del artículo 126 Constitucional, si los nombramientos acaecieron antes o después de la postulación del señor Procurador**.

Así lo consideró la Sala Plena del Consejo de Estado cuando determinó: *"(…) No todo vale a la luz de la Constitución; no puede generarse la impresión de que, en aras del pluralismo, cualquier postura resulta admisible. La coherencia del orden constitucional la impone el conjunto de sus preceptos. Por consiguiente, si es cierto que la Constitución de 1991 se abre al pluralismo, precisamente para garantizar éste y otros bienes constitucionalmente tutelados, ella se cierra en aspectos cruciales, de modo que -se insiste- no todo vale cuando se trata de materializar los preceptos jurídicos, incluso, aquellos contemplados por el propio texto constitucional."* [110]

[110] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Demandado: Pedro Octavio Munar Cadena.

En consecuencia, la disposición constitucional busca **erradicar ciertas prácticas de la función electoral (postulación y elección) de la que gozan algunos servidores. Se trata de una prohibición inhabilitante, objetiva, que configurada, acarrea la nulidad del acto electoral** expedido con desconocimiento de dichas proscripciones, sin que sea oponible el derecho a elegir y ser elegido o el acceso igualitario a los cargos públicos del que goza el dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, pues la elección que se profiera con desconocimiento de la disposición constitucional es nula de pleno derecho.

De lo hasta acá expuesto puede, válidamente, concluirse que: (i) el artículo 126 de la Constitución Política contiene una prohibición inhabilitante, (ii) la norma superior no contiene restricción alguna de tipo temporal, y (iii) su materialización responde a circunstancia de tipo objetivo.

En otras palabras, del artículo 126 de la Carta Política pueden inferirse estas reglas:

a. Prohibición de nombrar a los familiares en los grados previstos en la norma.

b. Prohibición del "yo te elijo, tú me eliges", pues está proscrito al servidor público, directamente o por indirecta persona nombrar, elegir, designar, postular a los familiares de aquellas personas que lo eligió, nombró, postuló o designó.

c. Prohibición de "tu nombras a mis familiares, luego yo te nombro, designo, postulo o elijo"

Está prohibido al servidor público directamente o por interpuesta persona designar, postular, nombrar, elegir a quien con anterioridad o posterioridad lo designó, nombró, eligió o postuló a sus parientes en los grados referidos en la norma.

Esas reglas, naturalmente, se extraen desde la perspectiva gramatical, histórica y teleológica del artículo 126 primigenio, como del modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2015, ya que es claro que su propósito primordial fue y es el de erradicar del ámbito estatal ese *"intercambio*" recíproco de favores que caracteriza al clientelismo y/o el favorecimiento a los parientes que caracteriza al nepotismo[111]. En otras palabras, se buscó evitar la transacción de cuotas personales como determinantes en el acceso a los cargos públicos.

3.2. Análisis del caso concreto

[111] La Sala Plena del Consejo de Estado al estudiar la interpretación del artículo 126, en sentencia del 11 de noviembre de 2014, radicado 11000-03-28-000-2013-00015-00 afirmó que su propósito no solo fue proscribir el nepotismo, sino también cualquier fenómeno que afectara la transparencia de la elección. De manera expresa se precisó: "*Empero, parece lógico que este precepto no se podría interpretar únicamente a la luz del nepotismo. No sería dable pensar que lo único que está acá en cuestión son las relaciones familiares o colaterales. Hacer esa lectura pasaría por alto que la norma busca erradicar, no sólo el favoritismo familiar, sino todo el que pueda comprometer la imparcialidad de los funcionarios que intervienen en la elección o, lo que es lo mismo, empañar una actuación que debe asegurar condiciones de igualdad en el acceso y, al paso, garantizar transparencia y objetividad. Esto se puede ver en el segundo inciso, pues, además de impedírsele al servidor público designar a sus propios familiares, también se le impide nombrar a los familiares de otro".*

Como la norma aplicable y vigente al momento de postularse y elegirse al demandado no había sido modificada aún por la reciente reforma constitucional de 2015, **el análisis del cargo propuesto se orientará por los parámetros de la norma constitucional original, es decir, por la disposición vigente al momento de la postulación y posterior reelección del demandado.**

3.2.1. En el Senado de la República

Para los demandantes se configuró violación del artículo 126, porque 8 Senadores tenían familiares trabajando en la Procuraduría General de la Nación.

Sin embargo, no es posible para esta Sala analizar si se materializó o no la prohibición aludida, debido a que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan determinar si en efecto, el demandado designó a los parientes de las personas que tenían competencia para intervenir en su designación.

Ciertamente, en el expediente únicamente se encuentra copia de los impedimentos manifestados por los senadores Jesús Ignacio García Valencia, Carlos Ferro Solanilla, Manuel Guillermo Mora, Jaime Enrique Duran, Jorge Hernando Pedraza, José Francisco Herrera, Miriam Paredes Aguirre y Félix José Valavera[112] en los cuales se afirma que tienen familiares trabajando en el Ministerio Público, pero aquellos fueron redactados de forma escueta y vaga, de manera que de ellos no puede deducirse en algunos casos el grado de parentesco existente entre el Senador que manifestó impedimento y el designado ni en otras ocasiones la fecha de su nombramiento o si el cargo que ocupa el funcionario es de carrera o de libre nombramiento y remoción, elementos imprescindibles para determinar si se materializó o no la prohibición del artículo 126 de la Carta.

En efecto, de la prueba documental obrante en el expediente sólo se pudo extraer la siguiente información relevante:

Contenido	Senador	Folio
Informó que desde hace más de 11 años trabaja en la Procuraduría General de la Nación su esposa.	Jesús Ignacio García Valencia	903
Señaló que tenía un familiar en el 4º grado de consanguinidad en el ente de control desde el año 2009, pero no precisa si el cargo es de carrera o de libre nombramiento y remoción	Carlos Ferro Solanilla	904
Adujo que tenía un familiar	Manuel Guillermo Mora	905

[112] Folios 903 a 911 del Cuaderno 1 A

en la Procuraduría. No preciso el vínculo con su pariente.		
Argumentó que tenía dos familiares en el ente de control, los cuales estaban en el 4º y 2º grado de consanguinidad.	Jaime Enrique Duran	906
Manifestó que tenía un familiar en el 4º grado de consanguinidad, pero que aquel ingresó a la Procuraduría por carrera.	Jorge Hernando Pedraza	907
Señaló su pariente en el 2º grado de consanguinidad estaba en el ente de control en un cargo de libre nombramiento y remoción.	José Francisco Herrera	908
Afirmó que su pariente en el 1º grado civil, Viviana Rodríguez Robledo, trabajaba en el Procuraduría	Miriam Paredes Aguirre	909
Argumentó que tenía en el ente de control un familiar en el 4º grado de consanguinidad	Félix José Valavera	910-911

Así las cosas, es claro para la Sala que la irregularidad atribuida, desde este cargo, al Senado de la República, no se encuentra suficientemente probada ya que en el expediente no se cuenta con los elementos que permitan determinar al juez si en efecto se vulneró el artículo 126 Constitucional, **por cuanto perfectamente podía pasar, que el familiar del Senador ocupara su cargo en carrera o estuviese por fuera de los grados que restringe la norma, eventos en los cuales no se desconocería la prohibición en estudio**, requiriéndose certeza sobre la incursión en la prohibición**.**

Desde esta perspectiva se tiene que los demandantes no cumplieron con la carga probatoria necesaria para la demostración del cargo propuesto, no obstante, como pasará a explicarse, ello sí se demostró en relación con lo ocurrido en la Corte Suprema de Justicia.

3.2.2. Corte Suprema de Justicia

Cosa distinta ocurre en la entidad postulante, escenario en el que la Sala encuentra que, sin ninguna duda, se vulneró el artículo 126 Superior, toda vez que está plenamente acreditado en el proceso que el Procurador General de la Nación

designó a los familiares de personas competentes para intervenir en su postulación, con lo cual se inhabilitó, como a continuación se estudia:

(i) **Facultad nominadora del Procurador General de la Nación:** Tal y como se desprende del artículo 278.6 de la Constitución Política, así como del Decreto Ley 262 de 2000, el Procurador General de la Nación ejercerá directamente la función de: *"6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia".*

Sobre el punto resulta absolutamente relevante poner de presente que el Decreto Ley 262 de 2000 y las sentencias C-401, 402 y 409, todas de 2001, han explicado que la planta de la Procuraduría General de la Nación es global y que: *"con fundamento en los artículos 278-6 y 279 de la Constitución ha afirmado la competencia de la ley para la determinación de la estructura de la Procuraduría y la creación, fusión y supresión de empleos.* ***Y que a partir de ese ejercicio el Procurador realice la correspondiente provisión".***

La excepción que establece la Constitución se refiere a la naturaleza del cargo a través de un concurso de méritos.

La competencia nominadora del señor Procurador General de la Nación persiste en aquellos eventos en los que sea necesario proveer un cargo de carrera, bajo la modalidad de provisionalidad. Así se deprende del artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000[113].

(ii) Competencia de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia para intervenir en la designación del demandado: Es claro según el artículo 276 de la Constitución que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia tienen potestad para intervenir en la designación del Procurador General de la Nación.

En efecto, los miembros de esa Corporación tienen el deber constitucional de concurrir conjuntamente con el Presidente de la República y el Consejo de Estado a la postulación, de forma tal que intervienen directamente en la formación del acto de elección del Procurador General de la Nación, pues sólo en el evento en que los competentes para postular concurran a designar candidatos se entenderá

---

[113] Dicha disposición señala lo siguiente: "Artículo 185. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.
Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.
El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.
El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.
Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.
PARAGRAFO. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1o. de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000. Las sentencias C-077 de 2004 y C-785 de 2005, en las que los apartes subrayados fueron declarados exequibles.

conformada la terna respecto de la cual el Senado de la República ejercerá su función electoral.

Así las cosas, no cabe duda de que los Magistrados de la Corte Suprema tenían competencia para intervenir en la designación del dr. Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación.

(iii) Nombramiento de parientes de los competentes para intervenir en la designación: Para afirmar que se materializó la prohibición es necesario acreditar, además, que el dr. Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación designó a los parientes en los grados establecidos en la norma de quienes eran competentes para intervenir en su designación. Al respecto obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

- Escrito presentado por la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda en el que afirma que al momento de postular al demandado al cargo de Procurador General de la Nación trabajaba en dicha entidad su sobrina la señora Sandra Lucía Salazar Díaz[114].

- Hoja de vida de la señora Sandra Lucía Salazar Díaz en la Procuraduría General de la Nación[115].

- Decreto 2132 del 1º de junio de 2012[116] a través del cual se efectuó el nombramiento de la sobrina de la Magistrada en el ente de control, por la Procuradora General (E), para un cargo de libre nombramiento y remoción.

- En el folio 682[117] obra documento en el cual el Magistrado Jorge Mauricio Burgos afirma que su cónyuge, Doris del Socorro Noreña Flórez, para la época de la elección se desempeñaba como como Procuradora Judicial II.

- Hoja de vida de la señora Doris del Socorro Noreña Flórez en el Ministerio Público[118].

- Escrito en el cual el Magistrado Javier Zapata Díaz afirma que en la Procuraduría General de la Nación trabaja la señora Olga Lucía Cadavid Castro como profesional grado 17 con quien está emparentando en el 2º grado de afinidad[119].

- Hoja de vida de la señora Olga Lucía Cadavid Castro en el Ministerio Público, la cual está firmada el 29 de agosto de 2011. (fls. 1002-1005)

---

[114] Folio 681, Cuaderno 3.
[115] Folios 993 a 995, cuaderno 4.
[116] Disponible en http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/06-2013.pdf
[117] Cuaderno 3.
[118] Folios 996 a 1001 cuaderno 4.
[119] Folios 777 y 778 del cuaderno 3.

- Hoja de vida de la señora Ana Josefa Velasco de Bustos, esposa del Magistrado José Leonidas Bustos[120].

- Nombramiento efectuado por el dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, en calidad de Procurador General de la Nación, de Ana Josefa Velasco de Bustos como Procuradora Judicial II 134 Administrativa de Bogotá[121].

- Certificación del 20 de mayo de 2013, suscrita por el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, donde consta que la dra. Olga Lucía Cadavid Castro, identificada con la cédula de ciudadanía número. 43.086 238 de Medellín, **se encuentra vinculada a esta entidad desde el 5 de septiembre de 2011** y en la actualidad ocupa el cargo de profesional universitario grado 17, código 3pu-17, en la seccional investigaciones especiales de Antioquia con sede en Medellín, **en provisionalidad[122].**

Del análisis del material probatorio y del marco normativo esbozado, para la Sala es claro que incurre en la prohibición el señor Procurador General de la Nación por desconocer los parámetros constitucionales contenidos en el artículo 126 Superior.

a) El nombramiento de la pariente de la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda

Como se anotó, para acreditar la violación al artículo constitucional señalado se encuentra: i) escrito presentado por la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda en la que afirma que al momento de postular al demandado al cargo de Procurador General de la Nación trabajaba en dicha entidad su sobrina la señora Sandra Lucía Salazar Díaz[123], ii) hoja de vida de la señora Sandra Lucía Salazar Díaz en la Procuraduría General de la Nación[124] y iii) Decreto 2132 del 1º de junio de 2012[125] a través del cual se nombró a la sobrina de la Magistrada en el Ministerio Público.

En efecto, se ejercieron facultades nominadoras respecto de la pariente de la magistrada Díaz Rueda si se tiene en cuenta que designó en un cargo de libre nombramiento y remoción, a través de la Procuradora General encargada, a un familiar con parentesco en el tercer grado de consanguinidad de una persona competente para intervenir en la conformación de la terna como candidato para seguir ocupando la Dirección del Ministerio Público.

Pese a que en el acto de nombramiento figura la Procuradora General (E), ello en nada afecta la configuración de la prohibición, ni subsana el vicio en el que se

---

[120] Folios 1 al 229 del cuaderno de pruebas.
[121] Folio 180 del cuaderno de pruebas.
[122] Folio 477 del cuaderno 3.
[123] Fl. 681 del cuaderno 4.
[124] Fls. 993-995 del cuaderno 3.
[125] Disponible en http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/06-2013.pdf. a través del cual se efectuó el nombramiento de la sobrina de la Magistrada en el ente del control.

encuentra el acto acusado. Por el contrario, únicamente da cuenta de que el cargo en el que fue nombrada la pariente de la Magistrada Díaz Rueda es de libre nombramiento y remoción y que aquél depende directamente del despacho del Procurador General de la Nación. Sostener lo contrario sería tanto como avalar la creación de un mecanismo que permita burlar los efectos que la prohibición constitucional pretende combatir, lo cual sucedería si, por ejemplo, la Procuradora General encargada nombrara a un hijo del Procurador General de la Nación en la planta global de la Procuraduría.

Así las cosas, al ser la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución una disposición objetiva en la cual no es necesario demostrar la finalidad con que se realiza el nombramiento o la designación, por ello la Sala concluye, sin ambages, que se demostró que el nombramiento de la pariente imposibilitaba la intervención de la Magistrada Díaz en la conformación de la terna para la designación del Procurador General de la Nación.

b) El nombramiento del pariente del Magistrado Javier Zapata

En lo que concierne al nombramiento de la señora Olga Lucía Cadavid Castro se encuentran los siguientes documentos: i) escrito en el cual el Magistrado Javier Zapata Díaz afirmó que en la Procuraduría General de la Nación trabaja la señora Olga Lucía Cadavid Castro como profesional grado 17 con quien está emparentando en el 2º grado de afinidad[126], ii) hoja de vida de la señora Olga Lucía Cadavid Castro en el Ministerio Público, la cual está suscrita el 29 de agosto de 2011[127] y iii) constancia signada por el jefe de la división de gestión humana de la Procuraduría General de la Nación del 20 de mayo de 2013.

Con fundamento en lo anterior, en el expediente está demostrado que la señora Olga Lucía Cadavid Castro es pariente en el segundo grado de afinidad con el ex magistrado Javier Zapata Ortiz, pues así lo manifestó aquel en comunicación recibida en esta Corporación el 20 de febrero de 2014.

Además, está acreditado que la señora Olga Lucía Cadavid Castro, al momento de la elección se desempeñaba como contadora profesional en el cargo de Profesional Universitario grado 17, pues así lo hizo saber el magistrado Zapata Ortiz en la comunicación antes referenciada.

También, de la hoja de vida de la señora Olga Lucía Cadavid Castro, visible a folios 1002-1005 del cuaderno principal se pueden extraer sus datos personales, su formación académica, en la cual se corrobora que es contadora, la experiencia profesional obtenida hasta el 29 de agosto de 2011 y su estado civil.

Finalmente, la certificación del 20 de mayo de 2013, suscrita por el jefe de la división de gestión humana de la Procuraduría General de la Nación, hace constar

[126] Fl. 778 Cuaderno principal
[127] Fls. 1002-1005 Cuaderno principal

que *"La Dra. OLGA LUCÍA CADAVID CASTRO identificada con la cédula de ciudadanía número. 43.086 238 de MEDELLÍN, de acuerdo a la información registrada en el sistema de información administrativo y financiero SIAF,* ***se encuentra vinculada a esta entidad desde el día 5 de septiembre de 2011*** -fecha para la cual el demandado ya se desempeñaba como Procurador General de la Nación- *y en la actualidad ocupa el cargo de PROFES. UNIVERSITARIO GRADO 17, código 3PU-17, en la SECCIONAL INVEST. ESPECIALES ANTIOQUIA con sede en MEDELLÍN,* ***en provisionalidad*** -según lo explicado párrafos arriba los nombramientos en provisionalidad, en los términos del artículo 185 del Decreto 262 de 2000 corresponde hacerlos al señor Procurador General de la Nación-*".*

La designación hecha por el dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, del pariente en el segundo grado de afinidad del doctor Zapata Ortiz configuró la prohibición contenida en la norma constitucional.

Con fundamento en lo expuesto**, la Sala ha logrado verificar el desconocimiento del artículo 126 Superior en relación con los parientes de dos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que, tuvieron competencia para intervenir en la designación del demandado, pero, es más, no sólo tuvieron esa competencia sino que, además, cierta y materialmente la ejercieron en la sesión en la que la postulación tuvo lugar.**

Si en gracia de discusión y por razón del voto útil se quisiera tener en cuenta la incidencia de los votos correspondientes a estos dos magistrados en el resultado obtenido en el proceso de postulación, sería determinante para declarar la nulidad de pleno derecho de la elección del dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, pues éste obtuvo 17 votos y al obtener más de las dos terceras partes de sus integrantes pudo ser postulado por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con el artículo 5 del Acuerdo 006 del 12 de diciembre de 2002, reformado por el Acuerdo 005 de 2002, artículo 2. Sin embargo, al restársele los dos votos de los magistrados antes referidos, por razón de que el Procurador en ejercicio había incurrido en la prohibición inhabilitante del artículo 126 de la Carta, se concluye categóricamente que de ninguna manera podía obtener la mayoría requerida en el reglamento de dicha Corporación judicial para llegar a ser postulado.

c) El nombramiento de la cónyuge del Magistrado José Leonidas Bustos

Si bien es cierto se podría considerar que para la aplicación de la segunda parte del artículo 126 de la Carta no resulta indispensable la efectiva participación en el proceso de postulación o elección, el análisis de esta hipótesis no resulta necesario en el caso concreto para decretar la nulidad del acto electoral, por el argumento expuesto en el acápite anterior. Pero si se llegare a interpretar en sentido contrario, con mayor razón tendría que predicarse la invalidez del acto que se estudia.

Lo anterior por cuanto a folio 180 del expediente se evidencia que, mediante Decreto de nombramiento Nº 416 de 2010, el dr. Ordóñez Maldonado designó

directamente, el 19 de febrero de ese mismo año, en el cargo de Procurador Judicial II 134 administrativa de Bogotá que para el momento de los hechos tenía naturaleza de libre nombramiento y remoción, a la esposa del Magistrado Bustos, señora Ana Josefa Velasco de Bustos.

Además, en el cuaderno de pruebas se evidencia que en los diversos formularios que tuvo que suscribir la señora Velasco de Bustos y hasta en pólizas de seguro figura como su cónyuge el magistrado Bustos y algunos permisos fueron solicitados por parte ésta para acompañarlo, por ejemplo, a la ciudad de Cartagena a un evento organizado por el Colegio de Jueces y Fiscales (Cfr. Folios 95 -formato de actualización de hoja de vida-, 99 -certificado individual de seguro de vida La Previsora S.A.-, 178 -formato único de hoja de vida de la Procuraduría General de la Nación-, 194 -actualización de beneficiarios de seguro de vida Maphre Seguros- y 207 a 210 -permiso para viajar a Cartagena en compañía de su esposo atendiendo la invitación del Colegio de Jueces y Fiscales-).

d) Conclusión: El acto acusado transgredió el artículo 126 Superior.

Bajo este panorama, la Sala considera que les asiste razón a los demandantes, cuando sostienen que la elección del demandado infringió el artículo 126 Superior, toda vez que, los nombramientos estudiados en precedencia, denotan que el demandado designó a parientes –en los grados consagrados en la norma– de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, quienes tenían la competencia para intervenir en su designación, lo cual implica vulneración de los postulados constitucionales.

De la lectura del artículo 126 Superior se colige, sin lugar a dudas, que el demandado, si pretendía ser postulado por la Corte Suprema de Justicia, tenía prohibido nombrar a los parientes de los integrantes de esa Corporación Judicial, para evitar el intercambio de favores.

Afirmar que no se violó la disposición constitucional en cita, pese a que en el expediente está demostrado que los familiares de varios de los magistrados que tenían a su cargo la competencia para postular al demandado fueron designados por el señor Alejandro Ordóñez Maldonado, implicaría avalar que se vaciera de contenido finalístico el artículo 126 de la Carta lo cual desquiciaría su propósito y le restaría contenido a la prohibición establecida por el constituyente, a los precedentes antes señalados, conformados por las reglas creadas por la Sala Plena del Consejo de Estado que resultan vinculantes para resolver el caso concreto, autorizando por lo demás una modalidad de esguince a la misma.

Lo anterior adopta mayor fuerza, si se tienen en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado, antes citadas, que constituyen precedente judicial y que establecieron que: *“cuando el acceso a los cargos públicos se da por una vía distinta a la elección popular directa, deberá responder a estrictas exigencias de objetividad y transparencia que garanticen, en todo caso, que* ***i) el***

acceso al cargo se efectuó en condiciones de igualdad, *equidad y mérito y, por consiguiente,* ***ii)*** *al margen del favoritismo sustentado en prácticas indebidas como el conflicto de intereses y el clientelismo."*[128]

Por ello, al tiempo que con la conducta probada se desconoció el artículo 126 Superior también se quebrantó el derecho a la igualdad que debe predicarse del acceso a los cargos públicos.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el acto de postulación del demandado -de naturaleza preparatoria- se profirió con violación del artículo 126 Superior[129], afectando de esta manera la juridicidad del acto definitivo declarativo de la elección del dr. Ordoñez Maldonado, la Sala declarará próspero y probado este cargo.

En consecuencia, la Sala se releva de estudiar los demás cargos que fueron planteados en las demandas acumuladas y que constituyeron el objeto de la fijación del litigio, por lo que declarará la nulidad del acto de elección de Alejandro Ordóñez Maldonado, como Procurador General de la Nación, período 2013-2017.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto por el cual el Senado de la República eligió al doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, contenido en el Acta de sesión plenaria del Senado del 27 de noviembre de 2012.

SEGUNDO: Advertir a los sujetos procesales que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Vicepresidente

---

[128] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Demando: Pedro Octavio Munar Cadena

[129] El carácter preparatorio del acto de postulación obliga a efectuar el control de los vicios que se materializaron en esta etapa, a través de la demanda dirigida contra el acto definitivo con el que culminó el procedimiento electoral del demandado, como en efecto se hizo. Por ello, las irregularidades en la etapa previa sólo resultan relevantes en caso de que el demandado, respecto del que se predica aquel vicio, haya resultado efectivamente elegido.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Aclara voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Aclara Voto

HUGO BASTIDAS BÁRCENAS
Salva el voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Aclara Voto

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Salva el voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Aclara voto

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Aclara voto

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Aclara voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Aclara voto

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Aclara voto

CESAR PALOMINO CORTÉS
Aclara voto

CARMELO PERDÓMO CUÉTER
Aclara voto

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Salva el voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Salva el voto

GUILLERMO VARGAS AYALA
Aclara voto

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Aclara voto

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Ausente

ALBERTO YEPES BARREIRO
Aclara voto

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Salva el voto

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO CONJUNTA – ROCIO ARAUJO OÑATE, STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, RAMIRO PAZOS, CARMELO PERDOMO CUETER

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, nos permitimos exponer las razones por las cuales consideramos que en proceso de nulidad electoral del vocativo de la referencia, además de la causal de nulidad derivada de la transgresión del artículo 126 Constitucional, se configuró aquella relacionada con la **falta de competencia** del Senado de la República para elegir, como Procurador General de la Nación, a quien se encontraba en ejercicio de dicho cargo.

En la demanda presentada con radicación 20136-0008, se expuso como cargo principal, que el Senado de la República carecía de facultades para reelegir como Procurador General de la Nación al doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, por no existir norma expresa que así lo autorizada. Para sustentar su cargo, el demandante precisó que “el acto administrativo de elección (…) fue expedido con violación a los artículos 121 y 276 de la Constitución Política, y el 3 del Decreto 262 del 2000, estos dos últimos por aplicación indebida”.

En razón ello, en la audiencia inicial celebrada el 4 de diciembre del 2013, el Magistrado conductor del proceso estableció que el litigio se centraba, entre otros aspectos, en determinar:

“1. Si el Senado de la República tenía competencia para reelegir al Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, en razón a que no existe una norma expresa que lo autorice”.

En su defensa, el demando argumentó que no existe norma que prohíba la reelección del supremo director del Ministerio Público. Por ello, alegó que el órgano elector se encontraba facultado para el efecto, pues en su entender, quien tiene la facultad para elegir la tiene para reelegir, salvo norma expresa en contrario.

Los Consejeros de Estado que suscribimos la presente aclaración, consideran que en el proceso se encontró plenamente demostrada la causal de nulidad alegada, sin que fuera posible aceptar la teoría expuesta por la parte demandada en su contestación.

Para exponer las razones que conllevan a la anterior conclusión, se adoptará la siguiente estructura:

(i) Concepto de competencia, su influencia en la formación del acto administrativo y la prohibición de que la misma se entienda implícita;
(ii) Competencia exclusiva del poder constituyente para determinar la estructura del Estado;
(iii) Alcance y contenido del artículo 276 constitucional;
(iv) Rompimiento de la arquitectura definida por el texto constitucional de considerar procedente la reelección del Procurador General de la Nación;
(v) Derecho a elegir y ser elegido frente a la falta de competencia para reelegir al Procurador General de la Nación;
(vi) Aplicación del artículo 245 de la Ley 4ª de 1913;
(vii) Del caso concreto

De lo anterior se concluirá, de forma inexorable, que en el caso sometido a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, debió, adicionalmente, declarase la nulidad del acto administrativo de elección del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, con fundamento en la incompetencia del órgano elector para el efecto.

(i) Concepto de competencia, su influencia en la formación del acto administrativo y la prohibición de que la misma se entienda implícita

El concepto de competencia en el Estado de Derecho colombiano, constituye uno de los elementos más importantes de éste modelo de organización política, pues determina lo que puede constitucional y/o legalmente desarrollar cada órgano estatal, siendo entonces un requisito de validez del acto administrativo[130].
La tesis que asimila la competencia de los organismos estatales a la capacidad propia del derecho privado y por ello considera que todo lo que no está prohibido está permitido[131], no resulta admisible, por cuanto del artículo 6 de la Constitución se deriva que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución Política y las Leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.
Con ello, se infiere la necesidad de la existencia de un marco de competencias explícito, que comprenda no sólo la atribución asignada sino que también cobije una relativa discrecionalidad para poder adelantar dicha competencia válidamente, pero que de ninguna manera pueda derivar un axioma de total libertad para hacer

[130] Artículo 137, inciso 2 de la Ley 1437 de 2011
[131] LINARES, Juan Francisco, *La competencia y los postulados de permisión*, Buenos Aires, 1971, R.A.D.A., Universidad del Museo Social, No. 2, p.31

todo lo que no se encuentra prohibido en su órbita de acción, de tal manera que se excluye del ejercicio de sus atribuciones obrar con total discrecionalidad.

Desde la óptica del **derecho administrativo y electoral[132],** la competencia no se presume y debe por ello estar atribuida en forma expresa o relativamente discrecional para que pueda reputársela como legalmente existente[133].

Así lo ha reconocido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en especial en la sentencia del 16 de septiembre del 2014[134], y de manera reiterada en otras providencias[135], en donde se estableció como inadmisible entender que mientras una competencia no estuviera prohibida, la misma estaría permitida, dado que con ello se "invierte el principio que proclaman los artículos 6º, 121 y 123 de la Constitución Política conforme a los cuales en un Estado Democrático de Derecho las autoridades únicamente están autorizadas a hacer lo que la Constitución y las Leyes les facultan (…)".

Del alcance de los textos constitucionales y de la providencia antes citada, se deriva la regla de vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y a la Ley, en especial, en aquellas competencias relativas a la estructuración del poder del Estado[136].

Por ello, de acuerdo con la interpretación recogida por la Corte Constitucional[137] y por el Consejo de Estado[138], aplicables en el contexto de la distribución del poder público y por ende a la estructura del Estado, es necesaria la existencia de competencias expresas y por tanto no resultan jurídicamente admisibles competencias implícitas, absolutamente discrecionales, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya las mismas según su voluntad y capricho[139], trazándose de forma autónoma los límites de su

---

[132] Frecuentemente se compara la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de actuar de los sujetos privados de derecho. En ambos casos se trata de una aptitud de obrar. En el derecho privado ésta es la regla y por ello esta capacidad existe hasta tanto una norma expresa no la niegue.

[133] CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 5 ed., Tomo 1, 1996, p. 237

[134] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de septiembre de 2014. Cp. María Claudia Rojas Lasso. Radicación 11001-03-24-000-2012-00220-00.

[135] Dicha postura ha sido reiterada en diversos pronunciamientos de esta Corporación. Al respecto ver, entre otras, Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00009-00(IJ), Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 15 de agosto de 1995, C.P. Consuelo Sarria Olcos. Radicación número: ACU-2820, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 7 de junio de 2012. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno (E). Radicación número: 11001-0324-000-2006-00348-00.

[136] Corte Constitucional, Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto

[137] Corte Constitucional, Sentencia C-1154 del 26 de noviembre de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-319 del 3 de mayo de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería, Sentencia C-478 del 27 de septiembre de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia C-429 del 2 de mayo de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

[138] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 24 de mayo de 2011, Radicación 11001-03-06-000-2011-00023-00(2056), C.P.: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

[139] Explica la sentencia C-319 del 3 de mayo de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería, que la parte orgánica de la Constitución fija las competencias de los órganos del Estado y las competencias de los titulares de éstos órganos, así como su escogencia, por lo cual el concepto competencia responde a la pregunta de ¿Qué puede hacer una persona? , ¿Qué puede hacer un órgano del Estado? o ¿Qué puede hacer el titular de ese órgano?, en el Estado. Precisa además que "en el derecho privado se entiende que lo que puede hacer una persona responde al concepto de capacidad. En el derecho público lo que un órgano del Estado o un titular de éste pueden hacer, se denomina competencia. Por consiguiente, es el constituyente quien a través de la Constitución señala las competencias a los distintos órganos del Estado. Así entonces, por regla general es la Constitución la que indica las diferentes atribuciones, funciones y competencias de los entes estatales, todo lo anterior como resultado del Estado de Derecho. En su defecto, corresponde al legislador asignar y distribuir las mencionadas competencias, siempre sujetas a lo dicho en la Constitución, siguiendo los mismos lineamientos del Estado de Derecho". Termina precisando la Corte Constitucional que las competencias de los órganos estatales en un Estado de Derecho no sólo deben ser constitucionales o legales sino igualmente deben ser preexistentes y explícitas, por esta razón de manera categórica señala la Corte en esta sentencia de constitucionalidad que ilustra el presente caso que "…**en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión,** porque ello

propia actividad. Considerar lo contrario, permitiría invadir la órbita de actuación de las otras autoridades y abusar del poder y con ello, crear las condiciones que conlleven a situaciones que estén en contravía del Estado de Derecho como principio constitucional. Lo anterior es reiterado por el artículo 121 de la Carta[140], que consagra el principio de legalidad, de donde se deduce un marco restrictivo de las autoridades estatales frente al ordenamiento jurídico, aspecto que ratifica el artículo 123, inciso 2 *ejusdem*[141].

Finalmente, el Consejo de Estado ha señalado que la falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello, y que se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal)[142].

(ii) Competencia exclusiva del poder constituyente para determinar la estructura del Estado

Es el constituyente en forma exclusiva, en materia de la estructuración del Estado, quien establece con precisión las competencias asignadas a las altas autoridades, su alcance y duración. Dejar en manos de las mayorías legislativas el diseño del poder público y de su control, sería someter al Estado al albur del vaivén de las contingencias y conveniencias políticas y al mismo tiempo que desconocería los artículos 1, 2, 6 y 121, 122, 123 de la Constitución, entre otros[143].
Por ello, corresponde a dicho poder, **regular los aspectos estructurales y definitorios del ejercicio del poder del Estado**, lo que comprende el acceso a los cargos públicos, requisitos, períodos, régimen de prohibiciones y posibilidades de reelección de aquellos funcionarios que ocupan cargos que corresponden a la estructura del Estado.

---

permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas".

[140] El artículo 121 de la Constitución señala *"ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley"*,

[141] El artículo 123, inciso 2 preceptúa: "*Los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el reglamento"*,

[142] Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección b, Sentencia del 19 de junio de 2008, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, radicación número: 25000-23-25-000-2000-02814-01(0316-05)

[143] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de septiembre de 2014, C.P. María Claudia Rojas, Radicado 11001032400020120022000. En esta providencia la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sostuvo que cuando se trata a temas relativos a la estructura del Estado y separación de poder "la competencia debe ser expresa", como por ejemplo para que el Presidente de la República pueda formular objeciones presidenciales a las reformas constitucionales es necesaria dicha competencia expresa, y afirma la sentencia lo siguiente: *"Para la Sala no es de recibo la tesis que expuso el Gobierno Nacional en el escrito contentivo de las objeciones presidenciales a la Reforma a la Justicia y en la cual a lo largo de este proceso ha insistido la Secretaria Jurídica de la Presidencia, que se sustenta en el argumento según el cual- ninguna norma de la Constitución prohíbe de manera explícita la presentación de objeciones gubernamentales contra actos legislativos-, pues invierte el principio que proclaman los artículos 6º, 121 y 123 de la Constitución Política conforme a los cuales en un Estado Democrático de Derecho las autoridades únicamente están autorizadas a hacer lo que la Constitución y las leyes les facultan; aceptar que todo aquello que no esté expresamente prohibido al Presidente de la República, le estaría permitido invierte el principio de la responsabilidad de los servidores públicos equiparándola a la de los particulares"* y en relación con el Congreso sostuvo:*"El Congreso de la República no puede cumplir sus funciones a discreción propia o por iniciativa de otra autoridad contraviniendo claros preceptos constitucionales, situación que se desprende de las normas que gobiernan el Estado Social de Derecho, en el que se deben respetar las reglas preestablecidas para ejercer legalmente las competencias asignadas a las diferentes ramas del poder público".*

Por ello, en lo que se relaciona con las **posibilidades de reelección** de los funcionarios que representan las distintas estructuras del poder del Estado, fue el constituyente primario quien determinó de forma específica los casos en los que la figura reeleccionista está prohibida, o, por el contrario, permitida[144].

Así las cosas, es necesario hacer el análisis de algunos casos en particular, que resultaban relevantes para la solución del problema jurídico sometido a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

- **Reelección indefinida para funcionarios de elección popular**

En lo que se refiere a la **reelección** en los cargos de **elección por voto popular**, a pesar del silencio del constituyente, esta se entiende **indefinida** en el caso de los integrantes de las Corporaciones Públicas, es decir, para los miembros del Congreso de la República, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales y las Juntas Administradoras Locales. Lo anterior, dado que por tratarse de una manifestación del derecho a elegir y ser elegido que se origina de la soberanía popular que la Carta reconoce y garantiza al ciudadano[145], éste actúa libremente y decide si elige o reelige a dichos funcionarios, que son, en últimas, sus representantes en los distintos órdenes.

- **Prohibición de reelección para funcionarios de elección popular**

No obstante que el Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes son de elección popular**, el constituyente de manera expresa limitó la soberanía del pueblo** al no permitir de forma expresa la reelección del Presidente de la República en el artículo 197, que corresponde al diseño original del año 1991. También, consideró necesario limitar la posibilidad de volver a elegir para el período siguiente, a los gobernadores, artículo 303 y a los alcaldes, artículo 314.

- **Definición por el constituyente de la posibilidad o no de la reelección**

El constituyente **definió expresamente** para algunos funcionarios que representan los cargos de las entidades que hacen parte de la estructura del Estado, la posibilidad o no de reelección. Tenemos a los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículo 233) y del Fiscal General de la Nación (artículo 244), en los cuales dicha figura fue proscrita. A su vez, en cuanto hace a los órganos constitucionales y autónomos, con respecto del Contralor General de la República, en el artículo 267 se prohibió su reelección para el período siguiente; mientras que, para el Registrador Nacional del Estado Civil (artículo 266), determinó la posibilidad de volver a ser elegido, por una sola vez. También para los miembros de la Junta Directiva del Banco de la

---

[144] Se precisa que la única **estructura** que no fue concretada en sus específicos contornos es aquella correspondiente a **la rama ejecutiva**, porque sus fines varían en la medida en que cambien las finalidades y principios que fundamentan el Estado y las políticas públicas. Por ello, la estructura, organización y formas de funcionamiento en el orden nacional le corresponde definirlas al legislador de acuerdo con el artículo 150, numeral 7 de la Carta. En el orden departamental, esta facultad se encuentra atribuida a las Asambleas Departamentales, de conformidad con el artículo 300, numeral 7 de la Constitución y en el orden municipal a los Concejos Municipales, según lo normado en el artículo 313, numeral 6 de la Constitución.

[145] Artículo 40 de la Constitución, en concordancia con el artículo 260 de la Constitución

República (artículo 372, numeral 1º) y del Consejo Nacional Electoral (artículo 264).

- **Silencio del constituyente de la posibilidad o no de la reelección**

Observamos que frente a algunos funcionarios, ubicados igualmente en el vértice de la estructura del Estado, **el constituyente guardó silencio**. Es el caso del Defensor del Pueblo (artículo 281), el Auditor General de la Nación (artículo 274) y el Procurador General de la Nación (artículo 276).

Por ello, la pregunta que surge es: **¿se puede interpretar dicho silencio como una autorización para volver a elegir a quien ocupa al momento de la elección dicha dignidad?**

Siendo que la Constitución es un texto de mínimos[146], ante el silencio del constituyente en aspectos que tocan con la configuración de los órganos del Estado, y al ser claro que el período y la posibilidad de reelección son aspectos estructurales, prima la noción según la cual ***todo aquello que no esté expresamente autorizado debe entenderse prohibido****,* que se deriva de los artículos 6º, 121, y 122 constitucionales y que implican el principio de legalidad donde el constituyente debe regular estos elementos para determinar con certeza los límites atribuidos a cada poder.

Lo anterior, sumado al hecho de que en lo atinente a la configuración de la estructura del Estado, las normas son de textura cerrada y, por tanto, sobre estos aspectos carece de competencia el legislador.

(iii) Alcance y contenido del artículo 276 constitucional

Además de lo anteriormente expuesto, resultaba relevante para el caso concreto, determinar el contenido y alcance del artículo 276 constitucional, no sólo desde el punto de vista de su literalidad sino también desde el contexto de dicho cargo frente a la arquitectura constitucional colombiana.

- **Significado literal del artículo 276**

En primer lugar, el significado literal de la disposición comentada contiene los siguientes elementos:

- La determinación expresa de un período para el cargo de Procurador General de la Nación
- La conformación de una terna que se encuentra integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado
- La competencia del Senado de la República para elegir

[146] Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. *"El significado de los contenidos mínimos de la Constitución se traduce en la prescripción de los límites esenciales a los distintos poderes públicos y enuncia una serie de valores, principios y derechos que permean la interpretación no sólo del ordenamiento jurídico en general sino de la Constitución misma"*

Para determinar el significado constitucional de la fijación del período del Procurador, es pertinente traer a colación la interpretación, con carácter de cosa juzgada constitucional, prevista en la sentencia C- 178 del 10 de abril de 1997[147].

En dicha oportunidad, la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de unas expresiones del artículo 3º de la Ley 201 de 1995, en las que se consagraban fechas específicas para el inicio del período del Procurador General de la Nación, así como para su correspondiente elección.

De forma expresa se dispuso en dicha providencia que "si bien el artículo 279 de la Constitución Política delegó en la ley la facultad de reglamentar `lo relativo a la estructura y el funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación´ y lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, dicha atribución no habilita jurídicamente al legislador para determinar la forma como se contabiliza el período del señor Procurador General de la Nación", para posteriormente referir que " no es pues el artículo 279 el que regula lo atinente al período y permanencia en el cargo del jefe del Ministerio Público, sino el artículo 276 de la Carta Política. La atribución descrita en el artículo 279 Superior (…) de ninguna manera otorga fundamento jurídico al legislador para regular lo referente al período (…) toda vez que, como se ha dicho, su período está determinado por la Constitución en el artículo 276, y por tanto, no admite variación legal alguna". (Negrilla fuera del texto original)

En correspondencia con lo anterior, la misma Corte Constitucional[148], al estudiar una modificación a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en lo atinente a la posibilidad de reelección inmediata del Auditor General de la Nación, reconoció que, si bien el artículo 274 de la Constitución no prohibió de forma expresa la reelección de dicho funcionario, tampoco la permitió, razón por la cual ante dicho silencio, "es labor del juez constitucional hacer una interpretación integral de las normas que rigen la materia, para concluir si con la modificación que pretende hacer el legislador, y que es objeto de revisión en esta oportunidad, se cambia el modelo del control fiscal establecido por la Carta".

De lo mencionado se deriva:

- Que la fijación del período del Procurador atiende a una determinación constitucional sobre la cual no se admite variación alguna, excepto la proveniente del mismo constituyente;
- Ante el silencio frente a la posibilidad de reelección, lo cierto es que la respuesta automática no puede ser la autorización de ella, sino que, por el contrario, debe consultar el diseño de la parte de la estructura estatal y su inserción en la arquitectura constitucional correspondiente[149].

---

[147] Corte Constitucional, Sentencia C-178 del 10 de abril de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
[148] Corte Constitucional, Sentencia C-406 del 4 de julio de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
[149] Ante dicha realidad, vale preguntarse si la manifestación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-141 del 2010[149], en donde indicó que tanto el Procurador General de la Nación como el Defensor del Pueblo son funcionarios reelegibles, corresponde a: (i) Un análisis previo de la cuestión y, en consecuencia, es conclusión de un argumento; (ii) Si la afirmación es la ratio decidendi de la decisión adoptada. Sobre el particular, basta con mencionar lo siguiente: La frase que dice "el esquema constitucional partía de la base de períodos de cuatro años para los responsables de los órganos de

Ahora bien, surge ante ello una pregunta adicional: **¿Cómo debe leerse lo arriba descrito frente a lo manifestado por el mismo Tribunal Constitucional en las sentencias C-267 de 1995[150], C-1044 del 2000[151] y C-1345 del 2000[152], y la prevista por el Consejo de Estado, Sección Quinta de esta Corporación en sentencia del 29 de octubre del 2012[153]?**

En las mencionadas providencias se fijó como *ratio* de la decisión, la excepcionalidad de la prohibición de reelección, siendo necesario en tal caso una consagración expresa, bien fuera en el texto constitucional o legal, dada la restricción que recaía en los derechos políticos de participación en la conformación y control del poder público de los ciudadanos.

Sin embargo, el estudio efectuado en dichas sentencias de constitucionalidad y de nulidad electoral, se realizó en un contexto totalmente diferente al cargo expuesto en la demanda de la referencia, toda vez que en dichas oportunidades, las autoridades judiciales que las dictaron, analizaron normas que hacen parte de la organización de la Rama Ejecutiva, en especial frente a elementos relacionados con la permisión o prohibición de la reelección que quienes ejercen cargos en ella, cuya regulación fue expresamente delegada por el constituyente al legislador, a saber: Personeros Municipales (artículo 313 numeral 8º), los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales (artículo 150 numeral 7º) y los miembros de la Junta Directiva de la entonces denominada Comisión Nacional de Televisión (artículo 76) o la reelección del Rector de un ente Universitario Autónomo.

Por lo dicho, las razones de decisión de la sentencias C-178 de 1997 y C-406 del 2013, lejos de ser consideradas contradictorias con las de aquellas de las sentencias referidas en el párrafo precedente, responden a situaciones jurídicas distintas que actúan en dos órdenes diversos, pues en los primeros casos se trata de la estructura del Estado, cuya definición le corresponde al constituyente, y, en el segundo caso, corresponde a la organización de la rama ejecutiva y por ende del desarrollo de la competencia legislativa que el mismo constituyente autorizó para la regulación de esos cargos públicos.

De otra parte, es necesario responder a la siguiente pregunta: ¿qué pasa en el caso de los integrantes de las Corporaciones Públicas (Congreso de la República, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales), sobre los cuales se ha entendido su posibilidad de reelección, a pesar del silencio del constituyente al respecto?

---

control (Procurador y Defensor del Pueblo que pueden ser reelegidos)*"*, fue una afirmación ejemplificante dentro del contexto de la Constitución de 1991 en su modelo original, toda vez que de la lectura integral del texto fundamental y de la jurisprudencia constitucional corresponde a una descripción de contexto. De hecho, en páginas posteriores, la misma Corte reconoció que en el caso del Procurador, el constituyente guardó silencio frente a su reelección. Dicha expresión no constituye, en medida alguna, *ratio decidendi* de la providencia. Es un *obiter dictum,* porque la ratio, entre otras circunstancias, se identifica con la sustitución de la Constitución frente a la segunda reelección presidencial. Aceptar lo contrario, implicaría desconocer el sentido que la Corte Constitucional le fijó al período del Procurador General de la Nación en la sentencia C-178 del 1997, así como la regla fijada en la decisión C-406 del 2013, donde se precisó que, ante el silencio del constituyente de la posibilidad de reelección, no debía entenderse que estaba permitida, per se, debiéndose acudir a la estructura constitucional para determinar su procedencia o prohibición.

[150] Corte Constitucional, Sentencia C-267 del 22 de junio de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[151] Corte Constitucional, Sentencia C-1044 del 10 de agosto de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz

[152] Corte Constitucional, Sentencia C-1345 del 4 de octubre de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz

[153] Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 29 de octubre de 2012, C.P. Alberto Yepes Barreiro

Como ya lo hemos precisado, la respuesta a dicho interrogante deviene del fundamento que legítima la elección de dichos funcionarios, el cual atiende a la voluntad popular. Al ser el pleno ejercicio de un derecho ciudadano – de conformidad con el artículo 40 de la Constitución, en concordancia con el artículo 260 de la misma-, debe entenderse que se actúa bajo el principio de la soberanía popular y por tanto estos pueden actuar en el ámbito de su libertad de elección, escogiendo reelegir o no a dichos funcionarios, que son, en últimas, sus representantes.

Por ello, la situación no resulta asimilable, *mutatis mutandis*, a la elección del Procurador General de la Nación, pues en dicho caso, las autoridades a quienes se ha encomendado la función (órganos postulantes –Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Presidente de la República- y órgano elector –Senado de la República-), actúan en el ejercicio de una competencia atribuida por el constituyente primario, y por lo tanto, ésta última, se encuentra limitada a los estrictos términos de su consagración.

En cuanto se relaciona con la conformación de una terna el artículo 276 de la Constitución establece la competencia del Presidente de la República, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado para escoger cada uno un candidato, de tal manera que se integre la terna para que el Senado de la República pueda elegir al Procurador General de la República, sin que se pueda derivar que dentro de los ternados pueda ser escogido un funcionario que resulte inelegible o que no ostente los requisitos o calidades previstas por el ordenamiento jurídico o se encuentre incurso en una causal de prohibición.

Tampoco se puede integrar la terna con el Procurador en ejercicio, pues la Constitución no atribuye la competencia al Senado para reelegir y no se puede interpretar que como la Constitución no prohibió la reelección, entonces podían los competentes ternarlo, pues resultaba inelegible por el Senado. Ello es así porque el principio de legalidad de las competencias y de las actuaciones y el Estado de Derecho impide que las autoridades obren con total discrecionalidad.

El tercer elemento que se deduce del contenido literal del artículo 276 de la Constitución es el relativo a la función electoral, por parte del Senado de la República.

La función electoral que corresponde al Senado de la República, como ya lo hemos definido, debe ser desarrollada en la forma establecida por el constituyente, es decir para un período de 4 años y no la sumatoria de dos o más períodos sucesivos.

Por lo cual, al haber señalado el constituyente el período del Procurador y ser la Procuraduría General parte de la estructura del Estado no puede aceptarse la premisa que sostiene que quien tiene la competencia para elegir la ostenta igualmente para reelegir, porque reelegir es volver a elegir, toda vez que, si bien, semánticamente, puede considerarse que la reelección es una forma de elección,

jurídicamente dicha interpretación extensiva viola directamente el artículo 276 de la Constitución que consagró el período, conforme ya lo hemos explicado y además quiebra el diseño constitucional previsto en la Carta relativo a los controles recíprocos.

Considerar que la competencia para elegir entraña la atribución de volver a elegir, implica en sí misma una discrecionalidad absoluta y quebranta el significado del período establecido por el Constituyente, traduciéndose además en una falta de límites al ejercicio del poder del Procurador General de la Nación y también en la quiebra del sistema de pesos y contrapesos[154], que subvierte el Estado de Derecho y el principio de legalidad, antes explicado.

(iv) Rompimiento de la arquitectura definida por el texto constitucional de considerar procedente la reelección del Procurador General de la Nación;

La Corte Constitucional[155] ha establecido que "los períodos constitucionales y legales predeterminados resaltan la idea de la finitud del ejercicio del poder político y ponen de relieve su carácter limitado y controlado, a la vez que impiden la concentración que resultaría de la posibilidad de detentarlo de manera indefinida".

Ante tal precisión, es relevante poner de presente, nuevamente, el contenido de la sentencia C-178 de 1997[156], que consideró que "(…) el señalarle un período fijo e individual al Procurador General de la Nación -cuatro (4) años- para el ejercicio de sus funciones, **obedece a un asunto de naturaleza institucional y no personal**, que, lógicamente, **guarda relación con el carácter de autonomía e independencia que la Constitución le otorga para el mejor cumplimiento de sus atribuciones y de la propia administración de justicia**"[157] (Negrita fuera del texto original).

Seguidamente, en la misma decisión, se expresó que "(…) es claro que **la intención del Constituyente al consagrar un término específico de cuatro años** para el desempeño del cargo de Procurador General, **fue la de aislar el período de ejercicio de este alto cargo y, evitar cualquier coincidencia con los de los otros funcionarios públicos**. (...) buscó darle a la institución de la Procuraduría General **completa y total autonomía, lo cual es consecuente con**

---

[154] Corte Constitucional. Sentencias C-918 del 29 de octubre de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynette; C-054 del 15 de febrero de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-071 del 23 de febrero de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-318 del 19 de julio de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Así mismo, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de junio 13 de 2013, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Rad. 2007-00169; Sentencia del 23 de junio de 2011, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Radicación 16090.

[155] Corte Constitucional. Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto

[156] Corte Constitucional. Sentencia C-178 del 10 de abril de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

[157] Es procedente concordar el contenido de la citada sentencia, con aquel consagrado en la decisión C-141 del 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto, en donde haciendo alusión al tema que se viene abordando, la Corte Constitucional estableció: *El señalamiento del lapso durante el cual se puede ejercer válidamente no sólo es importante para el desempeño de la persona que ejerza como Presidente, sino también para la actuación de las principales autoridades, cuyos períodos constitucionales, por lo general, son acordados, (...) por referencia al período del Jefe de Estado,* ***con la finalidad de asegurar la autonomía de los distintos órganos, su adecuada interrelación y la independencia en el ejercicio de sus funciones, más aún si esas funciones implican el control de la actividad del ejecutivo". (Negrita fuera del texto original)***

la filosofía que inspiró la determinación de la estructura y organización del Estado (...)"

De esta forma, el constituyente a través de la fijación constitucional de dicho término buscó concretar el **principio de alternancia en el poder**, que se traduce en un elemento esencial de la fórmula política adoptada en el año de 1991, al consagrarse expresamente una intercalación frente al período de otros altos dignatarios del Estado, en especial, frente al Presidente de la República[158].
Para concluir, si se admitiera que del contenido del artículo 276 se desprende la elección del Procurador General de la Nación que se encuentra en ejercicio del cargo, también sería posible afirmar desde esa óptica que la misma fuera indefinida, desatendiendo los dos elementos descritos en el presente acápite: **la finalidad institucional del período consagrado por el constituyente, así como la necesidad de garantizar la alternación en el ejercicio del poder**.

Bajo este presupuesto, sería válido y legítimo que, toda las veces que el señor Alejandro Ordoñez Maldonado hubiere sido postulado por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Presidente de la República, el Senado de la República tendría la competencia para elegirlo, con las consecuencias que ello tiene frente al diseño institucional colombiano.

En este orden de ideas, es claro que el señalamiento de los períodos constitucionales para los cargos que hacen parte de la estructura del Estado responde directamente a la necesidad de alternación en el ejercicio del poder y al sistema de frenos y contrapesos reflejado en los **controles interorgánicos recíprocos[159] existentes en el diseño constitucional colombiano**.

Dicho sistema parte de la base de considerar que, en el ejercicio de las funciones de control, quienes las ostentan sean independientes frente a los sujetos pasivos de ellas, y es allí donde, de acuerdo con la finalidad expuesta por la Corte Constitucional, la fijación y certeza sobre el período de quien detenta el ejercicio de la función cobra una vital importancia, pues a través de ello, quien desempeñe el cargo contará con las condiciones necesarias para la plena autonomía requerida por el diseño constitucional.
Por ello, y a manera de ejemplo, en la sentencia C-406 del 2013, antes citada, se señaló como un elemento esencial para declarar la inconstitucionalidad de la reforma legal que permitía la reelección inmediata del Auditor General de la República, lo siguiente: "(…) no avalar dicha reelección inmediata tiene que ver con el **cabal desempeño de la función administrativa**, la cual está al servicio del interés general, y como se sabe, se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. **De manera que al ser el Auditor General** una **institución definitiva dentro del**

---

[158] El principio de alternancia en el ejercicio del poder público, fue definido como un elemento esencial del diseño constitucional y de la fórmula política adoptada en el año 1991, tal y como fue expresado por la Corte Constitucional en las sentencias C-1040 del 19 de octubre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda y otros y C-141 del 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto

[159] Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto. Allí se consideró: *"El modelo de separación de poderes también parte de una especialización de las labores estatales, cada una de las cuales corresponde a un órgano específico;* ***sin embargo, le confiere un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones inteorgánicas recíprocas, como reguladores constantes del equilibrio de poderes púbicos"***

modelo del control fiscal, establecido en la Constitución de 1991, **su reelección inmediata,** así sea por una vez, **pondría en riesgo el desempeño eficaz y transparente de su actividad,** si cabe la posibilidad de reconducir el poder que detenta en aras de **crear las condiciones que propicien su permanencia en el cargo en el período siguiente"** (Negrita fuera del texto original).

Es de resaltar que la Corte Constitucional, en sentencia C-141 de 2010, también antes citada, estudió la forma en que la arquitectura constitucional ha sufrido cambios desde la aprobación de la primera reelección presidencial. Sobre el particular señaló que, la Constitución de 1991, originalmente, propugnó por una total intercalación en el ejercicio del poder, evitando la coincidencia de los períodos de los órganos de control frente a los sujetos objeto de dicha función.

Posteriormente, precisó que con la primera reelección presidencial, se dio un fortalecimiento del sistema presidencial, en especial de las facultades nominadoras, resaltando que dicha situación no implicó una sustitución de la Constitución, en tanto, de todas maneras, la participación de otros órganos del Estado en la nominación y elección de funcionarios, implicaba la conservación de frenos y contrapesos.

Sin embargo, ante la eventual posibilidad de una segunda reelección presidencial, adujo la sentencia que se desdibujarían totalmente los *checks and balances* ideados por el constituyente primario y por ello, entre otras razones, fue declarada inexequible la Ley 1354 del 2009, por medio la cual se convocó a un referendo constitucional para el efecto. Por esto, **ante la posibilidad de reelección presidencial, era necesario maximizar el principio del control**, que se concreta, entre otros supuestos, en la función que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no en el sentido de permitir a quien viene fungiendo como tal, el ser elegido nuevamente, sino, por el contrario, garantizar la alternancia e intercalación, en pro de la total autonomía e independencia en el ejercicio de dicha función.

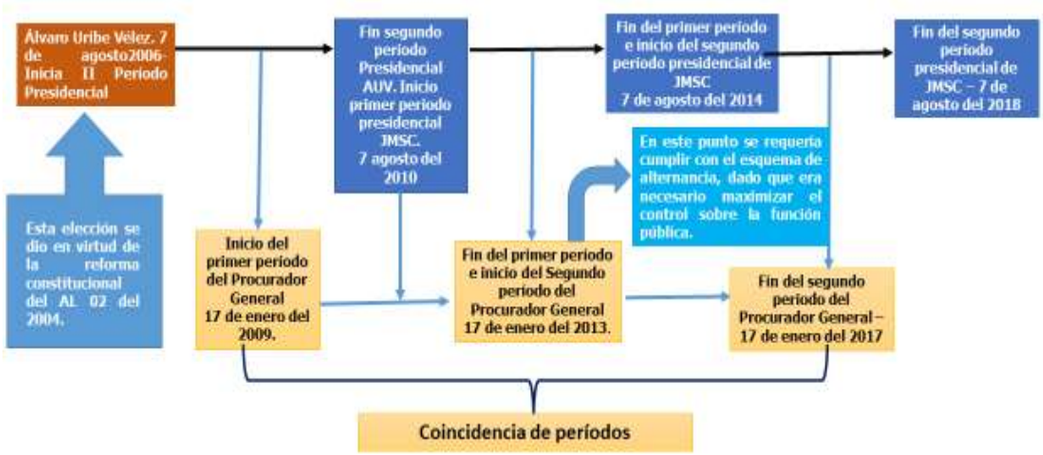

Gráfico No. 1 Coincidencia de períodos del Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado con el del Presidente de la República – Incumplimiento del principio de alternancia

En el caso sub lite, como se puede observar en la gráfica anterior, el primer período del Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado comenzó el 17 de enero de 2009 durante el gobierno del Presidente de la República, Dr. Álvaro Uribe Vélez pero el 7 de agosto de 2010 asumió la Presidencia el Dr. Juan Manuel Santos Calderón y el 17 de enero de 2013 comenzó el segundo período del Procurador General de la Nación, con lo cual, la mayor parte de los períodos de dichos funcionarios han coincidido en el tiempo (5 años y 10 meses).

Lo anterior, evidencia el quebrantamiento de la arquitectura constitucional diseñada por el constituyente de 1991, toda vez, que como lo ha dicho la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones[160] la alternancia en el poder debe ser garantizada en los órganos que se encuentran en el vértice del control, de ahí que los períodos constitucionales, constituyan una expresión inequívoca de un sistema de "pesos y contrapesos" en el diseño del Estado constitucional moderno y por esta razón deban preservarse. Así entonces, al reelegir el Senado de la República de manera inmediata al Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado como Procurador General de la Nación no garantizó la alternancia en el poder, desconoció la naturaleza del cargo y su ubicación en la estructura del Estado, además de los presupuestos necesarios para el cabal desempeño de la función administrativa, la cual está al servicio del interés general y, como se sabe, se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En consecuencia, con la coincidencia de periodos del Procurador General de la Nación y el Presidente de la República, que se ha dado desde el 7 de agosto del 2010 hasta la actualidad, además de vulnerar el principio de alternancia en el poder propio de la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, se desconoció la arquitectura constitucional colombiana, toda vez que como ha dicho la Corte Constitucional "(...)la coordinación de los períodos de quienes ocupan las posiciones estatales más destacadas puede estar concebida (…) **para que no se presente una coincidencia exacta, en forma tal que una autoridad comience su período con el mandato de un Presidente y lo culmine con un mandatario distinto, e igualmente para procurar que, cuando el Presidente postule o designe, pueda hacerlo una vez durante su mandato, evitando que la posibilidad de efectuar más de una postulación o designación le ponga en condiciones de dominar organismos, incluso pertenecientes a otras ramas del poder público"[161].**

Bajo este escenario es claro que no se ha cumplido el objetivo propuesto por el constituyente de 1991 en cuanto al diseño de los períodos institucionales de quienes ocupan los cargos de los órganos de la estructura constitucional del Estado colombiano, toda vez que los controles recíprocos, la independencia de las autoridades en el ejercicio de sus funciones y su autonomía de las coyunturas políticas, así como, el carácter de la alternación en el poder y su relación con el principio de la separación de poderes dentro de un régimen presidencial, no se

[160] Corte Constitucional. Sentencia C-406 del 4 de julio de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto; Sentencia C-178 del 10 de abril de 1997, Mp. Vladimiro Naranjo Mesa.
[161] Corte Constitucional. Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

han visto garantizados dada la coincidencia de períodos del Presidente de la República y del Procurador General de la Nación desde el 7 de agosto de 2010 hasta la actualidad, generando con ello un desequilibrio institucional que desfigura la estructura del Estado diseñada por el Constituyente de 1991[162].

(v) El derecho de elegir y ser elegido del Procurador ante la incompetencia del Senado de la República para reelegir

La Corte Constitucional en sentencia C-141 del 2010, antes citada, desarrolló el concepto de inelegibilidad como *"*la imposibilidad de aspirar una vez más", mediante la cual son designados varios fenómenos, uno de ellos consiste en *"*la prohibición del sufragio pasivo, es decir, la prohibición de ser candidato".

El presupuesto de inelegibilidad del señor Alejandro Ordoñez Maldonado al que se ha venido haciendo referencia en líneas anteriores, es el punto de partida para considerar el presunto conflicto entre la garantía constitucional del artículo 40 de la Constitución, frente al análisis de la competencia del Senado de la República a efectos de volver a elegir al Procurador General de la Nación en ejercicio.

Lo anterior es así, en tanto el concepto de inelegibilidad parte de la ausencia del derecho a ser elegido. Al respecto, en la misma decisión a la que se ha hecho referencia, la Corte Constitucional determinó que "No cabe sostener que al sujeto imposibilitado para candidatizarse se le haya limitado un derecho, (…) pues el derecho a postularse de nuevo no surge a la vida jurídica".

No se pretende con ello desconocer que la participación política, consagrada positivamente en el artículo 40 constitucional, es un componente normativo fundacional del modelo de Estado, en tanto profundiza la democracia a través de los mecanismos donde el ciudadano hace parte del proceso decisorio[163], siendo uno de sus componentes, el acceso a los cargos públicos.

En conclusión, no se trata aquí, como se explicó, de la restricción indebida a los derechos políticos fundamentales, sino: (i) del ejercicio de claras y precisas competencias asignadas al principal cargo de control del Estado, (ii) por un período de tiempo determinado, (iii) de forma que se distribuya, (iv) equilibre y (v) controle el ejercicio del poder político.

(vi) Aplicación del artículo 245 de la Ley 4ª de 1913

La Ley 4ª de 1913,que fue expedida bajo el esquema de la Constitución de 1886, dispuso en su artículo 245, que todo empleado público podrá ser reelegido indefinidamente, excepción hecha de una prohibición expresa en el texto constitucional y/o legal[164].

---

[162] Corte Constitucional. Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda; Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto

[163] Corte Constitucional. Sentencia C-577 del 6 de agosto de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Hernández

[164] Ley 4ª de 1913. Régimen Político y Municipal. (…) Artículo 245: Todo empleado público puede ser electo indefinidamente, salvo los casos exceptuados expresamente por la Constitución o la ley; pero el que sirvió un destino oneroso por más de la mitad de un período no es obligado a aceptar en el período siguiente.

A pesar de la claridad de la redacción del citado precepto normativo, es necesario realizar algunas precisiones en torno a su aplicabilidad:

La primacía normativa de la Constitución de 1991, consagrada expresamente en el artículo 4º de la Carta Política, se convierte en un referente obligatorio para determinar si se considera o no aplicable la disposición de la Ley 4ª de 1913. Al respecto, es claro que el nuevo ambiente constitucional debe ser el marco de dicha discusión, en especial, las consideraciones que sobre el particular se efectúan en esta providencia en relación con la finalidad constitucional del período del Procurador General de la Nación, así como la arquitectura constitucional alrededor de dicha entidad.

Resulta forzoso concluir, que bajo el esquema constitucional adoptado en el año 1991, en donde se dotó de total y completa autonomía a la Procuraduría General de la Nación separándola funcional, orgánica y jerárquicamente del Gobierno Nacional, contrario a lo que estaba consagrado en el texto constitucional de 1886, es incorrecto considerar aplicable la norma a la que se viene haciendo referencia, en tanto es claro que el Ministerio Público, y en consecuencia su supremo director, en la actualidad no pertenecen a la administración pública y no puede ocupar el cargo de manera indefinida.

(vii) Análisis del caso concreto

En relación con el caso decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y a partir de las consideraciones jurídicas expuestas con anterioridad, sólo el constituyente podía variar el período señalado para el Procurador General de la Nación[165], con lo cual concluimos que **no le era dable al legislador variar este periodo**, **como tampoco a su cuerpo elector**.

Antes de la reforma constitucional de 2015, podemos extraer con fundamento en el artículo 276 de la Constitución y las interpretaciones efectuadas por la Corte Constitucional, la regla atinente a que el período determinado por el constituyente para el Procurador General de la Nación es únicamente de 4 años, lo cual implica que desde el plano constitucional no era posible la elección del Procurador en ejercicio para periodos sucesivos, porque ello habilitaría su reelección indefinida, es decir tantas veces como hubiera sido reelegido por el Senado por la postulación sucesiva por quienes tenían la competencia para ello.

Esta interpretación constituye una violación del artículo 276 de la Carta, aspecto que tiene relación directa con la falta de competencia del Senado de la República para elegir al Procurador en ejercicio.

En cuanto se relaciona con la reelección inmediata del Procurador General de la Nación, debe reconocerse que si bien la referida norma constitucional no prohibió de forma expresa la reelección de dicho funcionario, tampoco la permitió, razón por la cual ante dicho silencio le correspondía al Consejo de Estado hacer una

[165] Corte Constitucional, Sentencia C-178 del 10 de abril de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

interpretación integral de las normas constitucionales que rigen la materia, para concluir si con la reelección se cambia el modelo del diseño institucional colombiano establecido por la Carta**.**

En consecuencia, consideramos que teniendo en cuenta que el período establecido por el artículo 276 de la Constitución y las implicaciones determinadas por la Corte Constitucional[166], como lo son el equilibrio institucional procurado mediante la coordinación de los períodos de altos dignatarios estatales, la renovación del modelo político y el principio de alternancia en el ejercicio del poder público, no debía entenderse que la reelección del Procurador General de la Nación estaba permitida, sin antes acudir a la interpretación integral de la estructura constitucional de dicho órgano de control para determinar su procedencia o prohibición, de donde la cual resultaba forzoso concluir que el período constitucional del supremo director del Ministerio Público que no admitía variación alguna por parte del órgano elector.

Por ello, y frente a lo manifestado en los acápites precedentes, es pertinente concluir:

- El señalamiento del período para el Procurador General de la Nación por parte del constituyente es una limitación que impedía al Senado de la República comprender dentro de su función de elegir, aquella de reelegir al Procurador en ejercicio para el periodo inmediatamente siguiente.

- Volver a elegir a quien está en el ejercicio del cargo de Procurador General de la Nación, requiere de una competencia expresa de rango constitucional.

- Ante la ausencia de dicha competencia y ante la inexistencia de la discrecionalidad absoluta en el ejercicio de las funciones públicas, no era posible considerar la existencia de la misma, por cuanto ello es contrario al Estado de Derecho y al principio de legalidad que se desprende de la fórmula política constitucional, en especial, de los artículos 6º, 121, 122 y 123 de la Constitución Política de 1991.

- Con la reelección inmediata del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, se produjo un quebrantamiento de la arquitectura constitucional colombiana, toda vez que no se garantizaron los principios de alternancia en el poder, separación de poderes y sistema de frenos y contrapesos; en la medida en que se dio una coincidencia de períodos entre el Presidente de la República y el Supremo Director del Ministerio de Público, desde el 7 de agosto del 2010 hasta la actualidad, siendo claro que, ante la posibilidad reelección presidencial, era necesario maximizar el principio del control garantizando el diseño institucional establecido en la Carta de 1991 por el Constituyente.

[166] Corte Constitucional, Sentencia C-406 del 4 de julio de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

- La Procuraduría General de la Nación es uno de los órganos del vértice de la Estructura del Estado, y máximo ente del control disciplinario y de la función de Ministerio Público, y dada su relación con otros órganos del Estado, en especial, de la Rama Ejecutiva, se requiere garantizar siempre su total y completa autonomía, lo cual se puso en riesgo al permitirse la reelección inmediata de quien venía ejerciendo el cargo, dado que se dieron las condiciones para reconducir el poder público propio de su función, en pro de su permanencia en el cargo por periodo adicional.

- El doctor Alejando Ordóñez Maldonado era inelegible, por lo tanto, ante dicho escenario, no puede considerarse que la imposibilidad de su reelección como Procurador General de la Nación, configure una vulneración de sus garantías constitucionales derivadas del artículo 40 del Texto Fundamental –derecho a elegir y ser elegido y a participar en la conformación y ejercicio del poder público-, en tanto las mismas, no surgieron a la vida jurídica dada su condición. A contrario sensu, dichas garantías sí se le vulneraron al resto de los ciudadanos colombianos que aspiraban a ocupar dicha dignidad, toda vez que no se garantizaron las condiciones de igualdad en la elección, ni se establecieron los mecanismos adecuados para propiciar su participación, los cuales son elementos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano.

- El artículo 245 de la Ley 4ª de 1913 es inaplicable al caso concreto, en tanto i) su análisis debe realizarse frente al diseño institucional que trae la propia Constitución de 1991 y la supremacía normativa de ésta, y como se vio, interpretar que del texto del artículo 276 es posible la reelección indefinida del Procurador General de la Nación, resulta contrario a la finalidad constitucional del período de éste funcionario y la arquitectura constitucional; y ii) bajo una interpretación *sedes materiae*[167], la disposición en comento, corresponde a los funcionarios de la administración pública, lo cual tendría sentido bajo la Constitución de 1886 donde el Procurador dependía orgánica y funcionalmente del Presidente de la República, sin embargo, ello no es así desde el año 1991, donde la Procuraduría General de la Nación es un órgano constitucional autónomo y, en consecuencia, se encuentra fuera de la administración pública.

Lo anterior conlleva a que, de forma inexorable, el acto administrativo proferido por el Senado de la República, en el cual se declaró la elección del señor Alejandro Ordoñez Maldonado como Procurador General de la Nación, se considere nulo, en tanto se incurrió en su formación, en un vicio correspondiente a la falta de competencia de los órganos de elección para volverlo a elegir en dicha dignidad para el período siguiente, lo que implica que el mismo fue expedido en forma irregular.

---

[167] Este argumento interpretativo es aquel por medio del cual la atribución o justificación del significado de un enunciado se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización topográfica proporciona información sobre su contenido por ser fruto de un plan de legislador y, por tanto, manifiesta su voluntad. EZQUIAGA GANUZA, Francisco Javier. "La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana". Tribunal Electoral del Poder judicial de la Federación. México, 2006. Página 115.

En lo anteriores términos presentamos nuestra aclaración de voto a la sentencia del 7 de septiembre del 2016 dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Fecha *ut supra*,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Consejera de Estado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Consejero de Estado

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

En relación con lo resuelto en la sentencia de 7 de septiembre de 2016 proferida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en el expediente de la referencia, con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar mi voto en el siguiente sentido:

La Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, en la sentencia objeto de la presente aclaración de voto, desestimó el cargo de inexistencia de norma expresa que autorizara la reelección del señor Alejandro Ordóñez Maldonado Procurador General de la Nación para el periodo 2013-2017.

En mi criterio, el mencionado cargo de nulidad debió haber prosperado dado que el ordenamiento jurídico no hay norma que expresamente permita la reelección del Procurador General de la Nación, pues el artículo 276[168] de la Constitución Política que regula el asunto únicamente señala quien elige y como se elige a este funcionario, de manera que no podía quien había desempeñado ese cargo postularse nuevamente para el mismo.

Por otra parte, el análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente[169] permite establecer que esa Corporación no tuvo la intención de permitir la reelección del Procurador General de la Nación, por cuanto el asunto fue sometido a votación y se decidió negar esa posibilidad, razón por la que en la Constitución Política no se consagró una norma expresa que la permitiera[170].

Atendiendo lo anterior, y dado que comparto los demás argumentos por los cuales la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado anuló el acto de

---

[168] Constitución política, artículo 276. El Procurador General de la Nación será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

[169] Discusión del artículo 276 de la Constitución Política, en la Comisión 4º (12 de marzo y 24 de abril de 1991), la Comisión 1º (15 de mayo de 1991), la comisión codificadora (12 de junio de 1991) y la Plenaria (1, 3, 7, y 12 de junio de 191).

[170] En la Asamblea Constituyente, se puso a consideración de los Constituyentes (73 Constituyentes, 2 con voz pero sin voto), el asunto de la no reelección del Procurador General de la Nación y se votó así:
1. Votos afirmativos (A favor de la no reelección) = 53
2. Votos negativos (a favor de la reelección) = 1
3. Abstenciones =0.

elección del señor Alejandro Ordoñez Maldonado como Procurador General de la Nación para el periodo 2013-2014, dejó así consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación y aunque comparto la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso – Administrativo de declarar la nulidad del acto por el cual el Senado de la República eligió al doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como procurador general de la Nación, considero necesario aclarar mi voto en lo que respecta a la interpretación y alcance otorgado al artículo 126 de la Constitución Política.

En la providencia se afirma que la referida norma prohíbe que "*los servidores públicos con poder de nominación, designen a los familiares descritos en la norma, de las personas que tuvieron competencia para intervenir* ***directamente*** *en su designación*[171]." (Se resalta).

Sin embargo, de la lectura de la disposición en comento no se deduce que la prohibición esté limitada a quienes tengan competencia para intervenir **directamente** en su designación sino que abarca, en general a todos aquellos que tengan la facultad para intervenir –directa o indirectamente- en dicha designación.

De manera concreta el aparte correspondiente, con la redacción vigente para la época de la reelección[172], establecía:

> *"…Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.…"*

En tales condiciones, al no haber hecho la norma ninguna distinción frente a la restricción no le es dable al intérprete hacerla y por ende, debe entenderse, en mi criterio, que la prohibición incluye a todos los competentes para designar de una manera u otra.

Desde este punto de vista, la restricción no solo aplica en el caso concreto a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y el Senado de la República -que

---

[171] Folio 25

[172] La norma fue modificada por el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015.

fueron las Corporaciones que postularon y eligieron al Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado como procurador general de la Nación por segunda vez- sino también al presidente de la República y a los integrantes del Consejo de Estado, quienes también participaron en la designación de los demás integrantes de la terna[173].

Lo anterior encuentra justificación en el hecho de que los encargados de postular a los demás candidatos que integran la terna, también pueden influir de una u otra forma, lo que podría ir en contra de los principios que deben regir la actuación pública.

Adicionalmente, considero que se debió precisar en el proyecto que el hecho de que el impedimento manifestado por algunos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no haya sido aceptado por la Sala Plena de esa Corporación no afectó la inhabilidad, por cuanto en este caso se desconoció la prohibición de manera previa al proceso de reelección y por tanto, ésta ya estaba configurada para el momento en que los impedimentos fueron tramitados.

Dicho en otras palabras, no es la actuación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia la que genera la nulidad de la elección, sino la propia actuación del funcionario que incurrió en la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución Política.

Por tanto, debió dejarse claro que fue el exprocurador Ordóñez el que de manera deliberada se puso en dicha situación inhabilitante, por cuanto como servidor público debía conocer el alcance de la restricción y por ende, debió abstenerse de nombrar directamente o por interpuesta persona a parientes y en general, a personas que se encontraran en alguno de los grados de consanguinidad, afinidad o grado civil contemplados en la disposición respecto de los funcionarios que podrían intervenir en su proceso de reelección.

Sin embargo, como no se abstuvo y por el contrario, a sabiendas de que estaba prohibido designó a varios parientes de quienes tenían competencia para intervenir en su reelección, con dicha conducta, afectó la transparencia, igualdad y demás principios que deben regir este tipo de procesos de elección y por ende, incurrió en la causal de nulidad electoral consagrada en el numeral 5 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece expresamente que habrá lugar a declarar la nulidad de los actos de elección cuando se elija a candidatos que se hallen incursos en causales de inhabilidad.

En estos términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

---

[173] De conformidad con lo establecido con el artículo 276 Constitucional "*[e]l procurador general de la Nación será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado".*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – LUCY JEANNETTE BERMUDEZ B.

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala con la cual se resolvió *"DECLARAR la nulidad del acto por el cual el Senado de la República eligió al doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, contenido en el Acta de sesión plenaria del Senado del 27 de noviembre de 2012"*.

Si bien compartí el sentido de la providencia, existen motivos que me llevan a separarme de parte del análisis propuesto en su parte considerativa, principalmente, en lo que concierne, por un lado, a (i) la violación del artículo 126 de la Constitución Política, que, en efecto, considero se dio, pero no como quedó plasmado en la sentencia, sino con los matices que explicaré en subsiguientes apartes de esta aclaración; y por otro lado, respecto (ii) del examen de los demás cargos que integraron la fijación del litigio, algunos de los cuales, en mi opinión, también estaban llamados a prosperar y que, bajo el criterio de que prosperó el primero, dejaron de juzgarse, con lo cual se priva a la comunidad jurídica del análisis de las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta en actuaciones futuras.

1. DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS SUBYACENTES AL PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL

En el proceso en cuestión, los problemas jurídicos a resolver planteados en la fijación del litigio en la audiencia inicial de 6 de noviembre de 2013 (fl. 638) fueron los siguientes:

(i) Si el Senado de la República tenía competencia para reelegir al doctor **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO** como Procurador General de la Nación, en razón que no existe norma expresa que lo autorice.

(ii) Si el procedimiento para la postulación del cargo de Procurador General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia es discrecional o reglado, y si

existe una regla temporal para que los órganos constitucionalmente llamados a realizar la postulación para ese cargo la lleven a cabo.

(iii) Si la Corte Suprema de Justicia utilizó el procedimiento adecuado para postular al doctor. **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO** al cargo de Procurador General de la Nación.

(iv) Si la intervención de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la postulación, y de Senadores de la República en la designación, que tenían familiares laborando en la Procuraduría, o se hallaban investigados por ella, generaría la nulidad de la elección del doctor. **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**.

(v) Si el doctor. ORDÓÑEZ MALDONADO estaba inhabilitado para ser reelegido Procurador General de la Nación, según el artículo 126 de la C.P.

(vi) Si la renuncia de uno de los postulados o de los candidatos conllevaría a su desintegración y, por ende, a la nulidad de la elección del doctor **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO** que se produjo sin la recomposición de la misma.

Así mismo dichos problemas jurídicos tienen su origen en los fundamentos de derecho (normas violadas y concepto de violación) presentados en las 3 demandas acumuladas, así:

1.1. CARLOS MARIO ISAZA SERRANO

Presentó demanda de nulidad electoral del acto de elección del doctor **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO** por las siguientes causales:

1.1.1. Infracción de las normas en las que debía fundarse en cuanto de conformidad con los artículos 121 y 276 de la CP y 3º del Decreto 262 de 2000 no existe norma que habilite al Congreso para que reelija al Procurador.

Se desconoció el reglamento (artículo 10) de la Corte Suprema de Justicia porque no hubo posibilidad de "**seleccionar**" porque fue a puerta cerrada, **sin convocatoria**, violando los principios-derechos del debido proceso, respeto de los actos propios, buena fe y confianza legítima.

1.1.2. Expedición irregular:

a.) Se violó el artículo 209 de la CP en cuanto a los principios de **imparcialidad**, **transparencia** y **moralidad** y el artículo 40 de la ley 734 de 2002 en cuanto en algunos magistrados existía **conflicto de intereses** por tener parientes trabajando

en la Procuraduría General de la Nación y a pesar de ello votaron. 3. Lo que también constituye expedición con desviación de poder.

b.) Se violaron los artículos 13 y 276 de la CP y 3º del Decreto 262 de 2000, en cuanto al tenor de lo previsto por el artículo 2.10 del CPACA (i) se vulneró el principio de **coordinación** para que los tres postulantes lo hagan al tiempo, (ii) la Corte postuló anticipadamente (iii) A pesar de la renuncia de la doctora **María Mercedes López Mora** no se recompuso la terna.

1.1.3. Falta de competencia del Senado para reelegir. La competencia es para elegir, no para reelegir.

1.2. JOSÉ LEONARDO BUENO RAMÍREZ

Acusó el acto de elección de:

1.2.1. Violación del artículo 35.18 de la Ley 734 de 2002 y del artículo 40 de la ley 734 de 2002, porque condujo a que la postulación por parte de la Corte Suprema de Justicia se hiciera de manera irregular, pues en ésta concurría **conflicto de intereses** por haber sido el juez disciplinario de **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO** en el proceso que se le adelantó por haber absuelto a Diego Palacio y a Sabas Pretelt.

1.2.2. Se violó el artículo 126 de la Carta en cuanto algunos de los magistrados de la Corte tenían **parientes** en la Procuraduría General de la Nación.

1.2.3. También existió **conflicto de intereses** en los senadores que estaban siendo investigados por el Procuraduría General de la Nación, con lo cual se vulneró el artículo 40 de la ley 734 de 2000 y en quienes tenían parientes trabajando en la Procuraduría General de la Nación.

1.2.4. Está prohibida la **reelección** del Procuraduría General de la Nación.

1.2.5. Considera que entonces se violó el artículo 29 de la CP, y el 40 de la ley 734 de 2002.

1.3. RODRIGO UPRIMNY YEPES

(Se anuncian, pero no firman: José Rafael Espinosa y Paula Rangel Garzón), Armando Novoa, Pedro Santana y Fabio Velásquez, aduciendo diferentes condiciones respecto de las cuales no aportan prueba alguna, y luego Federico Andreu Guzmán quien dijo apoyar la demanda, pretenden la nulidad de la elección del señor **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO** por las siguientes causales y razones:

1.3.1. Vulneración del régimen de **impedimentos** en la elección del Procurador General de la Nación, por cuanto:

a.) Los congresistas tenían investigaciones **disciplinarias** en la Procuraduría General de la Nación

b.) Los congresistas tenían **parientes** laborando en la PGN, situación que ocurría respecto de 59 congresistas, con lo cual se afecta la mayoría requerida.

1.3.2. Violación del artículo 216 de la CP con lo cual se vulneran los principios del artículo 209, por cuanto tanto magistrados de la Corte Suprema de Justicia como del Senado tenían **parientes** trabajando en la Procuraduría General de la Nación.

1.3.3. La postulación del señor **Ordóñez Maldonado** por parte de la Corte Suprema de Justicia es inválida porque sólo obtuvo 14 votos necesitando 16, por cuanto 3 de los 17 que obtuvo se emitieron en flagrante violación del artículo 216.

1.3.4. La reelección violó el artículo 126 de la CP por cuanto el señor elegido nombró a familiares de sus postulantes y electores.

2. DE LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 126 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En la sentencia se analizó el alcance del artículo 126 original de la Constitución Política –antes de la reforma de 2015–, a partir de determinados fallos de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que ilustran que dicho precepto obedece a la intención del Constituyente primario de combatir toda forma de nepotismo y de clientelismo –lo cual comparto–.

En lo sucesivo, fueron desglosadas las diferentes hipótesis contenidas en la norma, para concluir que estas se contraen, básicamente, a tres supuestos, que envuelven una *"… prohibición inhabilitante, objetiva, que configurada, acarrea la nulidad del acto electoral expedido con desconocimiento de dichas proscripciones…"*, que en la providencia fueron sintetizadas de la siguiente forma:

> "a. Prohibición de nombrar a los familiares en los grados previstos en la norma.
>
> b. Prohibición del 'yo te elijo, tú me eliges', pues está proscrito al servidor público, directamente o **por indirecta persona** nombrar, elegir, designar, postular a los familiares de aquellas personas (sic) que lo eligió, nombró, postuló o designó.
>
> c. Prohibición de 'tú nombras a mis familiares, luego yo te nombro, designo, postulo o elijo'.
>
> Está prohibido al servidor público directamente **o por interpuesta persona** designar, postular, nombrar, elegir a quien con anterioridad o posterioridad lo

designó, nombró, eligió o postuló a sus parientes en los grados referidos en la norma" (Negrillas propias).

En el caso concreto, luego de analizar el nombramiento de la pariente de la magistrada de la Corte Suprema de Justicia Ruth Marina Díaz Rueda, una vez dilucidados los elementos configurativos de la prohibición, en la providencia se expresa que la consecuencia es que *"… el nombramiento de la pariente* ***imposibilitaba la intervención de la Magistrada*** *Díaz en la conformación de la terna para la designación del procurador…"* (Negrillas propias).

Lo anterior, no sin antes advertirse lo siguiente:

> "Pese a que en el acto de nombramiento figura la Procuradora General (E), **ello en nada afecta la configuración de la prohibición**, ni subsana el vicio en el que se encuentra el acto acusado. Por el contrario, únicamente da cuenta de que el cargo en el que fue nombrada la pariente de la Magistrada Díaz Rueda es de libre nombramiento y remoción y que aquel depende directamente del despacho del Procurador General de la Nación. Sostener lo contario sería tanto como avalar la creación de un mecanismo que permita burlar los efectos que la prohibición constitucional pretende combatir, lo cual sucedería si, por ejemplo, la Procuradora General encargada nombrara a un hijo del Procurador General de la Nación en la planta global de la Procuraduría" (Negrillas propias).

Por otro lado, dentro del examen atinente al nombramiento de la cónyuge del magistrado José Leonidas Bustos, la providencia ofrece argumentos del siguiente tenor:

> "Si bien es cierto que se podría considerar que para la aplicación de la segunda parte del artículo 126 de la Carta no resulta indispensable la efectiva participación en el proceso de postulación o elección, **el análisis de esta hipótesis no resulta necesario en el caso concreto para decretar la nulidad del acto electoral**, por el argumento expuesto en el acápite anterior (alusivo al voto útil). Pero si se llegare a interpretar en sentido contrario, con mayor razón tendría que predicarse la invalidez del acto que se estudia.
>
> Lo anterior por cuanto a folio 180 del expediente se evidencia que, mediante Decreto de nombramiento No. 416 de 2010 el dr. Ordóñez Maldonado designó directamente, el 19 de febrero de ese mismo año, en el cargo de Procurador Judicial II 134 Administrativa de Bogotá que para el momento de los hechos tenía naturaleza de libre nombramiento y remoción, a la esposa del Magistrado Bustos, señora Ana Josefa Velasco de Bustos" (Negrillas propias).

Pues bien, como lo anticipé, aunque estoy de acuerdo en que el cargo estaba llamado a prosperar, me aparto de algunas de las razones reseñadas en los párrafos inmediatamente anteriores.

En primer lugar, debo expresar que no comparto la afirmación de que la prohibición consagrada en el artículo 126 de la Constitución se puede materializar por designaciones realizadas por “indirecta” o “interpuesta”, así como tampoco el entendimiento que se da al nombramiento realizado por la Procuradora General (E) a la familiar de la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda.

Lo anterior, toda vez que el nombramiento en cuestión, si bien puede eventualmente ser objeto de censura y generar tensiones con reglas y principios constitucionales, no puede estudiarse dentro de la órbita del artículo 126 superior, pues no es subsumible en ninguno de los supuestos que allí se contemplan. Ergo, este hecho que plasma la sentencia, podría llegar a ser un factor nulitante del acto de elección demandado, pero no a la luz del artículo que sostiene el cargo examinado en el presente acápite; mucho menos, teniendo en cuenta que ello conllevaría una interpretación extensiva de un mandato que limita derechos y garantías superiores –v.g., el derecho a elegir y ser elegido–, inadmisible para los fines del proceso de nulidad electoral.

De otra suerte, la hipérbole que se toma como ejemplo en el fallo, no resulta aplicable al caso de la referencia, ni justificativo de la interpretación que se enrostra –prohibición de nombramiento indirecto–, ni demostrativo de esguinces a la norma, porque tal posibilidad se encuentra cubierta por el propio artículo 126 de la Constitución, habida cuenta que si la Viceprocuradora, ejerciendo como Procuradora General de la Nación **en encargo**, nombra al hijo del Procurador General **en propiedad**, estaría nombrando al familiar de aquel servidor competente para intervenir en su designación. Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, el cargo de Viceprocuradora General es de libre nombramiento y remoción; y por orden constitucional (art. 278.6), la facultad nominadora en el ente de control recae exclusivamente sobre el Procurador General de la Nación.

En segundo lugar, debo decir que discrepo de la conclusión a la que llegó la mayoría respecto de la designación del familiar de la Magistrada Díaz Rueda, dado que, en mi criterio, el servidor inhabilitado en razón de dicha vinculación era el Procurador Alejandro Ordóñez Maldonado, y no la autoridad que, con posterioridad intervino en su postulación, esto es, la referida togada.

Con base en ese mismo raciocinio, era claro que con un solo nombramiento realizado directamente por el demandado a familiares de servidores públicos que fueran competentes para intervenir en su pretendida reelección, de concretarse, estaría viciada de nulidad esta reelección, como en efecto ocurrió, razón por la cual no era necesario acudir a la teoría del voto útil para desentrañar el fondo del asunto y concluir que el acto enjuiciado era ilegal. En cambio, sí creo que era pertinente ahondar en la inhabilidad que surgió para el servidor público reelecto, sin importar si el nominador o postulador potencialmente beneficiado con el nombramiento de su familiar intervino luego o no, comoquiera que, siendo el reputado fallo uno de unificación dictado por importancia jurídica, la claridad sobre el elemento determinante de la nulidad era imprescindible.

En ese orden de ideas, lo propio era disipar toda duda en torno a la razón efectiva que subyace a la consecuencia jurídica reflejada en la parte resolutiva del fallo y, por ende, exponer de forma expresa la regla descrita en el párrafo anterior, que emerge del tenor literal del artículo 126 de la Carta Política, que prohíbe que el servidor público que se quiera hacer reelegir favorezca a otros servidores –a ellos a sus familiares en los grados que señala la norma– "competentes para intervenir en su designación" de reelección. Nótese que dicha preceptiva no alude a servidores que efectivamente intervengan, sino que basta que posean la competencia para hacerlo.

Finalmente, debo también plantear mi disenso con aquellas consideraciones plasmadas en la sentencia, que apuntan a que la prohibición de que trata la hipótesis tercera no solo aplica para la figura de la reelección, sino también para cualquier aspiración que tenga el servidor público de ocupar una dignidad distinta.

Ello, por cuanto, desde mi perspectiva, tal escenario desborda el entendimiento que pueda tenerse del artículo 126 en su versión original –antes de la reforma de 2015–, pues de entre las múltiples interpretaciones que se pueden dar a dicho precepto, en la sentencia frente a la cual aclaro mi voto se prefirió la que limita con mayor carácter expansivo las libertades constitucionalmente amparadas que subyacen al derecho a elegir y ser elegido, al libre desarrollo de la personalidad y e trabajo, por decir lo menos.

Una intelección tan drástica como la que quedó plasmada en la sentencia, prácticamente supone privar a quien ha ocupado alguna de las más altas dignidades públicas de ejercer otro cargo de similares características, dado que, en muchos cargos del nivel nacional convergen las mismas autoridades en los procesos eleccionarios, dado el sistema mixto de escogencia de funcionarios por el cual optó el constituyente de 1991, que involucra a varios poderes públicos en un mismo proceso de postulación y/o designación.

3. DEL EXAMEN DE LOS DEMÁS CARGOS PROPUESTOS POR LOS DEMANDANTES

En mi personal criterio, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y el deber de los jueces –unipersonales y colegiados– de garantizar una tutela judicial efectiva a las partes implican la resolución de cada uno de los problemas jurídicos inherentes a los planteamientos esbozados por cada una de las partes e intervinientes dentro del proceso.

Tales deberes no se agotan únicamente en la decisión de acceder o no, pues es necesario que ofrezcan, además, razones que resuelvan de forma suficiente todos los reparos oportunamente efectuados por los distintos sujetos procesales; más aun cuando el llamado a pronunciarse sobre tales aspectos es el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que a través de sus pronunciamientos brinda las pautas que deben seguir las diferentes autoridades judiciales de la jurisdicción de la que es órgano límite.

Bajo esa égida, resultaba apropiado realizar el análisis de los cargos restantes que, a mi juicio en su mayoría, también estaban llamados a prosperar, de acuerdo con las razones que preciso a continuación.

3.1. Si el Senado de la República tenía competencia para reelegir al doctor ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO como Procurador General de la Nación, en razón que no existe norma expresa que lo autorice

En cuanto al asunto que corresponde al presente acápite, hago propios los argumentos plasmados en la aclaración de voto presentada por el Consejero Alberto Yepes Barreiro dentro del trámite de la referencia, los cuales convergen a la falta de competencia del Senado de República para **reelegir** al demandado y, de contera, respaldan la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

3.2. Si el procedimiento para la postulación al cargo de Procurador General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia es discrecional o reglado, y si existe una regla temporal para que los órganos constitucionalmente llamados a realizar la postulación para ese cargo la lleven a cabo

3.3. Si la Corte Suprema de Justicia utilizó el procedimiento adecuado para postular al Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO al cargo de Procurador General de la Nación

Para mejor compresión y resolución de los problemas jurídicos de la fijación del litigio, en esta exposición se agrupan por su temática las causales 2º y 3º relacionados con el procedimiento de postulación por parte de la Corte Suprema de Justicia de uno de los integrantes de la terna para que el Senado de la República elija al Procurador General de la Nación, atendiendo a su carácter reglado, a la posible existencia de un límite temporal y, en general, de su adecuación al caso concreto.

Tales cuestionamientos devienen de lo consignado en las demandas presentadas por los ciudadanos Carlos Mario Isaza Serrano y José Leonardo Bueno Ramírez, en torno a que la selección realizada por la Corte Suprema de Justicia no contempló varios candidatos, se realizó de forma irregular, con desviación de poder, en ausencia de una convocatoria pública que en casos anteriores si se llevó a cabo, sin interpretar el reglamento de la Corporación a la luz de las normas constitucionales y con infracción al debido proceso, al respeto por el acto propio, a la confianza legítima y a la buena fe.

Es por ello que una lectura conjunta de las demandas, en armonía con el problema jurídico que emerge de la fijación del litigio, se orientaba a establecer las

reglas que rigen a la Corte Suprema de Justicia para el trámite eleccionario examinado.

Al respecto, lo primero que se debe señalar es que, en la arquitectura constitucional de la Rama Judicial, el Constituyente de 1991 estableció que al Procurador General de la Nación lo elegirá el Senado de la República de una terna integrada por candidatos propuestos por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (art. 276 CP.).

A su turno, el artículo 17 de la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia – le adscribe a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia la función de solucionar los asuntos administrativos (numeral 2º), y las demás que le prescriban la Constitución, la ley o **el reglamento** (numeral 7º).

De conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 235 de la Constitución Política, es facultad de la Corte Suprema de Justicia darse su propio Reglamento.

En ejercicio de esa facultad, la Sala Plena de la Corporación profirió el Acuerdo N° 022 del 18 de junio de 1998[174] mediante el cual expidió el Reglamento General de la Corporación, en cuyo artículo 10 numeral 6º aparece explícitamente la función de ***"Seleccionar un integrante de la terna para la elección de Procurador General de la Nación y enviarlo al Senado de la República (artículo 276 Constitución)"***.

Una lectura exegética de dicho precepto conduce a un análisis como el que se sigue: (i) el verbo rector de dicha formulación normativa es ***"seleccionar"***; (ii) la Real Academia de la Lengua Española define este vocablo, así: "*Elegir, escoger por medio de una* ***selección****"*; (iii) a su turno, la palabra *"selección"* que es la que engloba el procedimiento por el que opta el citado reglamento, significa: *"Acción y efecto de* ***elegir a una o varias personas o cosas entre otras****, separándolas de ellas y prefiriéndolas"*.

Luego, es claro que, desde esa perspectiva, dicha norma lleva ínsita la condición de que la Sala Plena[175] de la Corte Suprema de Justicia debe **elegir** a su candidato dentro del marco de un procedimiento que contemple **varias personas**, que tengan la opción de acceder a tan alta dignidad del Ministerio Público.

Es evidente que la facultad constitucional de postular un integrante de la terna para que de ella el Senado de la República elija al Procurador, implica que en la confección de dicha lista, la Corte Suprema realice el **proceso de elección** correspondiente para escoger su candidato en observancia plena de los procedimientos indicados en el Reglamento de la Corporación; de ahí que sea dable afirmar que **la sola violación de esta máxima sería suficiente para concluir que el acto de elección que se produzca sin atender la pluralidad de**

[174] Modificado mediante el Acuerdo No. 006 de 12 de diciembre de 2002, de la misma Corporación.
[175] Pues dicho artículo se sitúa dentro del catálogo de funciones de la Sala Plena.

<u>candidatos</u>, adolece de infracción de la norma reglamentaria en la que debía fundarse.

Sin embargo, afirmar que esta es la única regla, sería dejar de lado toda una serie de directrices claras, infranqueables y de significativo valor, que devienen de la preceptiva en cuestión.
Dentro de ese catálogo se encuentran algunas reglas atinentes a la votación, como son el voto secreto y la mayoría calificada que exige el quorum decisorio. Así, por ejemplo, el artículo 6° *ejusdem* previene:

> "ARTÍCULO 6o. VOTACIONES. <Acuerdo Unificado en un solo texto mediante el Acuerdo 6 de 2002> **La votación** para elegir funcionarios y empleados y **para escoger candidatos a ternas o para integrar éstas será <u>secreta</u>**. Para las demás decisiones, serán públicas y nominales, a petición de cualquiera de los asistentes".

En similar sentido, el artículo 5° del texto reglamentario consagra:

> "ARTÍCULO 5o. MODIFICADO. Acuerdo 005 de 2002, Artículo 2o. Quórum. El quórum para deliberar será la mayoría de los miembros de la Corporación. Las decisiones se tomarán por igual mayoría, salvo en los siguientes casos en los cuales **se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de sus integrantes**: elección de Presidente y Vicepresidente de la Corte, de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los integrantes de las ternas para Magistrados de la Corte Constitucional, **Procurador General de la Nación**, Contralor General de la República y Auditor de la Contraloría; las reformas al presente reglamento y los proyectos de ley de iniciativa de la Corte".

Irradia con gran luminiscencia el hecho de que el trámite de selección de un integrante para la terna de Procurador debe observar la regla de **voto secreto** y de **mayoría calificada** (2/3 integrantes = 16 votos).

Otro aspecto de capital valía tiene que ver con el funcionamiento de la Sala y el conocimiento previo de los asuntos a tratar en las sesiones que realiza en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales.

Así, es de destacar que la referida norma interna de la Corporación establece que el funcionamiento de la Sala Plena, como órgano colegiado, responde a reuniones o sesiones de carácter ordinario o extraordinario (artículos 3[176], 4[177], 26[178] y 27[179]),

---

[176] **ARTÍCULO 3o. REUNIONES.** <Acuerdo Unificado en un solo texto mediante el Acuerdo 6de 2002> Deberá reunirse ordinariamente cada quince (15) días, y extraordinariamente cuando la convoque el Presidente o al menos siete (7) de sus integrantes.
La convocatoria a sesiones extraordinarias se hará por escrito, indicando el día, la hora y el objeto de la reunión. En caso de urgencia la citación podrá hacerse verbalmente, de lo cual se dejará constancia en el acta de la respectiva sesión.
Las reuniones extraordinarias que se realicen sin cumplir con lo dispuesto en este artículo, y las decisiones que en ellas se tomen, serán ineficaces de pleno derecho.
<u>ARTÍCULO 4o. SESIONES ORDINARIAS.</u> <Acuerdo Unificado en un solo texto mediante el Acuerdo 6 de 2002> Las reuniones ordinarias se llevarán a cabo los días jueves de cada dos semanas a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.)

en las cuales previamente debe estar dispuesto el "**Orden del Día**", que no es más que la distribución y organización de los **asuntos a tratar** para que los Magistrados tengan la suficiente antelación para conocer y preparar sus intervenciones, razón por la cual las convocatorias deben contener el objeto de la reunión (inciso segundo del artículo 4). Tal orden sólo se podrá alterar o adicionar previa aprobación por la Sala Plena a solicitud de cualquier Magistrado (inciso segundo artículo 27):

> "ARTÍCULO 27. ACTAS. <Acuerdo Unificado en un solo texto mediante el Acuerdo 6 de 2002> Al menos un día antes de cada sesión la Secretaría General deberá entregar a los presidentes de las Salas de Casación un proyecto de acta de la reunión precedente, el cual quedará a disposición de cualquiera de los magistrados en la Secretaría.
>
> Llegado el día y la hora de la reunión se llamará a lista, si hubiere quórum se declarará abierta y **se someterá a consideración y aprobación el Orden del Día, que se observará a menos que fuere aprobada su alteración o adición por solicitud de cualquier magistrado.**
>
> El proyecto de acta se aprobará al inicio de la sesión si ningún Magistrado le hiciere observaciones. En caso contrario se dará lectura y se someterán a consideración las propuestas de modificación o adición, que si fueren aprobadas integrarán el texto definitivo, el cual será suscrito por el Presidente y el Secretario General".

De igual forma el artículo 38 del Reglamento General impone de manera específica como requisito para realizar elecciones:

> "Las elecciones en propiedad **requerirán señalamiento de fecha con no menos de cinco días de anticipación**. Se proporcionará a los Magistrados la lista y hojas de vida respectivas.
>
> Parágrafo: En las elecciones en provisionalidad y en encargo, bastará que consten en el orden del Día." (**Negrillas y subrayas fuera de texto**).

De la lectura de estos dos artículos (27 y 38) surgen tres reglas que se suman a las advertidas en precedencia. La primera, que las elecciones en propiedad, como

---

o en el día y hora previamente acordado por la mayoría de los integrantes de la Corporación. Deberá sesionar durante el tiempo necesario para agotar el correspondiente orden del día, pero sin excederse de cuatro horas continuas; sin embargo, podrá declararse en sesión permanente cuando así lo determine la mayoría de los integrantes de la Corporación (Artículo 54 inciso 3o. Ley 270 de 1996).

[178] **ARTÍCULO 26. CONVOCATORIA.** <Acuerdo Unificado en un solo texto mediante el Acuerdo 6 de 2002> La convocatoria a sesiones tanto ordinarias como extraordinarias se hará de acuerdo con lo referido en el capítulo primero de este reglamento.

[179] **ARTÍCULO 27. ACTAS.** <Acuerdo Unificado en un solo texto mediante el Acuerdo 6 de 2002> Al menos un día antes de cada sesión la Secretaría General deberá entregar a los presidentes de las Salas de Casación un proyecto de acta de la reunión precedente, el cual quedará a disposición de cualquiera de los magistrados en la Secretaría.
Llegado el día y la hora de la reunión se llamará a lista, si hubiere quórum se declarará abierta y se someterá a consideración y aprobación el Orden del Día, que se observará a menos que fuere aprobada su alteración o adición por solicitud de cualquier magistrado.
El proyecto de acta se aprobará al inicio de la sesión si ningún Magistrado le hiciere observaciones. En caso contrario se dará lectura y se someterán a consideración las propuestas de modificación o adición, que si fueren aprobadas integrarán el texto definitivo, el cual será suscrito por el Presidente y el Secretario General.

la que se examina, no pueden ser sorpresivas, pues requieren del **previo señalamiento de la fecha en que se realizará, por lo menos con 5 días de antelación**; la segunda, que si bien es potestativo de la Corporación que sus magistrados, una vez instalada la sesión, puedan proponer modificaciones o adiciones al orden del día, estas deben respetar el término dispuesto para que la elección se pueda llevar a cabo, pues **no basta que se haga constar en el orden del día la intempestiva inclusión de una agenda electoral de cargos en propiedad, ya que esta posibilidad está dispuesta solo para *las elecciones en provisionalidad y en encargo*** (parágrafo); y la tercera, el **análisis de las hojas de vida de los candidatos**.

Por otra parte, huelga resaltar que el Reglamento **faculta a las Salas de Casación o a los Magistrados individualmente considerados para postular candidatos** para que integren la terna para la elección de Magistrados de la Corte Constitucional (numeral 4º del artículo 10), **posibilidad que no se consagra** expresamente en la selección del candidato que integrará la terna de donde se escoge al Procurador General de la Nación (numeral 6º). Veamos:

> "**ARTÍCULO 10. FUNCIONES.** <Acuerdo Unificado en un solo texto mediante el Acuerdo 6 de 2002> Tendrá las siguientes funciones principales:
> (…)
> 4. Integrar ternas para la elección de Magistrados de la **Corte Constitucional**, de los **candidatos que acuerden las Salas de Casación o que postulen individualmente los magistrados**, y enviarlas al Senado de la República.
> (…)
> 6. Seleccionar un integrante de la terna para la elección de Procurador General de la Nación y enviarlo al Senado de la República (artículo 276 Constitución)".

Si bien la mayoría de reglas advertidas son positivas (que facultan), de un análisis sistemático de los numerales transcritos, deviene una suerte de regla negativa, que se concreta en la **ausencia de una facultad de las Salas de esa Corporación o de los magistrados que la integran para postular los candidatos entre los cuales deberán seleccionar al integrante de la terna para Procurador General de la Nación**.

Ello sin contar con lo consagrado en el numeral 12 del artículo 19 de dicho reglamento, que consagra como una de las funciones del Presidente de la Corte Suprema de Justicia:

> "…Designar (i) **comisiones escrutadoras de las votaciones que se efectúen** para elegir funcionarios o empleados o **para escoger candidato a terna o ternas**; (ii) **anunciar el resultado** que la Comisión le suministre y (iii) **proclamar la elección o la escogencia del candidato**".

De ahí se destaca que independientemente de quien tenga asignada la función, el proceso eleccionario comprende una fase de **escrutinio, anuncio del resultado y proclamación de la elección**.

Luego, la conclusión que responde al problema jurídico planteado en el cargo No. 2 es que el procedimiento para la postulación al cargo de Procurador General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia es reglado, y tiene como fuente primigenia el Acuerdo 022 de 1998 emanado de la Sala Plena de esa Corporación, y sus modificaciones.

Como se afirmó en reciente providencia de la Sección Quinta[180], todas las disposiciones señaladas consagran de manera clara y concreta la materia de la votación y de la elección, y contienen reglas, principios y valores que son esenciales y que han de ser considerados como procesales o hasta procedimentales.

Estas disposiciones contenidas en el Reglamento de esta Corporación Judicial, son una manifestación clara y explícita de normas jurídicas vinculantes que se integran al ordenamiento jurídico con plena capacidad y efectos. Tales estatutos internos gozan de la denominada *"intangibilidad"*[181]*,* construcción conceptual propia del Derecho Administrativo en la cual la administración –en el *sub-examine* la Corte Suprema de Justicia desplegó función administrativa- debe respetar la legalidad que ella misma crea y se le prohíbe alejarse de sus propias disposiciones. Lo contrario implica violar el principio de legalidad de las actuaciones administrativas procediendo por fuera del cauce y de los límites jurídicos establecidos, tal como de antaño lo viene reconociendo la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, entre otras en sentencia de 6 de marzo de 2012, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado, demandada: Fiscal General de la Nación[182], donde se señaló:

> "Debe advertir la Sala que el Reglamento de las Cortes (particularmente el de la Corte Suprema de Justicia) sí es susceptible de modificación, solo que, ello puede llevarse a cabo en los precisos términos que el mismo Reglamento prevé, como así lo prescribe el Artículo 52 del Acuerdo N° 006 de 2002, disposición que es del siguiente tenor:
>
> *"Artículo 52. Reformas. Las reformas al presente reglamento podrán proponerse por cualquiera de los Presidentes de Sala o por lo menos dos Magistrados y deberán sustentarse por escrito. Serán discutidas y aprobadas en dos reuniones ordinarias".*
>
> Sin embargo, mientras no se cumpla el rigor del trámite allí establecido, **el texto original de Reglamento es de rigurosa aplicación. Sobre el**

[180] Sentencia de 25 de junio de 2014, Radicación 2013-00024.
[181]Sobre la Teoría de la Intangibilidad el profesor García de Enterría ha dicho:*" (…) la autoridad que ha dictado un reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa. Hasta aquí, el contenido de la regla en cuestión coincide con el ámbito del viejo principio legem patere quam ipse fecisti.".* Curso de Derecho Administrativo, Ed. Cívitas. Madrid, 1986, pg.208.
[182] Ver también sobre el punto la aclaración de voto que hiciera el doctor Enrique Gil Botero.

particular, es pertinente la referencia a la denominada *"teoría de la intangibilidad del Reglamento",* que es propia del Derecho Administrativo y se considera exacta para explicar el fenómeno que aconteció en este caso. Lo que subyace a esta teoría es que la administración –en el *sub-lite* la Corte Suprema de Justicia ejerció la función administrativa- debe respetar la legalidad que ella misma crea y no le es dable separarse de sus propias reglas. Hacerlo significa violar el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, para actuar por fuera del derecho vigente en el momento.

En efecto, este principio –recuérdese- consiste en que **los Reglamentos**, que son actos administrativos generales, que tienen vocación de permanencia en el tiempo, y que se aplican a un número (indeterminado) de personas o supuestos, **no pueden, mientras están vigentes, dejar de aplicarse a un caso concreto –o aplicarse de manera diferente a lo que disponen-, porque en tal evento se estarían derogando -para un caso singular-, alternado su principio interno que dispone que rige de manera idéntica, siempre**.

Claro está que esto no se opone a que el Reglamento se pueda derogar, es decir, a que la autoridad que lo expide lo cambie o lo modifique por otro, sólo que debe hacerlo de manera igualmente general, y hacia el futuro, con la vocación de aplicarlo a todos los casos por venir que se presenten y se subsuman en él.

De ninguna manera es admisible que el Reglamento vigente se inaplique a un solo supuesto fáctico, porque actuar así deja entrever la arbitrariedad de la administración, ya que en lugar de aplicar el Reglamento vigente, modifica su texto (sin haberlo derogado o cambiado previamente y de manera general), sólo para un caso concreto[183].

En el caso de autos, la Corte Suprema de Justicia, incurrió, precisamente, en esta prohibición, porque estando vigente su Reglamento, pretendió inaplicarlo sin derogarlo, es decir, conservando su vigencia, solo que en la elección que se viene analizando no regiría como dispone su tenor literal. Esto vulneró el principio de legalidad, representado, en esta ocasión, en la regla contemplada en su propio Reglamento interno, cuya vinculación tiene que imponerle ahora el Consejo de Estado[184]."(**Negrillas fuera de texto)**

Por ello, los Reglamentos mientras estén vigentes, como actos administrativos generales que son, deben ser observados y cumplidos obligatoriamente por parte de las propias Corporaciones que los expidieron para regular, organizar y formalizar sus actuaciones administrativas y no

---

[183] La prohibición de inaplicar un Reglamento a un caso concreto, fue concebida –primero- por la doctrina alemana, luego por la española y, posteriormente, por la colombiana, para supuestos como éste.

[184] Bien lo tiene dicho el profesor Eduardo García de Enterría, desde hace ya muchos años: *" (…) la autoridad que ha dictado un reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa. Hasta aquí, el contenido de la regla en cuestión coincide con el ámbito del viejo principio legem patere quam ipse fecisti."* Curso de Derecho Administrativo. Ed. Cívitas. Madrid. Página 208.

pueden dejar de acatarse, porque en tal evento se estaría ante una flagrante violación a una norma jurídica de carácter superior.

En efecto, se reitera, los Reglamentos de las Corporaciones Judiciales como desarrollo del principio de legalidad –que también es expresión del derecho fundamental al debido proceso– y manifestación del Estado de Derecho, son actos administrativos de carácter general con vocación de permanencia en el tiempo, de obligatorio cumplimiento por parte de sus destinatarios y sin posibilidad de excepción en su aplicación para un caso concreto en tanto incurriría en una protuberante arbitrariedad que conllevaría a la ilegalidad de la actuación.

De igual manera la inobservancia de los preceptos normativos, en este caso de los Reglamentos, rompe y trastoca el sistema jurídico violentando su coherencia y consistencia, y consecuencialmente crea incertidumbre en los receptores del derecho y desorientación en la respuesta frente a los supuestos legales.

No reconocer la fuerza vinculante del Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia en el proceso eleccionario surtido para escoger el nombre de la persona que integraría la terna de donde se escogería al Procurador General de la Nación, vulnera directa y principalmente el principio de legalidad, reconducido a través de la intangibilidad de su norma de procedimiento interna que impone su aplicación en forma idéntica en todos los casos y sin posibilidad de apartarse de él en un caso específico. En el sub lite, la Corporación desconoció en el trámite de elección adelantado, el procedimiento establecido por el propio cuerpo colegiado en los artículos 38 y 39 del Acuerdo 006 de 2002 omitiendo la convocatoria previa con los días de antelación señalados para realizar la elección y realizando una postulación cerrada vía sus Salas Especializadas cuando no tenían tal facultad.

La Sala reitera lo señalado por el Pleno del Consejo de Estado en la citada sentencia en cuanto que la inmutabilidad del Reglamento Interno puede revertirse pero siempre que se observe igual mecanismo al utilizado para su expedición; en otras palabras, para poder obviar los requisitos exigidos, necesariamente ha debido con anterioridad realizarse una modificación formal a las disposiciones 10 numeral 6º, 38 y 39 de la norma interna que obligan a realizar una citación con suficiente anticipación cuando se trate de elecciones en su interior y a excluir una postulación cerrada a cargo del propio órgano.

Nada más llamativo que las propias Corporaciones encargadas de impartir justicia, decidir los conflictos y aplicar el derecho, se aparten del principio de legalidad y de sometimiento al ordenamiento jurídico respectivo. Resulta incuestionable el papel que en un sistema político y social cumple tal ordenamiento, llamado a regular no solo las actuaciones del Estado, sino, incluso, la vida entre los particulares y el Estado mismo.

> En este sentido, la seguridad jurídica adquiere trascendencia en la vida misma de la organización estatal y ello se logra cuando el poder se ejerce mediante normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios y, en consecuencia, los individuos receptores de las mismas tienen la capacidad de predecir la respuesta del ordenamiento y actuar en consecuencia[185].
>
> Por otra parte esta Sección también tiene decantado su criterio sobre la anulación de actos de elección de personeros municipales que no hubieren observado sus reglamentos internos, al decir que "*Los actos administrativos de contenido particular y concreto como la designación de personero, deben observar los reglamentos que regulan las condiciones de su expedición porque estos poseen una jerarquía normativa superior*".[186]

Por otra parte, la Corte Constitucional en varios pronunciamientos ha recalcado que así se trate del ejercicio de facultades discrecionales en materia del acceso a la función pública, en todo caso debe existir un encuadre normativo mínimo que regule el desarrollo de tal función y no puede ser desconocido *so pena* de una violación al debido proceso y el libre acceso a los cargos y funciones públicas. Así ha razonado la alta Corporación[187]:

> "Pues a pesar de que se trata de un procedimiento esencialmente discrecional y, por lo tanto, no es un concurso de méritos al cual sean aplicables las reglas elaboradas por la jurisprudencia constitucional en la materia, **en todo caso está sujeto a un marco normativo,** conformado en primer lugar por el artículo 99 de la LEAJ que señala los requisitos que deben reunir los integrantes de la terna y, adicionalmente, por las normas reglamentarias expedidas por la propia Comisión Interinstitucional, **de manera tal que si desconoce este marco normativo se vulnera el debido proceso, porque se desatiende el esquema regulador que rige la provisión de cargo al cual deben ceñirse tanto el órgano nominador como el encargado de hacer elección**. Y el desconocimiento del debido proceso a su vez acarrea la vulneración *prima facie* del derecho de acceso a cargos y funciones públicos."

Así las cosas, conforme con al Acta número 29 del 30 de agosto de 2012, obrante como prueba dentro del expediente, se evidenciaba que dentro del orden del día para esa sesión **NO ESTABA INCLUIDA LA ESCOGENCIA DE LA PERSONA QUE INTEGRARÍA LA TERNA** para la elección de Procurador General de la Nación conforme lo exigía el artículo 38 del Reglamento General. Tal situación surgió en el devenir de tal reunión como quedó constancia con la intervención de varios Magistrados que afirmaron que tal elección debía realizarse otro día. (Ver acta).

---

[185] Al respecto, en Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 1 de abril de 1997, se afirmó que la seguridad jurídica *"no es sino certeza de que la regulación normativa se cumplirá a todo trance, es reflejo del orden en las situaciones individuales, el cual hace que el sujeto sepa a qué atenerse en el ámbito de sus relaciones".*
[186] Sentencia Sección Quinta de agosto 12 de 1999, radicación 2281, M.P. doctor Reinaldo Chavarro Buritica.
[187] Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional la SU-339 de 2011.

De igual forma se comprobaba que la postulación del doctor ALEJANDRO ORDOÑEZ para que integrara la tantas veces mencionada terna, NACIÓ EN EL SENO DE LAS SALAS ESPECIALIZADAS DE LA CORPORACIÓN, posibilidad que le es extraña al numeral 6º del artículo 10 del Reglamento General. En efecto, dicha facultad de proponer al interior de la misma Corte Suprema candidatos, sólo aplica para la elaboración de las ternas para Magistrados de la Corte Constitucional como lo enseña el numeral 4º del mismo artículo 10 y no para otros cargos. Hacer lo contrario riñe con el principio de publicidad –como elemento inherente al debido proceso que también dicha Corporación está en la obligación de respetar y hacer respetar–, el cual, en este caso, garantiza que todas las personas que cumplan los requisitos constitucionales y legales tengan el derecho a presentar a consideración del órgano elector su nombre para que sea evaluada su idoneidad para el ejercicio del cargo y la posibilidad de integrar la lista correspondiente. La selección interna y reservada que realice la Corporación impide el conocimiento público del proceso de escogencia y vulnera ostensiblemente también el derecho a la igualdad en tanto las condiciones de quienes tengan acceso a los miembros de la Corporación Judicial para eventualmente ser ternados son mucho más ventajosas y favorables frente a los que no tengan relación alguna con ellos, impidiendo con ello la concreción del postulado constitucional del libre acceso de los asociados a las funciones y cargos públicos.

La reservada proposición del candidato hecha por las Salas Especializadas de la Corte Suprema excede la facultad otorgada en el numeral 6º del artículo 10 del reglamento General por cuanto dicha potestad exclusiva y taxativamente se contempla para la integración de las ternas para la elección de Magistrados de la Corte Constitucional y no para la integración de la lista para escoger el Procurador General de la Nación, violentando protuberantemente los artículos 6 y 122 de la Constitución Política.

Adicionalmente, motivos de carácter lógico imponen la necesidad de que, para seleccionar el candidato a integrar la terna citada en varias oportunidades, deba existir pluralidad de aspirantes, es decir diversidad de opciones para que, de entre ellas se escoja a quien la mayoría considera más idónea. La variedad de personas permite realizar una comparación de sus diferentes aptitudes y experiencia y así resaltar a quienes mejor mérito tengan y descartar a quienes menos capacidades evidencien. Así lo ha sostenido la Sección Tercera al tratar el tema de la pluralidad de oferentes en los procedimientos de selección en la contratación pública al decir:

> “La Sala de Consulta y Servicio Civil analizó las disposiciones Constitucionales y Legales que rigen los procesos de adjudicación del espacio electromagnético y concluyó que se debe garantizar la participación de un número plural de oferentes, al tiempo que puntualizó que dichos procedimientos administrativos se deben adelantar a través de la licitación pública mediante cualquier mecanismo de selección, entre ellos la subasta, máxime cuando el ofrecimiento de la concesión de un nuevo canal de televisión no corresponde a un procedimiento de selección contractual común

sino eventual, sujeto a la discrecionalidad del Estado y en cualquier caso con primacía del interés general por la naturaleza del bien que se ofrece.
(…)
Posteriormente, el Ministerio de Tecnologías de la Información y de Comunicaciones solicitó la ampliación del anterior Concepto, con el fin de que se aclarara el tema acerca de la necesidad de contar con un número plural de proponentes para garantizar la legalidad de la adjudicación; la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció el 25 de febrero de 2010. La Sala de Consulta y Servicio Civil reiteró la obligación de adjudicar los canales nacionales de televisión abierta a través de licitación pública. Con fundamento en el anterior postulado señaló que en el evento de adelantarse la licitación pública con un único oferente habilitado para la concesión del tercer canal bajo la modalidad de la subasta, se perderían los espacios de negociación que precisamente se busca lograr y la Administración estaría limitada a los términos de la oferta del único participante quien, al no tener oponentes, podría ajustar su propuesta a los mínimos requerimientos de la entidad en el pliego de condiciones. Explicó que si bien el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 faculta a las entidades para adjudicar el contrato a un único oferente, lo cierto es que dicha disposición legal alude a la subasta inversa –en el caso de la concesión del tercer canal la subasta es ascendente- y esa posibilidad es la última opción y la residual a la cual debe acudir la Administración, la cual sólo resulta viable luego de agotados todos los recursos para garantizar la participación de varios proponentes."

Así, en mi opinión, resulta evidente que la facultad de postulación –elección atribuida a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia– no es en ningún caso discrecional sino que por el contrario tiene un trámite y procedimiento establecido en su Reglamento General.

Y aunque ninguna de las referidas disposiciones circunscribe el ejercicio de las potestades de dicha Corporación a un determinado intervalo de tiempo, es inobjetable que de la lectura sistemática de la norma reglamentaria se impone la observancia de ciertas ritualidades que encausan la forma de realizar las elecciones o postulaciones al interior de la Corte Suprema de Justicia en salvaguarda del principio de legalidad propio de nuestro Estado de Derecho.
Afirmar que la realización de la postulación ahora cuestionada no está sometida a trámites o procedimientos es consagrar la arbitrariedad de los órganos del Estado en desmedro de los administrados volviendo a las épocas anteriores al constitucionalismo liberal.

Por el contrario, las disposiciones antes citadas determinan que la postulación como acto de elección que es debe someterse a las normas pertinentes como son:

(i) Pluralidad de candidatos.
(ii) Voto secreto.
(iii) Mayoría calificada.

(iv) Señalamiento de la fecha de la elección con al menos 5 días de antelación.

(v) Imposibilidad de hacer constar en el orden del día la intempestiva inclusión de una agenda electoral de cargos en propiedad, EN ESTE EVENTO POSTULACIÓN.
(vi) Ausencia de una facultad de las Salas de esa Corporación o de los magistrados que la integran para postular los candidatos entre los cuales deberán seleccionar al integrante de la terna.
(vii) Análisis de las hojas de vida.
(viii) Escrutinio, anuncio del resultado y proclamación de la elección.

En el asunto sometido a consideración de la Sala, existía constancia de que, de estas reglas, fueron quebrantadas, conforme se explicó, las número (iv), (v) y (vi).

En este orden de ideas, a no dudarlo, **sí hubo una violación al reglamento y, a partir de ello, una transgresión de diversos principios constitucionales aducidos por la parte demandante, como lo son el debido proceso y el respeto por el acto propio[188] (en este caso la norma reglamentaria).**

Con relación a este mismo aspecto, resulta acertado afirmar que la postulación en cuestión es un acto previo a la elección a través del cual se propone al elector –Senado de la República– un nombre para integrar la lista de tres ciudadanos para que entre estos escoja a quien va a ocupar el cargo de Procurador General, pero tal acto previo debe observar necesariamente lo dispuesto por la Constitución, la ley y **el reglamento**, que es el marco normativo que permite a la comunidad y al propio Estado garantizar la objetividad, la aplicación igualitaria del derecho y, en últimas, la seguridad jurídica.

Considero importante recabar en el acatamiento del reglamento, porque es la norma que define en términos concretos lo que sería el ideal proceder de la Corporación Judicial para la postulación en comento

De otra suerte, también considero que le asiste razón al demandante Carlos Mario Isaza Serrano cuando afirma que se han quebrantado los principios de respeto **por el acto propio –lo cual, a su vez, genera violación al debido proceso–, buena fe y confianza legítima**, en el trámite surtido por la Corte Suprema de Justicia.

Y lo anterior se sustenta en el hecho que el alto Tribunal haya variado de forma intempestiva su comportamiento frente a los temas electorales que le conciernen. Ello defraudó las expectativas de todos aquellos que pudieran guardar algún interés en el proceso de selección en cuestión, teniendo en cuenta la forma en que

---

[188] El respeto por el acto propio, como principio constitucional, siguiendo lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-248 de 2008 *"comporta el deber de mantener una coherencia en las actuaciones desarrolladas a lo largo del tiempo, de manera que deviene contraria al principio aludido toda actividad de los operadores jurídicos que, no obstante ser lícita, vaya en contravía de comportamientos precedentes que hayan tenido entidad suficiente para generar en los interesados la expectativa de que, en adelante, aquellos se comportarían consecuentemente con la actuación original".*

dicha Corporación, en épocas pretéritas, había adelantado ese tipo de procesos eleccionarios.

Por lo tanto, si era su voluntad optar por un trámite diferente, debía, en palabras de la Corte Constitucional, "…permitir la transición de los interesados de un escenario a otro…", pues lo contrario conllevaría una infracción al debido proceso. Así lo expuso en la sentencia T-248 de 2008, que, valga recordar, fue invocada por el demandante Isaza Serrano.

Respecto al principio de confianza legítima, nuestro compañero el doctor Gabriel Valbuena Hernández, en su libro *"La defraudación de la confianza legítima"* señala que el origen de la expresión *"confianza legítima proviene de la palabra alemana Vertrauensschutz",* la cual evoca en sí misma la idea de protección de la confianza, y, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, "el vocablo "confianza" representa en sí mismo la "Esperanza firme que se tiene de alguien o algo". "Este concepto viene del verbo "confiar", que en sus diferentes acepciones significa "Encargar o poner al cuidado de alguien algún negocio u otra cosa; depositar en alguien, sin más seguridad que la buena fe y la opinión que de él se tiene, la hacienda, el secreto o cualquier otra cosa", y significa igualmente esperar con firmeza y seguridad" (Pág. 151)
Así mismo el doctor Valbuena Hernández, señala que la palabra "confianza", desde el punto de vista etimológico, tiene su origen en el latín *confidere*, que a la vez deriva de fiducia, vocablo que traducido al español significa "tener fe" en alguien o en algo. Resalta que este concepto simboliza la idea de "creer" y "esperar" con firmeza el advenimiento de un acontecimiento previamente imaginado. (Pág. 152)

De igual forma resalta que la aplicación del principio de la confianza legítima tiene como fin, *"brindar protección jurídica a las expectativas razonables ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado".* En ese sentido, los ciudadanos que abrigan la confianza justificada de que sus expectativas y esperanzas no van a ser objeto de frustración, modificación o alteración, "no tienen por qué resultar defraudados, sorprendidos o asaltados en su buena fe como consecuencia del cambio inesperado de los ofrecimientos, promesas, criterios y políticas previamente expresados o como resultado del actuar contradictorio y desleal de las autoridades que a última hora deciden modificar la orientación y el sentido de decisiones y posturas suyas adoptadas anteriormente."

La noción de confianza legítima está estrechamente ligada a la preocupación de proteger a los particulares contra aquellas modificaciones normativas, de criterios y posturas que, aun siendo legales, se tornan jurídicamente inadmisibles en razón de su carácter sorpresivo.

La Corte Constitucional Colombiana en reiterados pronunciamientos (C-478 de 1998, T-398 de 1997, T-576 de 1998 y SU 260 de 1998) ha señalado que este

principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política. (Pág. 155).

La Corte expresó que la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible en el cual pueda confiar. Se trata, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, es decir, se trata de una expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente.

Además de lo anterior dicha Corporación ha señalado que el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar una reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata por tanto de lesionar o vulnerar derecho adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima deber ser ponderada, en el caso concreto, con los otros principios, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático. (Pág. 156)

Este aspecto de la confianza legítima denota una cardinal significación para los fines del cargo examinado, pues responde a qué tan “adecuado” fue el procedimiento empleado por la Corte Suprema de Justicia.

Por tal razón, la defraudación a la **confianza legítima** que había generado esa alta Corporación dentro del marco de sus procesos eleccionarios también tenía que conducir a la SALA A declarar la nulidad del acto acusado.

Y no solo de esta, sino también el quebrantamiento del principio de **respeto por el acto propio**, cuyos supuestos, en palabras de la Corte Constitucional, se resumen en tres condiciones:

> “(i) una conducta inicial, relevante y eficaz, es decir, un acto o una serie de actos que revelen la actitud de una persona respecto de intereses vitales de otra, de donde surge la confianza en la seriedad de su proceder; (ii) una conducta posterior y contradictoria: puede tratarse de una nueva conducta o de un acto nuevo por el que se manifiesta una pretensión que, pudiendo ser lícita, resulta inadmisible por ser opuesta a la primera, y por lesionar la confianza generada por aquella. La confianza es en ese sentido, lo que caracteriza a la primera conducta; en tanto que la segunda, se determina por su finalidad; (iii) el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo por quien crea la situación litigiosa debido a la contradicción; (iii) la identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas. Es decir, que el emisor y receptor de la conducta sean los mismos”.

Aterrizando un poco más tales consideraciones al caso concreto, se concluiría que la vulneración de estas importantes máximas constitucionales se hacía evidente en el expediente con la simple verificación de las publicaciones en los medios de prensa, que obraban en el plenario y entre las cuales se destacaban: (i) la fotocopia de una página del periódico El Tiempo de fecha 26 de junio de 1994 que contiene un aviso de la Corte Suprema de Justicia convocando públicamente a la ciudadanía a postularse para conformar la terna de Procurador General en dicho lapso; (ii) fotocopia de una página del periódico El Espectador de 4 de septiembre de 2000 a través del cual dicha Corporación hizo un llamado a la población para postularse para conformar la terna de Procurador General; (iii) fotocopia de una página del periódico El Espectador de 4 de septiembre de 2000 que refleja la convocatoria pública efectuada por la Corte, convocando a la ciudadanía a postularse para conformar la terna de la cual se elegiría al Procurador General.

Así, para la suscrita, era claro que estas sucesivas publicaciones tuvieron el potencial de generar expectativas en la ciudadanía, quien era la depositaria de la confianza generada y quien podía exigir el respeto por el acto propio, no solo a partir de la vulneración del reglamento de la Corte, sino también de la ruptura en la secuencia de los procedimientos históricamente empleados, pues bastaba observar que el trámite eleccionario que convoco la atención de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo apareció como una proposición inédita en el acta de la elección realizada por la Alta Corporación judicial, pues no existe prueba alguna que refleje la existencia de una previa convocatoria.

Ahora bien, más allá de lo anterior, es lo cierto que la forma en la que se desarrolló el proceso eleccionario enjuiciado fue, en sí misma –sin mirarlo en comparación con otros trámites de igual naturaleza–, violatoria de los principios de transparencia, publicidad y moralidad que deben guardar todas las entidades del Estado, pues la necesidad de que exista una convocatoria pública, que respete los parámetros mínimos que impone el ordenamiento jurídico salvaguarda, de un lado, la legitimidad de la labor encomendada a quienes, en este caso, participan de la postulación del candidato llamado a encargar una de las más altas dignidades dentro de nuestro modelo constitucional, a través de la verificación objetiva de requisitos, perfiles y hojas de vida, por decir lo menos.

Y por otro lado, la visibilidad que demanda dicho ejercicio democrático permite que la ciudadanía en general participe de una forma más dinámica y activa en la conformación, ejercicio y control del poder político, bien sea promoviendo sus propias candidaturas, como forma de exaltar el derecho individual de elegir y ser elegido, o ejerciendo las veedurías que propendan por la corrección en las formas en el proceso eleccionario, con el propósito de velar por el bien común y el interés general.

Es así, entonces, que la sumatoria de las referidas prácticas y actuaciones que se dieron al interior de la Corte Suprema de Justicia y que terminaron con la postulación del demandado en la terna de la que luego resultó elegido por el Senado de la República viciaron la legalidad del acto electoral enjuiciado por desconocer, se insiste, no solo las normas reglamentarias a las cuales estaban sujetas, sino también principios cardinales del Estado Social y Democrático de Derecho que deben resplandecer con mayor intensidad cuando medie el ejercicio de la función electoral.

3.4. Si la renuncia de uno de los postulados o de los candidatos conllevaría a su desintegración y, por ende, a la nulidad de la elección del doctor ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO que se produjo sin la recomposición de la misma

Tal como lo he expresado en pretéritas oportunidades en las que se ha discutido este tema, para mi es claro que la expresión "terna" representa un concepto estrictamente numérico, matemático, exacto, en cuanto se refiere a un conjunto o lista de **tres**, sin que resulte dable entender que eventualmente tal expresión pueda comprender un número mayor o uno menor.

Esta exigencia de número o cantidad hace parte de las condiciones a las que el cuerpo elector debe ceñir su actuación, pues si no cuenta con una "**terna**", sino con una lista mayor o menor no podrá ejercer su función como corresponde de acuerdo con los lineamientos constitucionales y legales que se le han impuesto.

Dentro del proceso de elección del Procurador General de la Nación, se evidencia un procedimiento integrado por dos etapas; la primera, consiste en la postulación de tres candidatos para la conformación de la terna[189] siendo los competente para hacerlo y en dichas cantidades: i) un candidato de la Corte Suprema de Justicia, ii) uno del Presidente de la República y iii) uno del Consejo de Estado[190]; y la segunda, que le corresponde al Senado de la República, consiste en la elección de quien debe ejercer el citado cargo público.

Es así como también, en varias oportunidades, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha reiterado que la **terna** se debe componer siempre de tres (3) candidatos

[189] Según el diccionario de la Real Academia terna significa "Conjunto de tres personas propuestas para que se designe de entre ellas la que haya de desempeñar un cargo o empleo."
190 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D. C., dos (2) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00024-00, Actor: PABLO BUSTOS SÁNCHEZ

plenamente habilitados para ejercer el cargo al cual se postulan, ya que si uno o dos de ellos presenta alguna inhabilidad, incompatibilidad, impedimento legal para ser nombrado en el cargo o renuncia, la terna se desintegra.[191]

En este mismo sentido, la Sección Quinta ha reiterado que, si uno de los integrantes de la terna presenta alguna inhabilidad, incompatibilidad, impedimento legal para ser nombrado en el cargo o renuncia a la postulación, la terna se desintegra. Por tanto, cuando la doctora **María Mercedes López Mora** renunció a la terna que se conformó, aquella debía reintegrarse[192].
Adicionalmente, motivos de carácter lógico imponen la necesidad de que, para seleccionar el candidato a integrar la terna citada en varias oportunidades, deba existir pluralidad de aspirantes, es decir diversidad de opciones para que, de entre ellas, se escoja a quien la mayoría considera más idónea. La variedad de personas permite realizar una comparación de sus diferentes aptitudes y experiencia y así resaltar a quienes mejor mérito tengan y descartar a quienes menos ostentes menores aptitudes, de acuerdo con las necesidades del cargo, tal como en diversas oportunidades lo ha señalado la Sección Tercera al dejar sentado que cuando se exige más de un oferente en los procesos de selección ello no admite flexibilización ni extensión, en ese caso, siempre será más de uno para que se tenga opción de elegir. [193]:

En el proceso de la referencia, fue claro que la doctora **María Mercedes López Mora** sí renunció ante el Presidente de la República, quien la ternó, y ante el Senado de la República ante quien había de adelantarse el proceso eleccionario. Tal conclusión podía obtenerse facilmente a partir de los siguientes elementos de juicio:

(i) En el Acta No. 33 de 27 de noviembre de 2012 publicada en la Gaceta del Congreso No. 62 de 2013, consta que los señores Senadores sí tenían conocimiento del hecho, porque la doctora **María Mercedes** entregó copia de la renuncia y porque el hecho era de absoluto y total dominio público.

En efecto: en el Acta número 33 de la sesión ordinaria del día martes 27 de noviembre de 2012 del Congreso de la República, (folio 123 del acta y 970 vuelto del cuaderno 1b) consta que el Senador Jorge Enrique Robledo Castillo manifestó en la plenaria que era de público conocimiento que la doctora **María Mercedes López Mora** había presentado renuncia a ser parte de la terna porque estaba en todos los medios de comunicación, y que por ser un hecho evidente no había terna, por lo cual dejó la constancia que el informe de la Comisión de Acreditación solo era veraz hasta las 10 de la mañana, hora en la que se produjo la renuncia.

---

191 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA. Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011), Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00028-00(2058). Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010). Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00113-00(2043).Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

192 CONSEJO DE ESTADO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00029-00. Actor: JUAN CARLOS ABUABARA ELJADUE, donde solicita **nulidad de la Resolución** PSAR-13-116 de fecha 9 de mayo de 2013, expedida por el consejo superior de la judicatura sala administrativa, por medio de la cual nombro a la señora Celinea Orostegui, como directora ejecutiva de administración judicial.

193 Auto de 19 de julio de 2010, Radicado 2010-00036, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Así mismo el Senador Antonio del Cristo Guerra de la Espriella corroboró tal información aduciendo que la Comisión de Acreditación había realizado su trabajo, mientras la doctora **María Mercedes López Mora** hacía parte de la terna, pero su renuncia se produjo ese mismo día. Igualmente, el Senador Camilo Ernesto Romero Galeano expresó que el artículo 276 de la Constitución Política establece que "el Senado puede elegir Procurador General de la Nación de una terna y una terna es de tres".

(ii) En todos los medios de comunicación masiva, físicos y virtuales, se registró el hecho de la renuncia, por lo que solo a guisa de ejemplo me refiero a algunos:

- En el diario El Tiempo, el 27 de noviembre de 2012 se registró:

> **"Congreso seguirá adelante con elección de Procurador**
> El presidente del Senado, Roy Barreras, confirmó este martes que, a pesar de la renuncia a la terna de **María Mercedes López Mora**, el proceso de elección de Procurador General seguirá adelante y se realizará en la plenaria de esta tarde.
> Barreras le dijo a EL TIEMPO que "se va a seguir, porque la renuncia es inane al proceso", y agregó que "la elección sigue con los demás candidatos, que también tienen derechos".
>
> Este diario confirmó que el Congreso fue notificado de la renuncia de López a través de una llamada, porque hasta el momento no ha llegado ningún escrito al Senado." (Cita que se puede confirmar a través de la web en: **http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12402844)**

- Ese mismo 27 de noviembre la revista Semana dijo:

> "La elección continúa. Esa fue la expresión con la que el presidente del Senado, Roy Barreras (la U), respondió a las inquietudes que se generaron en el Capitolio luego de confirmarse la renuncia de **María Mercedes López Mora**, candidata del presidente Juan Manuel Santos al cargo de procurador general de la Nación.
>
> El Senado tiene previsto en la tarde de este 27 de noviembre la elección de quien será el nuevo jefe del Ministerio Público para los próximos cuatro años. Lo hará mediante voto secreto y de momento, el actual procurador **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO** y Orlando Gallo Sánchez, son los únicos aspirantes.
>
> Roy Barreras dice que "hay antecedentes jurisprudenciales" para señalar que pese a la renuncia de López "la terna existe". "La terna está conformada desde que las autoridades la expidieron. Hay antecedentes jurisprudenciales, la renuncia es inane, ella (**María Mercedes López Mora**) ha tenido todas las garantías, se ha reunido con todas las bancadas, con todos los partidos y bienvenida si se hace presente esta tarde en la elección".

> El exmagistrado y excongresista Carlos Gaviria, al ser consultado sobre este escenario, consideró que si el Senado elige al procurador con sólo dos candidatos, será una elección "inconstitucional". "A mi juicio, si la doctora **María Mercedes López Mora** renunció, la terna se desintegró y si se elige habiendo dos nombres, la elección es inconstitucional", explica.
>
> López argumentó en su carta de renuncia "falta de garantías" en el proceso de elección de procurador general. Los partidos políticos aún no se han pronunciado oficialmente ante la renuncia de una de las personas que integraban la terna." (Véase en http://m.semana.com/politica/articulo/esta-tarde-habra-eleccion-procurador-general-roy-barreras/268528-3).

- En la emisora la FM en la misma data se le dio gran despliegue al tema, al punto de entrevistar a la señora López. (http://www.lafm.com.co/noticias/colombia/27-11-12/exclusivo-la-carta-de-renuncia-12).

- Similar registro se lee en RCN (http://www.rcnradio.com/audios/maria-mercedes-lopez-explica-las-razones-de-su-renuncia-como-candidata-procurador-35437).

En fin, reitero que en **todos** los medios de comunicación se registró el hecho y sobre éste se pronunció el entonces Presidente del Senado, Roy Leonardo Barreras Montealegre, quien enfatizó que la misma –en su opinión- era inane, apreciación que no compartieron quienes al inicio de la sesión del 27 de noviembre de 2012, señalaron que no había terna.

Y si bien dentro del expediente (fl. 710 cdno. 1A) obra un escrito firmado el 13 de diciembre de 2013 por el doctor Gregorio Eljach Pacheco, Secretario General del Senado de la República, en el que informa que la mencionada renuncia presentada por la doctora **María Mercedes López Mora**, "nunca" fue recibida en **ese Despacho**, tal manifestación riñe abiertamente con lo manifestado por el propio Presidente de la Corporación, y el dicho de la propia aspirante ante toda la opinión pública, el cual resulta cuando menos inquietante, porque si se recibió, no se ha expresado así, o bien tal cosa pudo acaecer directamente ante el Presidente del Senado, pero en fin las declaraciones de éste y de sus compañeros de Corporación muestran sin lugar a dudas que allí se conoció.

Y, con respecto al conocimiento de dicha renuncia por el Presidente de la República, en el expediente (fl. 683 ib.) obra copia del oficio suscrito por la Secretaria Jurídica de la Presidencia en el que señala que el 27 de noviembre se presentó la consabida renuncia, lo cual se verifica con el sello de recibido que aparece en la copia de la renuncia que obra a folio siguiente.

Así las cosas, encuentro claro que la doctora **María Mercedes López Mora** manifestó su decisión de no continuar en el trámite eleccionario, ante los funcionarios y dependencias encargadas de la postulación y de la elección, por lo que en verdad que contrario a lo afirmado por el doctor Barreras Montealegre, por parte alguna encuentro la inanidad de la renuncia. En verdad fue una renuncia, la que sucedió antes de que se iniciara el paso final de la elección, por lo que en mi

modesto parecer al entrar a la sesión, disponer que los candidatos expusieran y luego votar **NO EXISTÍA UNA TERNA, SINO UNA DUPLA**, razón por la que el Senado no podía válidamente adelantar la elección y habiéndolo hecho, el acto se encuentra viciado de nulidad.

Sobre el tema de las ternas, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones, entre las que debe citarse en primer lugar una sentencia que fue y sigue siendo de gran importancia en la institucionalidad del Estado, como es la proferida el 6 de marzo de 2012 por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro del proceso N°: 11001032800020110000300, Demandante: Ferleyn Espinosa Benavides, **Demandada: Viviane Aleyda Morales Hoyos**, en la que la Corporación por mayoría decidió anular la elección de la Fiscal General de la Nación, en cuya providencia, salvamentos y aclaraciones se señaló respecto a las ternas que:

> "En esta oportunidad, con el fin de elegir al Fiscal General de la Nación, el constituyente estableció en el inciso 2º del artículo 249 de la Constitución Política un proceso en el que concurren, de un lado, la máxima autoridad de la Rama Ejecutiva mediante un acto de postulación: "*terna".* Y, de otro, el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, la H. Corte Suprema de Justicia, Corporación a la que se le confió la elección de la referida autoridad. Dentro de este marco, la atribución a cada una de dichas autoridades es inescindible, pues sin la postulación del Presidente de la República, la H. Corte Suprema de Justicia no podría elegir, situación que relieva el principio de colaboración armónica con el cometido estatal de nombrar al titular de la Fiscalía General de la Nación.
>
> De conformidad con el diseño constitucional, se advierte que la atribución asignada al Primer Mandatario del Estado para elaborar la terna, está determinada por el cumplimiento de los requisitos y calidades constitucionales y legales de cada uno de los aspirantes.
>
> Integrada la lista, surge para los candidatos una expectativa legítima o, si se quiere, una oportunidad, a que su nombre sea considerado en las votaciones que efectúe la Corte Suprema de Justicia para elegir al Fiscal. Esa expectativa debe ser garantizada, no solo desde la perspectiva individual de los ternados, sino también -y, principalmente- en consideración al interés general. En ese orden, **no es dable considerar que el Presidente de la República puede cambiar de terna con plena discrecionalidad**, porque ello dotaría de una gran incertidumbre al trámite electoral, en desmedro de la seguridad jurídica y de la colaboración armónica entre los poderes públicos.
>
> No obstante, la Sala no desconoce que, eventualmente, pueden presentarse situaciones (particulares y/o excepcionales) que ameriten la sustitución de la terna y que, para garantizar la viabilidad de la elección del Fiscal General, posibiliten su cambio; tal y como acontece en los siguientes eventos: ***a). Que alguno, algunos o todos los ternados renuncien a su postulación.*** *En este caso, el Presidente de la República debe recomponer la terna,*

sustituyendo a quien (es) renunció (aron), por otro (s) candidato (s). **b). El deceso de algún (os) aspirante (s) a ser elegido (s) Fiscal**, situación en la que, como es lógico, el Primer Mandatario queda habilitado para recomponer la terna. **c). La inhabilidad (previa o sobreviniente) de algún (os) candidato (s)**, evento en el cual, por respeto a las disposiciones sobre inhabilidades y a los principios de deben regir la función pública, se deriva la facultad de recomponer la terna. **d). Una situación excepcional que se encuentre debidamente probada y que amerite el cambio de la terna, en aras de la protección al interés general**; caso en el cual el Primer Mandatario del Estado, debe exponer de manera clara y completa, las razones que motivan la decisión de sustituir la terna, sin que de ninguna manera puedan admitirse justificaciones arbitrarias o puramente subjetivas.
(…)

Así, y hasta tanto no exista una reglamentación que desarrolle la disposición contenida en el artículo 249 inciso 2 de la Carta Política, a juicio de esta Corporación, la competencia del Primer Mandatario del Estado para formular la terna encaminada a la elección del Fiscal General de la Nación, no se agota sino hasta tanto se cumpla la finalidad constitucional, máxime cuando, como en este caso, diversas situaciones estaban prolongando una interinidad que afectaba la institucionalidad del Estado. No sobra reiterar que el ejercicio de la aludida facultad debe consultar el interés general y los fines de la disposición misma, sin que sea admisible arbitrariedad alguna.

Aclaración de Voto Dr. Enrique Gil Botero
(…)
En mi criterio, la Sala también decidió correctamente este problema, porque ante un vacío institucional de esta magnitud los principios de la función pública y los generales del derecho exigen resolver las lagunas con ayuda suya, para crear el derecho que corrija los vacíos institucionales, y evite la destrucción orgánica de la Nación.

Por eso fue que a folio 39 -párrafo final- la Sala consideró -lo que constituye una regla general de entendimiento del tema- que el Presidente de la República no puede cambiar la terna, porque tan pronto la presenta pierde la competencia y no puede modificarla o sustituirla, pues a partir de este momento le corresponde a la Corte Suprema de Justicia ejercer su competencia electoral, encomendada por la Carta Política, de allí que, como principio general, **una terna es inmodificable, para evitar que se defraude el proceso electoral mismo, con cambios intempestivos sólo justificados por el Presidente.**

La anterior regla general, no obstante, admite algunas excepciones, que no provienen de una norma positiva, sino de la hermenéutica que acoge esta jurisprudencia: Ahora, extraordinariamente se puede modificar la terna, pero sólo para reemplazar al integrante retirado, en caso de: i) muerte, ii) renuncia o iii) inhabilidad sobreviniente. Claro está que en

estos eventos el Presidente no queda facultado para reemplazar *toda* la terna, sino al integrante afectado por alguna de estas circunstancias.
(…)"

Aclaración de Voto Dra. Susana Buitrago Valencia

No deja espacio para la duda el inciso 2° del artículo 249 superior en el sentido de que para la facultad de enviar terna a la Corte Suprema de Justicia para la elección de Fiscal General, conferida al señor Presidente de la República, no es ilimitada, ni sucesiva, sino de que una vez ejercida con los nombres de los candidatos que aporte, debe estarse a ella, **con la única excepción de cuando los postulados no acepten tal candidatura o cuando renuncien a ella o cuando fallezcan, situaciones en las cuales, obviamente, debe el señor Presidente de la República recomponerla**".

Trascendental decisión que si bien generó discrepancias respecto de todos o algunos temas tratados y decididos, se encuentra unánime en cuanto a considerar que cuando medie **renuncia** de alguno o algunos de los integrantes el órgano o funcionario encargado de la postulación, **debe** proceder de manera inmediata a recomponer la terna, para permitir que el elector tenga **TRES (3)** opciones entre las que pueda escoger **una.**

Pero, también la Sección Quinta se ha pronunciado sobre esta temática valiendo citar la sentencia de 20 de febrero de 2014, Expediente de radicado N° 81001233300020130001501. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, demandado, Gerente del Hospital de Sarare de Saravena E.S.E.:

"(…)
También se determinó en el artículo 195 numeral 4º de la Ley 100 de 1993, que el régimen jurídico del director o representante legal de las Empresas Sociales del Estado sería el fijado en el artículo 192 *ibídem*. Es decir, que *"serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud,…, de terna que le presente la junta directiva,…, por períodos mínimo* (sic) *de tres (3) años prorrogables…"*[194]. Esto significa que, por ejemplo, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden municipal o departamental debían nombrarse por los respectivos alcalde o gobernador, de la terna que al respecto le enviara la junta directiva del órgano correspondiente. (Pág. 22)

Tanto el derogado artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, como el modificado artículo 4º del Decreto 800 de 2008, así como el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 12 del Decreto 2993 de 2011, han sido coherentes en disponer que la conformación de la terna, que opera como una lista de elegibles, debe surgir de **un solo** concurso de méritos. No prevén la posibilidad de que la terna se pueda componer con los nombres de los candidatos que superaron el actual proceso de selección más los nombres

[194] Esta norma entró en vigor a partir de 31 de marzo de 1995.

> de las personas que superaron un proceso de selección anterior que se declaró desierto.
>
> Pues bien, como ninguna norma jurídica autoriza a las Empresas Sociales del Estado a fusionar los resultados de dos concursos de méritos sucesivamente adelantados para proveer el cargo de director o gerente, bien puede afirmarse que la facultad de reglamentación con que cuentan esas entidades para todo lo relativo a esos procesos de selección, no llega hasta el punto de habilitar a esas empresas para dictar medidas en ese sentido, que no solo resulta en contravía al ordenamiento jurídico reinante, sino que de paso atenta contra principios constitucionales. (Pág. 26-27)
> (…)".

Así, respecto de la consecuencia de la renuncia de uno de los ternados, y que tal circunstancia es indiferente para la elección, como lo señala la ponencia, no responde ni a la disposición Constitucional que indica que se debe escoger de **TERNA**, ni menos aún a la interpretación que le dio a tal condición el Consejo de Estado; sin que en este evento sea dable oponer como un argumento más el de señalar que el elector desconocía la voluntad de la señora **María Mercedes López Mora**, porque como se demostró **SÍ LO SABÍA,** y aquí sí, si obtuvo 5 votos ello si fue inane porque recayeron en alguien que voluntariamente ya no participaba en la contienda, por lo que no dejan de ser una mera manifestación de inconformidad o de protesta.

Finalmente, considero oportuno resaltar que dicha renuncia no demandaba de la integración con ninguna otra voluntad, pues no existe ninguna norma jurídica que imponga un trámite reglado atinente a la aceptación y a las causales, como sí ocurre con los servidores públicos (Decreto 1250 de 1973). Luego, era evidente que produjo efectos desde el mismo momento en que la candidata **López Mora** la informó a los sujetos involucrados en su elección, especialmente, al Senado de la República.

Bajo estas condiciones, discrepo de la conclusión de que la elección se hizo sobre una terna, porque veo claro que se hizo sobre una dupla, y tal vicio también afectaba de nulidad el acto de elección y, en mi criterio, así debió quedar plasmado en la sentencia frente a la cual aclaro mi voto.

Y más que eso, estimo que era, además, la oportunidad de llamar la atención de aquellas autoridades que intervienen en los trámites de postulación de candidatos, en el sentido de dirigirles con vehemencia un mensaje encaminado a que, en todo caso, sean celosos de las condiciones no solo profesionales de los aspirantes, sino también de su fuero interno, en la medida en que es su deber cerciorarse de que éste se encuentre en capacidad de soportar –salvo que medien motivos de fuerza mayor, debidamente acreditados, que justifiquen lo contrario muerte, grave enfermedad)– el procedimiento eleccionario en su totalidad.

3.5. Si la intervención de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la postulación, y de Senadores de la República, en la designación, que tenían familiares laborando en la Procuraduría General de la Nación o se hallaban investigados por ella generarían la nulidad de la elección del dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO.

Coinciden los demandantes en señalar que el acto de elección del doctor **ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO** estaba viciado **porque en la postulación y elección participaron Magistrados y Senadores que estarían impedidos para hacerlo.**

Para analizar el posible conflicto de interés planteado por los demandantes se hace necesario verificar las manifestaciones, rechazo y trámite de los impedimentos presentados por los doctores **Zapata, Díaz y Burgos**, en suma, el conflicto de intereses ha de mirarse en torno a la pureza y legalidad del acto de elección –como un aspecto inherente al mismo–, **mas no como un parámetro de juicio de la conducta de los magistrados que integran la Corporación electora**.

El artículo 40 de la Ley 734 de 2002, sobre el conflicto de intereses señala:

> **"Artículo 40.** Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

De acuerdo con la literalidad de la norma el interés debe ser particular y directo, propio, o de alguno de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

En lo referente a "directo", la jurisprudencia[195] de esta Corporación ha señalado que quiere decir que, el efecto de la decisión sea inmediato en las personas que en ella intervienen o en sus familiares.

También se ha afirmado sobre el asunto que "*el conflicto de intereses se puede presentar por razones de índole moral. Debe evitarse el enfrentamiento entre los propios haberes con los de la comunidad*"[196] así mismo la finalidad de la prohibición "*se trata de salvaguardar la plena igualdad de competencia e impedir*

---

[195] Consejo de estado. Sección primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. Rad. 05001-23-31-000-2011-00563-01. Sentencia de 16 de marzo de 2012. "*El interés que puede generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; - Se produzca de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo en los grados señalados en la última norma transcrita o a socio o socios suyos de derecho o de hecho"*

[196] Consejo de Estado Sala Plena PI de marzo 23 de 2010 M.P. Dr. Hugo Bastidas.

que el parentesco opere desde el poder para inclinar la libre opción electoral en favor de un candidato y en detrimento de otros"[197]

No obstante, desconocieron los accionantes que en materia de nulidad electoral el conflicto de intereses que cuestionan **no tiene las implicaciones de nulidad electoral que pretenden**. Sobre el particular, basta recordar lo dicho por la Sección Quinta en fallo de 19 de septiembre de 2013 (C. P. Alberto Yepes Barreiro, exp. No. 11001-03-28-000-2012-00055-00), así:

> "Al respecto, es importante precisar que el demandante confunde las consecuencias jurídicas que se desprenden de la materialización de un conflicto de interés. Para evidenciar tal confusión, la Sala se ocupará de definir y diferenciar los conceptos de **calidad**, **inhabilidad**, **incompatibilidad** y **conflicto de intereses**, con el fin de advertir cuáles de ellos pueden tener incidencia en el objeto de la acción electoral.
>
> La **calidad** es el estado de una persona, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo, dignidad, empleo u oficio.
>
> Las **inhabilidades** electorales, como se puso de presente en el estudio del primer cargo de la demanda, se pueden definir como esas prohibiciones que imponen la Constitución y la ley, en consideración a ciertas situaciones negativas, de carácter personal, en las que en algún momento incurra o haya incurrido el candidato y que pueden comprometer su desempeño **en caso de resultar elegido.**
>
> Se resalta que solo estas dos circunstancias, esto es, la falta de calidades y las inhabilidades dan lugar a la nulidad de la elección y por ende, son materia de estudio mediante esta acción.
>
> Con frecuencia los términos de **calidad**, **inhabilidad**, **incompatibilidad y conflicto de intereses** tienden a confundirse a pesar de tener significados diferentes. Cada figura -tanto la inhabilidad como la incompatibilidad- se aplica en circunstancias de modo, tiempo y lugar distintas.
>
> Así, las **incompatibilidades** son aquellas prohibiciones que aplican **a quienes han sido elegidos o nombrados, o a quienes en el pasado lo fueron,** y que, por mandato constitucional o legal, no pueden incurrir en ciertas actuaciones **mientras ejerzan el cargo para el cual fueron electos**, y en muchas oportunidades incluso cobijan un tiempo adicional[198]. Por el contrario, las **inhabilidades** operan precisamente para prevenir que quienes encajan en sus causales **puedan ser elegidos.**
>
> La Sección Quinta del Consejo de Estado lo explica claramente al exponer:
>
> *"Son distintas las **inhabilidades** para acceder a un cargo de las*

[197] Sent. AC-5397 de enero 27 de 1998
[198] Cfr. Ley 617 de 2000, artículo 32.

calidades *que se requieren para ello, y también de las* ***incompatibilidades*** *a que se encuentra sujeto quien lo ocupe, nociones estas que, aunque distintas, se confunden con frecuencia.*

Así, ***calidad*** *es el estado de una persona, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo, dignidad, empleo u oficio;* ***inhabilidad****, defecto o impedimento para ser elegido o nombrado en un cargo o para ocuparlo, e* ***incompatibilidad****, impedimento, prohibición o tacha para ejercer una actividad determinada* ***cuando se ocupa un cargo*** *o por razón de haberlo ocupado.*

Según lo expuesto, bien podría ocurrir que se tuvieran calidades para un cargo, pero se estuviera inhabilitado para obtenerlo, o lo contrario. Y también que lo que constituye incompatibilidad cuando se ejerce un cargo o por haberlo ocupado sea, a un tiempo, motivo de inhabilidad para obtener otro cargo.

*La falta de calidades y las causas de inhabilidad, cuando son circunstancias anteriores, hacen nulo el nombramiento o la elección de que se trate, y la nulidad que determinan es vicio de origen****, no así las incompatibilidades, que son circunstancias posteriores, y sus consecuencias, entonces, son otras, generalmente de carácter disciplinario****"*[199]*.*

Ahora bien, el **conflicto de interés**, por su parte, al igual que las **incompatibilidades** se presenta **en el ejercicio del cargo o empleo <u>y no durante su designación</u>**; y se configura en aquéllas situaciones en las que el funcionario se vea impelido a expresar públicamente el provecho, utilidad o beneficio personal que la toma de una decisión pública puede generar en su vida privada, para ser sometido a valoración de sus pares. Se trata entonces de un ejercicio de auto restricción del mismo servidor público, quien en su intimidad reconoce un potencial beneficio y luego lo transmite para que sean sus iguales quienes juzguen si dicha situación particular, en el marco de sus funciones, devela un provecho o ventaja personal[200].

Lo anterior permite concluir que el **conflicto de interés**, al igual que las incompatibilidades, se presentan **durante el ejercicio del cargo y no para acceder a él, como sucede con las calidades y con las inhabilidades**, y en consecuencia, su desconocimiento puede generar consecuencias jurídicas como sanciones disciplinarias y en algunos eventos hasta la pérdida de investidura, entre otros, pero nunca **la nulidad de la elección**, que como se señaló, tiene por objeto estudiar la legalidad del acto de

[199] Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P: Mario Alario Méndez. Sentencia de 6 de abril de 2000, Radicación número: 2364.
[200] Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 29 de mayo de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth, numero de radicado 11001-03-15-000-2010-01329-00(PI).

elección con fundamento en la falta de **calidades** o en las **inhabilidades** para acceder al cargo y no la realización de juicios de valor referidos a censuras **en el ejercicio de función pública”**.

En ese orden de cosas, es claro que, aun en el evento de configurarse el conflicto de intereses por parte de los tres magistrados que en su momento manifestaron impedimento para participar de la postulación en cuestión, ello no conduciría a la declaratoria de nulidad. Por lo tanto, este cargo debía examinarse y despacharse negativamente en la sentencia respecto de la cual aclaro voto.

La segunda parte de este cargo, tiene que ver con los senadores con familiares laborando en la Procuraduría General de la Nación e investigaciones en curso en la entidad, que debieron declararse impedidos para elegir a **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO** como Procurador General de la Nación.

Por las mismas razones, el reparo también tendría que haber sido despachado desfavorablemente. A lo cual se suma que, en lo referente al número de Senadores que posiblemente estarían inhabilitados, de acuerdo con lo planteado en las demandas y señalado en el acta No. 33 de 27 de noviembre de 2012 de la sesión del Senado, para participar en la elección, no tenía incidencia en el resultado de la votación.

Los Senadores que manifestaron impedimento por tener familiares laborando en la Procuraduría General de la Nación (8) –hecho respecto del cual, como se dejó claro en la sentencia, no se allegó el material probatorio pertinente– y por investigaciones en curso en la misma entidad (13) solo suman 20 Congresistas[201], y el demandado obtuvo 80 votos[202] -de los 102 Congresistas y 93 votantes-, por lo que en todo caso sin la participación de dichos Senadores hubiese sido declarado electo, puesto que se cumple con la mayoría requerida (mayoría absoluta – 52- o simple)**.**

En los anteriores términos dejo sentada mi aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Consejera

[201] La congresista Myriam Paredes se declaró impedida por las dos razones: por tener familiares y por tener investigaciones.
[202] María Mercedes López Mora 5 votos, Orlando Gallo Suárez: 2 y votos en blanco: 6.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – ALBERTO YEPES BARREIRO

Considero importante y más aún necesario efectuar esta ratificación de mi voto a título de aclaración, para explicar que comparto plenamente la parte resolutiva del fallo en el sentido de declarar la nulidad del acto de elección del Procurador General de la Nación, pero difiero radicalmente en la forma en que se analizó la configuración de la única causal que se encontró probada por la mayoría de la Sala.

Primero: Voté el proyecto de fallo como finalmente fue aprobado por la Sala Plena Contenciosa por la trascendencia jurídica que tenía para el país la decisión sobre la demanda que cuestionaba la elección del jefe del Ministerio de Público, entre otras razones, por la violación del artículo 126 constitucional y el principio de moralidad, artículo 209 de la misma normativa[203], como en efecto se comprobó a lo largo del proceso.

Segundo: Estoy en absoluto desacuerdo con la parte motiva del proyecto, en tanto hace una análisis confuso, incoherente y contradictorio frente a lo que dispone el artículo 126 constitucional.

Tercero: Voté la parte resolutiva y, por ende, la nulidad del acto de elección en virtud a que la conducta del Procurador General de la Nación se tipificó claramente en la prohibición contenida en el artículo 126 constitucional, la que posteriormente se convertiría en la inhabilidad para ser elegido.

---

[203] "La moralidad a la que hace referencia el artículo 209 constitucional, siendo la nuestra una Constitución no confesional, solo puede ser una moralidad crítica, esto es, una moral que puede justificarse "dentro de los límites de la mera razón" (en el decir de Kant, 1981[203]) sin incluir contenidos morales positivos en particular. La moralidad crítica es formal, no sustantiva. Impone parámetros que cualquier persona racional y razonable (Rawls 1996: 81-82) podría aceptar por el mero hecho de concebirse como ser humano con sentido de la justicia, no por el hecho de pertenecer a una comunidad particular y compartir los valores, creencias, hábitos o costumbres de la colectividad…. En ese sentido, el principio de moralidad a que hace referencia el artículo 209 constitucional, entendida como cualidad de la acción intencional del servidor público debe ser observada de forma que al ejercer su competencia (para cambiar un estado de cosas *x* en un estado de cosas *y*) se cumpla con los fines del Estado, entre ellos el de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, en condiciones de igualdad y sin favorecer injustificadamente a unos en desventaja de los otros, instrumentalizándolos (artículos 2, 13 y 209 de la Constitución), cierta y efectivamente." Aclaración de voto presentada a las sentencias de 15 de julio de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00006-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo y de 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Demando: Pedro Octavio Munar Cadena.

En efecto, dice el artículo 126 constitucional "*Los servidores públicos **(Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado)…**tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación **(**es decir**, Senadores de la República, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia,** Consejeros de Estado y Presidente de la República".*

En ese orden de ideas, era evidente que como los parientes de los magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, Jorge Mauricio Burgos, Javier Zapata Díaz y José Leónidas Bustos, fueron nombrados por el Procurador General de la Nación, este incurrió en la prohibición y, por tanto, **se inhabilitó** para ser electo como jefe del Ministerio Público.

Igual pudo acontecer con los nombramientos que el demandado hizo en relación con los parientes de por lo menos 8 Senadores, solo que, en este caso, la deficiencia en la prueba no permitió establecer si los mencionados nombramientos fueron de personas en carrera, que es la única excepción que se admite para que no se configure la inhabilidad en comento.

Como se explicará más adelante, bastaba un solo nombramiento para que el Procurador General de la Nación se inhabilitara para aspirar a su reelección.

Cuarta: En el fallo, desde el título, se dice que se va a ratificar la sentencia que dictó la Sala Plena Contenciosa y que esta, por tanto, constituye su motivación, razón por la que se afirma que se reiteran los conceptos allí establecidos. Pues bien, nada de eso es cierto y, por tanto, esta providencia no se puede tener como ratificación de la interpretación que se hizo en esa oportunidad, en tanto los supuestos de hecho son totalmente diversos.

En el caso de la nulidad del acto de elección del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado, bastaba con aplicar el sistema de interpretación de la exégesis normativa, para entender, sin esfuerzo alguno, la inhabilidad en la que estaba incurso el mencionado funcionario.

Fue precisamente ese error en la forma de comprender el supuesto que fue aplicado para declarar la nulidad del acto de elección del Procurador General de la Nación, que condujo a dejar consignada en la providencia otra incoherencia: la llamada incidencia del voto en la designación del titular del jefe del Ministerio Público, pues, como trataré de explicarlo brevemente, la prohibición en la que incurrió el demandado le generó **una inhabilidad objetiva** para integrar la terna y, por tanto, nada tenía que ver la conducta de quienes lo postularon y eligieron.

En este orden de ideas, para ordenar la exposición que pretendo acometer en esta aclaración, me referiré a los siguientes puntos i) el examen del artículo 126 constitucional en la forma en que entiendo ha debido aplicarse; ii) el cargo sobre la imposibilidad de reelegir al Procurador, para detenerme específicamente en la forma en que se ha debido examinar el principio de legalidad ante el silencio del

Constituyente; iii) establecer las razones por las cuales este caso era diverso al de un rector que analizó la Sección Quinta; iv) reiterar la idea que expuse en el 2012, cuando se analizó la demanda contra la elección de la Fiscal General de la Nación, en donde expresamente sostuve que la renuncia a la terna es una forma de desintegrarla y finalmente, v) acoger la argumentación de la doctora Bermúdez Bermúdez en su aclaración de voto, en relación con la violación del reglamento de la Corte Suprema de Justicia.

El examen de los puntos dos a cinco, fueron cargos de las demandas acumuladas, todos estos que se discutieron en Sala Plena Contenciosa pero que no obtuvieron la mayoría necesaria para su aprobación, razón por la que el fallo de la referencia solo refleja, pero no de forma fidedigna, los razonamientos que se tuvieron en cuenta por la mayoría para llegar a la conclusión que se imponía la nulidad del acto de elección demandado.

1. La prohibición del artículo 126 constitucional

Afirmé en la introducción de esta aclaración de voto, que el fallo de la referencia se equivocó al analizar el supuesto de hecho y normativo que discutió la Sala y que no es otro que la parte final del inciso primero del artículo 126 constitucional antes de la reforma que le introdujo el Constituyente Derivado en el Acto Legislativo 2 de 2015, según el cual "*Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.* ***Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación****." (la parte en negrilla es la que dio origen a la nulidad de la elección del Procurador General de la Nación).*

Como se deduce de la lectura desprevenida del aparte subrayado, el supuesto que se regula en esta última parte del artículo 126 constitucional, para ser aplicado al caso del Procurador General de la Nación, era diverso al que se analizó por la Sala Plena Contenciosa en el caso de los magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura[204] y, por tanto, no era acertado afirmar que se reiteraba el criterio expuesto en esa oportunidad, en tanto, el evento estudiado en esta ocasión era diverso.

Lo primero que ha debido explicarse y no se hizo, está en la afirmación según la cual el artículo 126 ni antes ni como quedó después de la reforma de 2015, puede tenerse como un precepto de carácter sancionatorio.

En efecto, el jefe del Ministerio Público puede ejercer su facultad nominadora y ella, *per se*, no activa responsabilidad alguna. Esta solo surge cuando esa competencia se utiliza para satisfacer un interés propio, por ejemplo, la reelección en el cargo que ejerce o para otros. En esos eventos, por ejemplo, además de la

[204] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00006-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo y sentencia de 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Demando: Pedro Octavio Munar Cadena.

nulidad del acto de elección, como ocurrió en el presente caso, se podría activar la responsabilidad disciplinaria, en los términos de la Ley 734 de 2002.

En consecuencia, la aseveración de la sentencia, solo tuvo en cuenta el hecho que los actos de elección o nominación podían ser anulados, anulación que está desprovista de una carácter sancionatorio ciertamente; empero, se dejó de advertir que el funcionario que incurra en la conducta descrita en el precepto constitucional, podría estar expuesto a las sanciones de carácter disciplinario e incluso penal, asunto que, por sí mismo le imprime al desconocimiento de la prohibición que consagra el artículo 126 un carácter sancionatorio que no se puede desconocer.

Lo único cierto, es que el artículo 126 contempla una prohibición de carácter general que genera una inhabilidad objetiva, característica propia del régimen de inhabilidades electorales, en el sentido que basta que se cumplan los supuestos de hecho de carácter prohibitivo, para que se configure la inhabilidad *ipso-jure*.

Siguiendo con el contenido de la providencia, se afirma que el tercer supuesto que contempla la norma es aquel según el cual un servidor público no puede nombrar postular, elegir o, en general, designar a **la persona que fue competente para elegirlo** en el cargo en el cual ahora detenta el poder de nominación.

Jamás, error garrafal. Ese tercer evento contempla algo distinto y fue precisamente lo que originó la nulidad del acto de elección del Procurador General de la Nación, en efecto, lo que esta última parte del inciso contempla es la prohibición para que un servidor público emplee su poder de nominación frente a aquellos que tendrán, en el futuro, y ha de entenderse futuro inmediato, la posibilidad de **participar en su designación bien en ese u otro cargo.**

En otros términos, esta última parte del artículo 126 consagra una prohibición para hacer nombramientos frente a quienes tengan la capacidad de designación bien para el cargo que se ejerce –reelección- cuando ella es permitida, u otro, al que se pretende aspirar en un futuro próximo.

En este evento, es claro que se proscribe que aquel que tiene la capacidad de nominación se anticipe a lo que puede ser una designación futura, se insiste, al mismo cargo u otro, nombrando a personas con ciertos lazos de consanguinidad o afinidad con quien podrá participar en ese nombramiento, elección, etc.

El nombramiento que se haga genera, en estos casos, en **el servidor público-nominador** una causal que lo inhabilita inmediata y definitivamente para aspirar a ser nombrado o designado en cualquier cargo en donde aquel –me refiero a quien tiene la capacidad de designar- pueda tener competencia para el efecto.

En ese sentido, se repite, no es que se pierda competencia para designar. Esos nombramientos, si se hacen son válidos, solo que una vez suscrito el acto de vinculación, quien lo hace queda incurso en la prohibición, en tanto no puede ser ternado en cargo en donde algunas de las personas con relaciones de

consanguinidad o afinidad tenga la competencia para efectuar dicha nominación o designación.

Lo anterior, aplicado al caso del Procurador General de la Nación, se traduce en una realidad clara, en tanto si este pretendía ser reelecto, no podía desplegar su facultad de vinculación para designar en la entidad personas con los lazos de consanguinidad y afinidad descritos en la norma constitucional de quienes tenían la competencia para nominarlo nuevamente en el cargo.

En otros términos, si su pretensión era la reelección como jefe el Ministerio Público, no podía nombrar a personas vinculadas con el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Senado de la República, en tanto, una vez desplegada su facultad de nombramiento frente a uno cualquiera de estos funcionarios o entidades, **quedaba inhabilitado para ser ternado por cualquiera de los llamados a integrar la terna** y, mucho menos podía ser electo por el Senado de la República.

Por ello, la norma que se alegó como violada en las demandas, es decir, el artículo 126 de la Constitución Política, para el caso concreto, debía leerse de la siguiente forma: *"Los servidores públicos –para el caso el **Procurador General de la Nación-** (…) tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación **–es decir, Senadores de la República, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros de Estado y Presidente de la República-**".*

El desconocimiento de esa prohibición, así descrita, implicó la nulidad del acto de elección, en tanto aquel estaba en el supuesto de hecho y normativo del artículo 126 constitucional.

En otros términos, ha de entenderse que con independencia de quien hubiese ternado al demandado, el hecho de designar parientes o personas unidas por afinidad con cualquiera de los que tenían competencia para nominarlo o para elegirlo, le impedían aspirar nuevamente al cargo.

Es por ello que en la providencia se comente un error, al asociar esta prohibición con la incidencia que pudiera tener un determinado voto en la designación del demandado, en tanto un solo nombramiento bien frente a parientes del Presidente de la República, o de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o del Senado de la República, le impedía al demandado participar en la correspondiente designación.

Bastaba probar, entonces, un solo nombramiento para entender que el señor Procurador General de la Nación estaba incurso en la prohibición inhabilitante del 126 constitucional, sin necesidad de hacer examen alguno sobre la incidencia o no del voto de uno o de varios magistrados en la postulación, o si aquellos participaron o no en la sesión en donde se hizo la nominación; o si se declararon impedidos o la forma como estos fueron resueltos.

Es por ello que en la sentencia no se podía hacer el análisis de la incidencia del voto ni de participación o impedimentos que pudieron presentar los miembros de la Corte Suprema de Justicia, para determinar la nulidad del acto de elección del demandado, pues, se repite, bastaba demostrar **un solo nombramiento** para entender que aquel no podía presentarse como candidato, en tanto estaba incurso en la prohibición descrita en el aparte del 126 en examen.

En ese orden ideas, son desafortunadas estas líneas de la providencia "*La incidencia de los votos correspondientes a estos dos magistrados en el resultado obtenido en el proceso de postulación fue determinante para declarar la nulidad de pleno derecho de la reelección de Ordóñez, pues éste obtuvo 17 votos y al obtener más de las dos terceras partes de sus integrantes pudo ser postulado por la Corte Suprema".*

¿Por qué desafortunadas? Se preguntara el lector desprevenido, pues lo son, en la medida en que dan la idea, repito errónea, que la nulidad se generó cuando los magistrados que tenían parientes en la Procuraduría General de la Nación participaron en la elección del demandado y con su voto lograron la mayoría necesaria para la nominación.

No. Lo que fue ***realmente determinante*** para que la Sala votara la nulidad, fue el hecho de haber demostrado que el demandado nombró parientes de quienes tenían la capacidad de designarlo, pues ese solo hecho lo inhabilitó para participar en el proceso de selección y postulación en cualquiera de las instancias con competencia para participar en su elección.

Desafortunadas en tanto de llegarse a presentar otro caso en que se alegue el desconocimiento del artículo 126 constitucional desde la perspectiva del tercer evento que él consagra, ¿qué pasará si no se demuestra la incidencia del voto? Pues, si se sigue la "lógica" del fallo, no habría lugar a declarar la nulidad de la elección. Nefasto precedente el que se sienta, por la exposición de una idea que no fue la que aprobó la Sala.

Se repite, el demandado desde el mismo momento en que hizo el primer nombramiento en la Procuraduría General de la Nación se inhabilitó para presentarse a una nueva elección, en tanto recorrió en la descripción de la prohibición del 126 constitucional. Por tanto, al ser designado cuando no podía serlo y posteriormente electo, se imponía la nulidad del acto de elección, independientemente de la conducta que asumieran los órganos y funcionarios llamados a intervenir en su elección.

Se dice que independientemente de la conducta que asumieran los órganos y funcionarios llamados a intervenir en su elección, pues para el examen que se debe hacer de esta causal de nulidad, es indiferente si se presentaron impedimentos; la forma como estos fueron resueltos, etc., en tanto fue el demandado y no la Corporación que lo ternó ni la que lo eligió, el que asumió las

consecuencias de ejercer su facultad de nominación, **en tanto incurrió en una causal objetiva de inhabilidad.**

El caso del artículo 126, en el aparte objeto de estudio, es igual, por ejemplo, a la inhabilidad que consagra el numeral 3 del artículo 179 constitucional, que indica *"Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección."* Pues en este caso no es que el contrato sea ilegal ni que se deba iniciar investigaciones por el mismo. No. Solo que la suscripción del contrato le impedía a quien lo hizo, aspirar a cargo de elección popular, en tanto la contratación implicaba una restricción objetiva al derecho a ser electo, sin que esa contratación implique, *per se*, una irregularidad.

Es decir, quien ejercía el Ministerio Público tenía la opción de hacer nombramientos o aspirar a ser designado en una terna para seguir ocupando el cargo. Como optó por lo primero, hizo inviable su designación y, en consecuencia, afectó su nombramiento por incurrir en la prohibición del inciso final del artículo 126.

De allí que no se pueda aceptar, tampoco, que en el fallo se afirme que *"Sin lugar a dudas, el demandado si pretendía ser postulado por la Corte Suprema de Justicia, por lo que tenía prohibido nombrar a los parientes de los integrantes de esa alta corporación, para evitar el intercambio de favores".* En tanto genera la idea, que no es correcta, según la cual si le hubiese nombrado familiares al Presidente de la República o a los magistrados del Consejo de Estado o del Senado de la República, no se hubiese incurrido en la prohibición descrita en el artículo 126 constitucional.

No. Ha de entenderse, y es una pena que el fallo no lo explique adecuadamente, que la prohibición del 126 es general y, que, en consecuencia, si se comprueba un solo nombramiento frente a quienes tienen competencia para designarlo, se configura la causal inhabilitante, independientemente de si al final la persona resultó efectivamente nominada por ese u otro órgano, en tanto lo que busca la prohibición es que no se "*prepague*" si se permite esta expresión, el favor –entiéndase la designación- para el futuro.

En ese orden, como la providencia no abordó la prohibición como se analizó en la Sala, tampoco se fijaron los límites temporales de esta. Ha de esperarse a que se presente un nuevo caso –espero que ello no sea así- para que se puedan establecer los alcances del precepto constitucional, dado que se desaprovechó en el vocativo de la referencia.

2. La prohibición de reelección desde la perspectiva de la función electoral del Senado y el principio de legalidad

Una de las mayores discusiones en las diferentes sesiones que la Sala Plena de lo Contencioso alrededor de los cargos presentados en contra del acto de elección del Procurador General de la Nación, se dio frente a si el Procurador General de la Nación podía ser reelegido.

Más allá de las repercusiones que en un Estado Republicano tienen las cláusulas de competencia y la alternancia en el poder, asuntos estos que expuse en la ponencia que presenté en la Sección Quinta y que no se pudo discutir, en tanto la Sala Plena asumió el conocimiento del asunto y devino la elección de quien debía rendir la ponencia; el debate giró en torno a si el silencio del Constituyente al no prohibir expresamente la reelección del Jefe del Ministerio Público, podía entenderse como la autorización para el efecto, en tanto -todo aquello que no esté expresamente prohibido está autorizado-.

Ese debate generó la exposición de las tesis en torno a cómo entender el llamado principio de legalidad. A continuación, expondré brevemente lo que sobre el particular expuse en las discusiones de Sala, dada la necesidad de entender que ese principio tiene una doble dimensión según se trate del ciudadano o de los poderes constituidos, dado que frente a los primeros opera la cláusula de libertad y frente a los segundos la cláusula de competencia expresa, la que, en el caso concreto, implicaba que el Procurador General no se podía reelegir.

Idea esta que se complementa con el hecho según el cual, en los procesos electorales los principios de la democracia se sobreponen sobre los del elegido. En consecuencia, cuando se demanda un acto electoral el juez debe hacer primar los presupuestos de la democracia frente a los derechos del electo.

En consecuencia, el argumento según el cual ante el silencio del Constituyente se impone entender que la reelección estaba permitida a efectos de materializar los derechos del reelegido no se puede aceptar, en tanto desconoce que precisamente en la elección del Jefe del Ministerio Público estaba en juego el mismo sistema de pesos y contrapesos, teniendo en cuenta que dicho nombramiento hace parte de la arquitectura institucional.

En efecto, la cláusula según la cual aquello que no está expresamente prohibido está autorizado, es válida como fórmula para asegurar la libertad individual y el proyecto de vida del individuo, cuando este se encuentra ante circunstancia de relaciones generales de sujeción, pero **NO** cuando esa relación está mediada por una relación especial de sujeción, en donde el sujeto tiene y hace parte, por razón de la función que cumple en el Estado, del engranaje que busca garantizar precisamente los controles y límites al poder.

En ese sentido, el fundamento del Estado de Derecho está en la contención de quien detenta y ejerce el poder, hecho que necesariamente implica que su ejercicio, como la posibilidad de ejercer la función en períodos continuos, debe interpretarse en pro de la garantía y prevalencia del interés general representado en el mantenimiento del equilibrio, del límite y del control, y **no de los derechos del sujeto** que, en ejercicio de la función, pretende mantenerse en él.

Para explicar esta idea, he de referirme a la definición de la función que cumple el Senado de la República cuando elige al Procurador General y la participación en ella de otros órganos constituidos.

2.1. Naturaleza de la función del Senado de la República frente a la elección del Procurador General de la Nación

La competencia del Senado de la República para reelegir al Procurador General de la Nación, exige un examen sobre la naturaleza y autonomía de la función electoral y el acto electoral, como fundamentos del sistema democrático.

La función electoral entendida como la atribución constitucional conferida al pueblo o los órganos constituidos dentro del Estado para definir quién será el titular de funciones esenciales para la organización estatal. Es decir, bien desde la llamada democracia directa o representativa, se juega la configuración o estructura del Estado.

En el reparto de competencias que hizo el Constituyente es claro que aparte de las tres funciones esenciales –*legislativa, judicial y administrativa*-, aquel concibió la electoral como autónoma e independiente a las clásicas, dentro y para determinar la organización o modelo de Estado.

Por tanto, es una falacia señalar que la función electoral solo la cumple el pueblo. No. Razonar así, es dejar de lado la que cumple el Presidente de la República cuando terna para Defensor del Pueblo y el Congreso en pleno elige, cuando terna para Fiscal y la Corte Suprema elige, etc.

La discusión sobre la reelección, entonces, ha debido hacerse desde la óptica de la competencia del Senado en ejercicio de una función electoral que le fue otorgaba precisamente como una forma de dar legitimación, desde la perspectiva de la democracia representativa, al titular del Ministerio Público, encargado de ejercer, entre otros, el control disciplinario de los servidores públicos y la defensa de los derechos humanos como representante de la sociedad.

En ese sentido, esa competencia del Senado debía ser desarrollada y analizada desde la función que le fue otorgada por el Constituyente, es decir, a partir de una competencia preestablecida y por ende sujeta a límites, **una competencia expresa y no explicita.**

Dentro de esta lógica, no es posible admitir que las competencia que no están expresamente prohibidas están permitidas, en tanto todos los órganos dentro del Estado podrían asumir **atribuciones que no tienen**, **que no les corresponde**, bajo el prurito del “silencio” del Constituyente o del legislador.

Sin temor a equívocos, admitir esa cláusula daría al traste con las razones que hace unos siglos llevaron a algunos a la construcción del Estado de Derecho en donde, se dijo, la ley era la expresión de la voluntad general.

La idea de un Estado de Derecho tiene un trasfondo esencial: **el sometimiento de gobernantes y gobernados a la ley**, entendida esta hoy en un sentido amplio y no simplemente formal como lo hicieron los revolucionarios.

Ha de entenderse dentro de esta idea, que la autoridad tiene restringida su competencia a lo que le está permitido y, por ende, ha de responder no solo por exceder su ejercicio sino por omitirlo.

En ese sentido quiero referirme al principio de legalidad entendido como **el sometimiento de gobernantes y gobernados al ordenamiento jurídico.**

2.2. Principio de legalidad

La definición del Estado de Derecho comporta una serie de principios que le son inherentes. Esos principios son, entre otros, el de separación de los poderes, la subordinación de los poderes al ordenamiento jurídico, el principio de legalidad y el principio de control - responsabilidad.

Independientemente de las trasformaciones que ha sufrido el concepto del clásico Estado de Derecho, es claro que esos principios siguen definiendo o identificando este modelo Estado.

Así lo entendió el Constituyente de 1991, cuando en el artículo 1 de la Constitución Política definió al Estado colombiano como un **Estado** Social de **Derecho,** en donde lo “social” implica una relectura de los mencionados principios pero no su abandono.

Por tanto, el concepto de Estado de Derecho hoy no puede entenderse reducido a lo noción clásica de estado-normativo, pues este tiene otras connotaciones: la política, la social.

En conclusión, la noción del Estado de Derecho no debe reducirse a uno de los principios que lo identifican, como acertadamente lo señala SANTOFIMIO (2007), es decir, al principio de legalidad.

Bajo esta perspectiva y para efectos de resolver el interrogante planteado, el **principio de legalidad,** entendido como la subordinación del poder al orden jurídico, el cual hoy debe entender como ese conjunto normativo constituido por las normas constitucionales –valores, principios, reglas- y aquellas subordinadas a esta, como la ley.

La manifestación de este principio en la Constitución Política, en el sentido clásico o formal de este principio, está en los artículos 121 y 122, en cuanto el primero

proscribe a las autoridades el ejercicio de funciones **no consagradas en la Constitución y la ley** y, el segundo, el que no exista empleo sin función.

El artículo 121 se convierte un límite a las autoridades en cuanto estas no pueden desplegar **función alguna que no esté expresamente consagrada** en una disposición jurídica, en donde la no atribución jamás puede o debe interpretarse **como autorización**, pues entenderlo así, es abrir el camino a la arbitrariedad, al exceso y, a la imposibilidad de control, en tanto el funcionario aupado en que el silencio es permisión, abre el espacio a la libertad absoluta de actuación, retornando precisamente al estado de cosas que dieron lugar al surgimiento del modelo de Estado de Derecho, en detrimento de las garantías y de los derechos de los ciudadanos.

En sentencia C-710 de 2001, la Corte Constitucional sobre la interpretación de este principio indicó: "*no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley*"

Este principio desde la perspectiva de los ciudadanos implica una cláusula de autorización, en cuanto se entiende que la regla para estos es la inversa frente a quienes ejercen el poder. Es decir, si no está expresamente prohibido está permitido.

Cláusula contenida en el artículo 6 constitucional que, además de describir expresamente en que consiste el principio de legalidad tanto para los ciudadanos como para quienes ejercen el poder, involucra el principio de responsabilidad y control.

En efecto, el ciudadano deberá responder si actúa pese a la prohibición. Por su parte, quien detenta el poder lo hará sí: i) actúa sin tener la habilitación normativa para hacerlo, ii) excede la habilitación normativa, iii) o no actúa, a pesar de tener que hacerlo según la habilitación.

Ámbitos estos que, por otra parte, permiten establecer el ámbito de control a las actividades de unos y otros.

Por tanto, desde la perspectiva del principio de legalidad formal, artículos 6, 121 y 122 de la Constitución, la pregunta de si el Procurador General podía ser reelegido en tanto no hay una norma que lo prohibiera, tiene una única respuesta: el Senado de la República no tenía la atribución de "volver a elegir" al Procurador General de la Nación ni la Corte Suprema de Justicia de "volver a postularlo", pues no existía habilitación constitucional ni legal para ello. En donde el silencio del Constituyente no podía ser interpretado como la autorización para hacerlo, en tanto estamos frente a una regla de competencia que debe ser expresa y no implícita, en procura de satisfacer precisamente los principios en que se funda el Estado.

En sentido material, el principio de legalidad implica que el ejercicio de la atribución o competencia, se desarrolle para satisfacer, entre otros, el interés

general, los principios de la función pública y la satisfacción de los derechos fundamentales.

Así, si en gracia de discusión se aceptara que existen las atribuciones implícitas, la pregunta que se debía absolver, es si, en el caso objeto de análisis, el ejercicio de esa **facultad implícita** satisfizo el interés general, los principios consagrados en el artículo 209 constitucional o derecho fundamental alguno.

La respuesta a este interrogante es solo una: el ejercicio de una facultad implícita como aquella según la cual al no existir una norma que prohíba la reelección es autorización para ello, sería contraria entre otros, al principio de igualdad, imparcialidad, transparencia, en tanto el despliegue de aquella implicaría poner o dejar a quien está ejercicio del cargo en una mejor posición frente a quienes compiten con él por acceder a dicha posición.

Es decir, como esa competencia implícita solo buscaría satisfacer el interés personal del elegido y sus derechos, se imponía por parte del juez electoral garantizar el interés general, para entender que el ejercicio de esa competencia era contraria a los derechos y principios contemplados en la Constitución.

Se entiende, entonces, que cuando el sistema admite la posibilidad de una reelección, ese mismo sistema crea controles de contención para evitar que esa posibilidad genere desequilibrios que permitan la preeminencia de un interés personal que puedan poner en riesgo al sistema mismo como el desconocimiento de los derechos de los ciudadanos.

En ese orden, el período fijo y la imposibilidad de una reelección por lo menos para el período siguiente, garantiza principios axiales al Estado como la igualdad, y otros en que se funda el ejercicio mismo de la función pública, como lo son la transparencia y la imparcialidad, como lo expuso la Corte Constitucional al analizar el caso de la reelección inmediata del Auditor, sentencia C-406 de 2013.

A la luz de las normas vigentes al momento en que se produjo la reelección del titular del Ministerio Público, esas barreras de contención no existían, precisamente porque no se pensó en la posibilidad de la reelección de este funcionario cuyas funciones, al igual que las que ejerce el Contralor, el Fiscal, los Magistrados de las Altas Cortes, entre otros, están sometidos a unos períodos fijos los cuales cumplen la finalidad de **neutralizar intereses desbordados** y hacer equitativo el acceso al desempeño de cargos o funciones públicas a una población que se reconoce diversa y pluralista.

Así, la pregunta de si existía alguna razón que justificara que el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo en la configuración que hizo el Constituyente de 1991 pudieran ser reelegidos a diferencia de resto de servidores públicos, excepción hecha de los miembros de Corporaciones Públicas de elección popular, debe resolverse en forma negativa.

Basta señalar que en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente no se encontró ninguna razón para admitir la reelección de estos servidores, de hecho se entendió **que no podían serlo.** En efecto, en el rastreo a las discusiones que se dieron sobre el tema, se encontró que no se pensó en la reelección de ese como de otros servidores públicos y, pese a que no quedó expresamente en el texto, la no reelección se votó así: **58** por la no reelección contra **1** por **sí**.

En ese orden, quienes pudieran defender que el silencio del Constituyente fue la autorización para la reelección del Procurador General de la Nación, olvidan que en un régimen republicano y democrático como el que nos rige, se impone la alternancia, el relevo, a efectos de evitar que el ejercicio de una función como la dirección del Ministerio Público pudiera, entre otras cosas, desbordarse en aras de lograr que su titular buscara la permanencia en el cargo.

Se repite, la interpretación que se imponía era la de la prevalencia del interés general que guía la función pública y no la particular de quien, en ejercicio del cargo, pretendía su reelección.

En ese sentido, el papel que corresponde al juez, en casos como el que analizó la Sala, estaba en defender la institucionalidad y la prevalencia del ordenamiento constitucional, pues el juez electoral encarna la defensa de un valor supremo: la democracia y los principios que a ellos le subyacen.

Cuarto: No hay incoherencia frente a decisiones adoptadas en el pasado -el caso de la reelección de un rector-

Es cierto que en el año 2012, como ponente del caso del Rector del Colegio Mayor de Cundinamarca, defendí la idea según la cual "*La restricción para la reelección…debe estar expresamente consagrada en la Constitución, la ley y, en ese caso, en los estatutos de la universidad*".

En esa oportunidad, el análisis que hizo la Sección con ponencia de quien suscribe esta aclaración, se basó exclusiva y excluyentemente en la preeminencia del derecho fundamental a elegir y ser elegido del artículo 40 constitucional, derecho que para ser limitado o restringido, se entendió, debía tener una fórmula expresa por el Constituyente o el legislador. Razón por la que se negó la posibilidad de una interpretación por parte de los operadores jurídicos.

En ese caso se entendió que los derechos fundamentales a elegir y ser elegido primaban. Se preguntarán, entonces, si cambié de postura para este caso o si existe alguna diferencia que permita sostener que los dos casos tenían que ser valorados de forma diferente.

La respuesta a esa pregunta tiene una respuesta única, los dos casos exigían ser analizados bajo ópticas diversas, en tanto en la elección del rector de una universidad no está en juego la conformación de misma de la estructura del Estado y el principio de pesos y contrapesos, como si lo está en la elección, entre otros del titular del Ministerio Público.

En ese orden de ideas, el caso de la referencia se debía definir si el órgano competente para la elección lo podía designar para ejercer nuevamente el cargo y no si el Procurador General de la Nación **tenía el derecho a ser reelegido**.

Esa pregunta necesariamente se responde teniendo en cuenta que los órganos llamados a participar en la designación de la elección del Jefe del Ministerio Público, en ejercicio de la función electoral a ellos asignada directamente por el Constituyente, les corresponde hacer efectivos los principios que inspiran la democracia, entre los cuales se pueden enumerar la transparencia, la igualdad y la legitimidad institucional, en donde los derechos de quienes aspiran a ser elegidos no se pueden anteponer, en cuanto, si bien pudiera entenderse que los derechos de aquel priman, ello no es así, en tanto los principios en que se funda el sistema democrático admiten la presunta tensión entre los derechos del elegido y la democracia, dado que los derechos del aquel deben ceder ante la necesidad de la pervivencia del sistema democrático que, de no existir, no permitiría el desarrollo de aquellos.

En otros términos, el análisis que correspondía hacer a la Sala Plena tenía que tener una dimensión distinta a la que efectuó la Sección Quinta en mencionado caso, en tanto la respuesta al problema que plateaba la demanda, no podía partir, como algunos lo plantearon, de los derechos de quien pretendía reelegirse, y que encuentra la respuesta de protección en la fórmula de corte liberal individual según la cual - todo aquello que no está prohibido está permitido-, fórmula válida frente al ciudadano que no tiene ninguna relación de subordinación con el Estado, pero no frente al que se encuentra en ejercicio del poder, pues esa circunstancia necesariamente implica que los parámetros de interpretación deban ser restrictivos y efectuados desde la competencia de los que están llamados a ejercer la función electoral, como se explicó en otro acápite.

En otros términos, los derechos del elegido no pueden ser un límite de interpretación, pues, precisamente, la eficacia de los derechos de estos, depende del cumplimiento de todas las formalidades sustanciales y formales para que aquellos se concreten o materialicen, entre ellos, la democracia, que tiene en la igualdad, la transparencia e imparcialidad su fundamento.

Es por ello que desde la Sección Quinta, en el último año, se ha venido avanzado en la idea según la cual se puede aspirar a un cargo que ya se ha ejercido, siempre y cuando **i)** una norma expresamente lo autorice y **ii**) haya mediado un período entre su ejercicio y aquel en que se pretende volver al poder –caso Rector de la Universidad Tecnológica y Pedagógica de Colombia y Gobernador de Caldas, sentencia y auto de 3 de marzo de 2016, respectivamente-, por cuanto esa mediación entre un período y otro, garantiza la igualdad entre los candidatos como la transparencia en el ejercicio de la función, para no generar un abuso, fundamento del Estado Republicano que busca que la arbitrariedad en el ejercicio del poder no se presente.

La misma lógica fue la que empleó al Corte Constitucional al analizar el caso del Auditor General, sentencia C-406 de 2013, en la que, luego de descartar la posibilidad de que el legislador pudiera consagrar la reelección inmediata del Auditor General, declaró la exequibilidad de la norma pero bajo el entendido de que dicho funcionario no podrá ser reelegido para el periodo siguiente. Sobre el particular, entre otros aspectos, señaló:

> "Adicionalmente, estima la Corte que acceder a la posibilidad de reelección inmediata del Auditor General, teniendo en cuenta que se trata de una figura ubicada en el vértice del modelo del control fiscal, (iv) pondría en riesgo el efectivo ejercicio de la vigilancia fiscal, pues, precisamente, lo que pretende evitar el Texto Superior es que quienes encabezan los máximos órganos de la estructura estatal adelanten ejercicios encaminados a perseguir su propia reelección, (v) desvirtuando, a su vez, el derecho a la participación en condiciones de igualdad de los demás aspirantes, pues quien ocupa el cargo y busca su reelección, se encuentra en una posición privilegiada frente a ellos."

Igualdad que, en el caso del Procurador General de la Nación, se afectó por las ventajas que adquiere quien está en ejercicio de la función frente al resto de sus contendores, razón por que la que se exige que el mismo sistema cree controles o mecanismos para asegurar cierta igualdad entre quien ejerce el cargo y el resto de candidatos.

El juez de la nulidad como lo indique antes, es un juez que debe hacer una interpretación sistemática de la Constitución para hacerla coherente y armónica, pues es claro que no existe igualdad entre el candidato titular de la función y el resto que no lo son. Igualdad que no se garantiza porque el Senado escuche o deba elegir entre los tres ternados.

Esa desigualdad se elimina, entonces, entre otros, aceptando que la reelección en casos como el que analizó la Sala estaba proscrita.

Quinta: Desintegración de la terna

Como lo expuse en el salvamento de voto en el caso de la Fiscal General de la Nación[205], no dudo que la renuncia que el caso de la referencia presentó uno de los candidatos, implicó la desintegración de la terna-, lo que obligaba al Primer mandatario a reconformarla de forma inmediata, en tanto quien renunció fue el que él postuló.

El retiro de uno de los postulados, bien por renuncia u otras causas, implica necesariamente la descomposición de la terna, en la medida en que para que ella

[205] CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena Contencioso Administrativa. Sentencia de 6 de marzo de 2012. Radicación No. **IJ-11001-03-28-000-2011-00003-00.** Radicado Interno No. 2011– 00003. Demandante: Ferleyn Espinosa Benavides. Demandado: Fiscal General de la Nación, doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos. Electoral Única Instancia–Fallo. **Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.**

se constituya se impone la concurrencia de tres candidatos y no de dos o uno[206], pues es, en la pluralidad de posibilidades, que se satisface la capacidad de elección. No se elige cuando hay una única opción.

Por tanto, se hace urgente la revisión de lo expuesto por la Sección Quinta en la sentencia de 14 de septiembre de 2001[207], cuando afirmó que la renuncia de uno o varios de los candidatos de una terna es inane. A diferencia de lo que se dijo en esa oportunidad, debe señalarse expresamente que la falta de uno de los postulados en una terna, exige de la intervención inmediata de quien tiene la facultad de nominación, para reintegrarla en tanto no es procedente la elección.

Finalmente, debo advertir que comparto las consideraciones expuestas por la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en su aclaración de voto, en lo que hace a la valoración que ha debido hacer la Sala Plena Contenciosa del cargo referido a la violación del reglamento de la Corte Suprema de Justicia.

En los anteriores términos, dejo expuestas algunos de los razonamientos que expuestos en Sala y que permitían reforzar la declaración de nulidad del acto de elección del Procurador General de la Nación.

ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Con el acostumbrado respeto me permito manifestar que aunque comparto el sentido de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena en el sentido de

[206] Según el Diccionario de Uso del Español de María Moliner, terna significa en su primera acepción “Lista de tres personas propuestas para que entre ellas se designe la que ha de desempeñar cierto cargo”. Editorial Gredos. Tomo II. Pág. 1216
[207] **CONSEJO DE ESTADO**, Sala Quinta. Radicación 11001-03-28000-2001. Expediente 2428. C.P. Mario Alario Méndez.

declarar la nulidad del acto de elección del Procurador General de la Nación contenido en el acta número 33 del 27 de noviembre de 2012 del Senado de la República, creo oportuno hacer las siguientes precisiones:

1.- Si bien el acto de postulación es de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia han calificado de «preparatorios» y el examen de su legalidad, como bien se afirma en la sentencia, sólo puede realizarse a través del control del acto definitivo por medio del cual se concreta la elección, considero necesario poner de relieve que ello obedece a que dicho acto de postulación constituye una de las etapas previas que deben cumplirse dentro del procedimiento de elección del Procurador General de la Nación, de lo cual se infiere que aquél forma parte del debido proceso electoral.

En ese orden de ideas, la legalidad de la decisión electoral depende en buena medida de la conformidad de las decisiones preparatorias con las normas que regulan el procedimiento de elección.

De conformidad con los postulados consignados en nuestro estatuto superior, el concepto de debido proceso está referido no solo al cabal cumplimiento y observancia de las formas que son propias de cada trámite, actuación o procedimiento, sino que involucra además el necesario respeto de los derechos y garantías que los rigen. Esa doble dimensión del concepto nos permite alcanzar la recta comprensión de aquello que conforma el núcleo esencial de esa garantía de rango constitucional.

Así como en el ámbito penal el concepto de debido proceso comprende los derechos del sindicado a la asistencia de un profesional del derecho, a ser informado de la acusación formulada, a la presunción de inocencia, a un proceso público sin dilaciones indebidas, a utilizar los medios de prueba y de defensa, a no autoincriminarse, a que se respeten las etapas y las garantías propias del juicio, etc, en tratándose de la elección del Procurador General de la Nación, el debido proceso electoral comprende, entre otras cosas, la garantía de que quienes tienen asignada la competencia para postular y elegir, van a obrar de manera ecuánime e independiente, libres de cualquier tipo de compromisos o de presiones, inspirados fundamentalmente en los principios de transparencia e imparcialidad y en el *desiderátum* de satisfacer de la mejor manera el interés público y la igualdad de quienes aspiran a ser elegidos para el cargo de que se trate. De esta manera, el ejercicio del derecho de postulación trae aparejada la consagración de una serie de condiciones insoslayables de cuyo cumplimiento depende en muy buena medida la legalidad del acto definitivo de elección.

La parte considerativa de la decisión, da cuenta de las razones que llevaron a la Sala Plena del Consejo de Estado a declarar que en el caso concreto se incurrió en la violación del artículo 126 de la Constitución Política de Colombia, las cuales comparto.

2.- Aunque la providencia aprobada por la Sala Plena no abordó el tema de la competencia, al prosperar el cargo referido a la violación del artículo 126 de la

Constitución, creo necesario aprovechar esta aclaración de voto para dejar sentado mi criterio sobre el mismo.

Tal como quedó consignado en la sentencia, los actores argumentan que el Congreso no podía reelegir al doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, pues para ello se requería de una habilitación constitucional expresa que no fue consagrada en el artículo 276 de la Carta Política, el cual se limita a indicar que el Procurador General de la Nación será elegido por el Senado para un período de cuatro años, sin que en el texto de esa norma haya quedado prevista la posibilidad de elegir para un segundo período a quien ya venía desempeñando tan alto cargo.

Aducen los demandantes al respecto que en materia de competencias, «todo aquello que no esté expresamente autorizado debe entenderse prohibido» y aducen que la Constitución de 1991 es una Constitución de corte no reeleccionista, siendo ese un principio innominado que se encuentra latente en toda la preceptiva constitucional. Precisamente por ello algunas disposiciones de nuestro estatuto superior prohibieron de manera tajante la reelección del Presidente de la República, del Contralor General de la República y del Fiscal General de la Nación.

Aunque el artículo 276 guardó un mutismo absoluto frente a la prohibición de reelegir al Procurador General de la Nación ni al Defensor del Pueblo, los demandantes argumentan a partir de los principios de transparencia e independencia que orientan el cumplimiento de las funciones a cargo de los distintos órganos del Estado, que esa reelección sí fue prohibida.

Según mi criterio, antes de la expedición del Acto Legislativo número 2 de 2015, el artículo 276 de la Constitución le confería al Senado de la República una potestad amplia para elegir al Procurador General de la Nación. En ese orden de ideas, al no aparecer consagrada en su texto ninguna prohibición expresa de reelegir, no le es dable al intérprete consagrar limitaciones o restricciones que el constituyente no contempló.

Precisamente por ello, ante el interés de prohibir de manera expresa la posibilidad la reelección del Procurador General de la Nación, la mencionada reforma constitucional, estableció esa prohibición o restricción. Expresado en otras palabras, de ser acertada la interpretación de los demandantes, esa reforma constitucional habría sido inoficiosa e innecesaria. En todo caso, basta con revisar los antecedentes de ese acto legislativo para advertir que la intención del gobierno nacional y del constituyente delegado, no fue otra distinta a la de consagrar una prohibición que no estaba prevista y que apenas vino a establecerse con la promulgación del Acto Legislativo número 2 de 2015.

En consonancia con lo expresado hasta aquí, es relevante poner de presente que según la constancia expedida el día 6 de julio de 1991 por el doctor Jacobo Pérez Escobar, como Secretario General de la Asamblea Nacional Constituyente, a la cual me atengo, el texto definitivo de la Constitución que fue objeto de sanción por parte del presidente Cesar Gaviria Trujillo, «corresponde esencialmente al

articulado aprobado en segundo debate por la mencionada corporación en sus sesiones de los días 28, 29 y 30 de junio y 1º, 2 y 3 de julio de 1991», lo cual me lleva al más sincero convencimiento de que la prohibición señalada por los demandantes en realidad no fue aprobada en segundo debate por la Asamblea Nacional Constituyente, pues de ser así, con toda seguridad habría quedado incluida desde el principio en el artículo 276 de la Carta. En esos términos fue ejercida la libertad de configuración de las normas constitucionales por parte de la Asamblea Nacional Constituyente.

Por lo anterior, no es dable afirmar que la reelección del Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación haya desconocido ninguna norma de competencia, pues la prohibición apenas vino a establecerse con el Acto Legislativo número 2 de 2015.

A propósito de este mismo tema, debo señalar que la habilitación constitucional para reelegir al Procurador General de la Nación sí se encontraba prevista en el artículo 276 de la Constitución. En efecto, cuando en esa norma se le asigna al Senado de la República la competencia para «elegir» al Procurador General de la Nación, no puede el intérprete entender válidamente que esa elección deba hacerse por una sola vez, pues ello equivaldría a desconocer ese viejo apotegma de la hermenéutica jurídica condensado en la máxima *Ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*, la cual fue recogida por el artículo 27 de nuestro Código Civil, en donde se dispone que «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu».

Para mí es totalmente claro que hasta antes de la promulgación del acto legislativo ya mencionado, el Senado de la República estaba jurídicamente habilitado para reelegir al Procurador General de la Nación para un segundo período.

En los términos que anteceden dejo expuesto mi criterio.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – GUILLERMO VARGAS AYALA

De manera respetuosa me permito señalar que en la ponencia final se acogen integralmente las observaciones al proyecto que formulé, razón por la cual la aclaración de voto inicialmente planteada resulta innecesaria.

Atentamente,

GUILLERMO VARGAS AYALA
Fecha *ut supra.*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Respetuosamente en este escrito consigno las razones por las cuales aclaro el voto respecto de la sentencia de 7 de septiembre del 2016, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Las razones de mi disentimiento se relacionan particularmente con las consideraciones que interpretan el artículo 126, constitucional. En efecto, en la providencia se acogen los precedentes de la Sala Plena de la Corporación del 15 de julio[208] y 11 de noviembre de 2014[209], en las que se indicó el alcance del referido artículo y en general, de las conductas de nepotismo, clientelismo y favoritismo que de este se derivan. Así, en la providencia aclarada se concluyó que el art. 126 contiene: *"[…] una prohibición inhabilitante […]", y […] su materialización responde a circunstancia de tipo objetivo […]"*[210].

Ahora bien, al analizar los nombramientos del Procurador General de la Nación respecto de familiares de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, indicó la providencia lo siguiente:

"[…] para la aplicación de la segunda parte del artículo 126 de la Carta no resulta indispensable la efectiva participación en el proceso de postulación o elección […]"[211],

De la afirmación anterior se puede inferir que es indiferente que quienes tenían facultad para postular al Procurador General de la Nación participaran o no de dicho acto, porque finalmente la inhabilidad se configura con la simple designación de los parientes de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que formalizó el director del ministerio público.

---

[208]. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de julio de 2014. Radicado 11001-03-000-28-2013-00006-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Demandado: Francisco Javier Ricaurte Gómez.
[209] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de noviembre de 2014. Radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Demandado: Pedro Octavio Munar Cadena.
[210] Página 28 de la providencia.
[211] Página 36 de la providencia.

A mi juicio la prohibición inhabilitante no recae sobre la conducta del Procurador General de la Nación, sino que la misma se predica de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que como se probó en el proceso, tenían familiares[212] nombrados por el señor Alejandro Ordoñez en el primer periodo en que este se desempeñó como Procurador y que pese a ello, participaron con su voto y así completaron los votos necesarios para la postulación del funcionario en cita.

En efecto, la consecuencia de dicha circunstancia vicia de nulidad la anunciada postulación por incurrir en la conducta de favoritismo que reprocha el artículo 126 constitucional. Esto es, que está prohibido al servidor público directamente o por interpuesta persona: nombrar, elegir, designar o postular a los familiares de aquella persona que lo eligió, nombró, designó o postuló. En blanco y negro: *"tu nombras mis familiares, luego yo te nombro".*

Por las anteriores razones aclaro mi voto.

Fecha ut supra,

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Consejero de Estado

[212] hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO CONJUNTA – ROCIO ARAUJO OÑATE, STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, nos permitimos exponer razones adicionales por las cuales suscribimos la sentencia del 7 de septiembre del 2016, mediante la cual se declaró la nulidad del acto de elección del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, con aclaración de voto.

Al respecto, consideramos que adicionalmente a la nulidad del acto administrativo referido por la transgresión del artículo 126 constitucional, el mismo se encontraba afectado por otros vicios que fueron oportunamente alegados y demostrados por los demandantes en el trámite de la acción de nulidad electoral. Estos, amparados bajo la figura de la expedición irregular, son:

(i) Desintegración de la terna en forma previa a que el órgano elector ejerciera su correspondiente competencia, lo que denota un desconocimiento del artículo 276 constitucional;
(ii) Desconocimiento del numeral 6º del artículo 10º del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia que obligada a dicha Corporación Judicial a elegir un postulado a la terna de Procurador General de la Nación de entre varias opciones;
(iii) Intervención de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en el acto de postulación, que se encontraban impedidos para ello, en atención al interés directo configurado por contar con familiares designados como servidores de la Procuraduría General de la Nación.

Para efectos metodológicos, procederemos, en el mismo orden anteriormente señalado, a exponer las razones por las cuales consideramos que las referidas irregularidades debieron sustentar la declaratoria de nulidad de la elección del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como supremo director del Ministerio Público.

(i) Expedición irregular del acto de elección por desintegración de la terna y, en consecuencia, la violación del artículo 276 de la Constitución

Para el demandante del proceso radicado con el número 2013-00008-00, se presentó la causal de nulidad indicada, por violación del artículo 276 constitucional, pues con la renuncia de uno de los ternados, se debió proceder con la reconfiguración de la terna y de esta manera habilitar la competencia del Senado de la República para elegir.

El fundamento de la alegación presentada se basó en lo dicho en la sentencia del 6 de marzo del 2012, dictada por la Sala Plena de esta Corporación, en la cual se aceptó que existen eventos en los cuales es necesario proceder a integrar nuevamente una terna propuesta para la elección de un funcionario público, resaltando que uno de ellos, es la renuncia de alguno de sus integrantes.

Por ello, señaló que ante la renuncia de la Doctora María Mercedes López Mora, candidata del Presidente de la República, el Presidente del Senado de la República debió gestionar ante la entidad postulante la designación de un nuevo candidato, para poder continuar con el proceso eleccionario, situación que al no haberse presentado, afecta de nulidad del acto objeto de control jurisdiccional.

En la audiencia inicial se fijó el litigio en relación con éste punto en los siguientes términos:

“Si la renuncia de uno de los postulados o de los candidatos a la terna de Procurador General de la Nación conllevaría a su desintegración y por ende, a la nulidad de la elección del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, que se produjo sin la recomposición de la misma”

Sobre el particular, consideramos necesario efectuar las siguientes apreciaciones:

- **Del concepto de terna, su relación inescindible con el acto de elección y los efectos de la renuncia de uno de los postulados.**

El artículo 276 de la Constitución Política, vigente para fecha en que ocurrieron los hechos analizados en el proceso, confiere la función al Senado de la República de elegir al Procurador General de la Nación de terna integrada por candaditos designados por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La estructuración de la terna en la forma antes prevista, tiene como finalidad garantizar la total independencia y autonomía del referido órgano de control respecto del Gobierno Nacional y el Congreso de la República, por lo que ello explica que el modelo adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente fue permitir, a partir de los controles recíprocos que se derivan de los principios de separación de poderes y colaboración armónica entre las ramas del poder público, la existencia de un equilibrio verdadero en lo que se relaciona con la elección del

supremo director del Ministerio Público, ello en atención a las especiales funciones que éste desarrolla.

De otro lado, la expresión terna, en su sentido literal, y de conformidad con el significado otorgado por la Real Academia de la Lengua Española, representa un conjunto de tres personas propuestas para que se designe de entre ellas, aquella que haya de desempeñar un cargo o un empleo. De lo anterior se desprende que nos encontramos ante una exigencia eminentemente numérica, en tanto refiere a un conjunto de tres, sin que resulte dable entender que eventualmente tal expresión permita un número mayor o menor.

Respecto del momento en el cual queda conformada la terna, es claro que ello ocurre cuando las tres entidades postulantes a las que se ha hecho referencia, comunican al órgano elector los nombres de quienes la integran, sin que sea necesario que exista una aceptación previa del ternado para que su nombre sea efectivamente considerado en el proceso electoral.

De los aspectos mencionados, es posible derivar una *relación inescindible entre terna y acto de elección*, de tal forma que de no existir la primera, no es posible proceder con lo último, siendo igualmente importante resaltar, que incluso la validez de la elección está supeditada a la garantía de los requisitos de elegibilidad de los candidatos, es decir, que éstos cumplan con las calidades exigidas, así como que no se evidencien circunstancias de hecho que configuren inhabilidad, incompatibilidad o la vulneración de alguna prohibición del orden constitucional o legal.

Por ello, en relación con aspectos derivados de la integración de la terna, la invalidez de la elección puede predicarse de la inexistencia de la misma, su desintegración o la inelegibilidad de alguno de sus integrantes.

El Senado del República, a través de la correspondiente Comisión de Acreditación Documental, debe verificar y asegurar, como un último filtro a la labor de las entidades postulantes, el cumplimiento de los requisitos por parte de quienes aspiran a ser elegidos para un determinado cargo por parte de dicha cámara legislativa.

De lo dicho, es posible predicar la existencia de dos situaciones:

(i) Que conformada la terna y enviada al Senado de la República, la Comisión de Acreditación documental encuentre que respecto de uno o varios de los ternados no se cumple con las calidades exigidas para el efecto. Dicha situación debe ser expresamente señalada en el informe que resulta del trabajo de la referida comisión, para que de encontrarse acreditado el referido incumplimiento, se comunique por parte de la plenaria del Senado a la autoridad postulante, y ésta, de considerarlo procedente, cambie a su candidato.
(ii) Que se desintegre la terna entre la comunicación de la misma y antes de la elección por parte del Senado.

El Consejo de Estado, en sentencia del 14 de septiembre del 2001[213], estudió la situación presentada con la renuncia de uno de los ternados a un cargo público, con anterioridad a la celebración del proceso de elección. Al respecto, se indicó en dicha providencia que la renuncia resulta inane en los siguientes eventos:

- La autoridad competente que lo postuló tuvo la oportunidad de pronunciarse, antes de la elección, sobre si aceptaba o no la renuncia.
- La entidad postulante se pronunció no aceptando la renuncia y confirmando la designación de su ternado, situación que no implica la desintegración de la terna.
- Con la ratificación del postulado que había renunciado, se mantuvo la terna, bajo el entendido que si éste resulta elegido, puede no aceptar el cargo.

Del análisis relacionado, se entiende que la autoridad postulante no pierde la competencia sobre la conformación de la terna con el acto de comunicación de su candidato al órgano de elección, ello en tanto pueden presentarse circunstancias que atenten contra la integración de la misma.

Debe resaltar que la decisión en comento, se enmarcó en el contexto presentado en el proceso, dado que en el caso referido, el Senado de la República, de forma prudente, suspendió el proceso electoral, aguardando al pronunciamiento del Presidente de la República sobre la renuncia presentada.

Lo anterior implica que, cuando se advierte una circunstancia que apareje la desintegración de la terna, es indispensable que la autoridad competente se pronuncie antes de la elección y determinar sustituye o no al candidato (a) que, en caso de que la situación sea la renuncia, ha manifestado su intención de no continuar como postulado, pues sólo de esta manera se garantiza la viabilidad de la elección.

De otro lado, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica[214], la cual tiene efectos vinculantes, analizó que la atribución para elaborar la terna está determinada por el cumplimiento de los requisitos y calidades constitucionales de cada uno de los ternados, para quienes surge una expectativa legítima de que su nombre sea considerado por el órgano que tiene la competencia para elegir. Igualmente, en dicho precedente, se indicó los casos en los que puede predicarse una desintegración de la lista de tres sometida a consideración del órgano de elección, los cuales describió de la siguiente manera:

- Que alguno, algunos o todos los ternados renuncien a la postulación;
- El deceso de algún (os) aspirante (s) a ser elegidos
- La inhabilidad previa o sobreviniente de alguno (s) de los (as) candidatos (as);

[213] C.P. Mario Alario Méndez. Radicación: 11001-03-28-000-2001-0012-01.
[214] Consejo de Estado. Sentencia de unificación del 6 de marzo del 2012. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación 11001-03-28-000-2011-00003-00.

- Una situación excepcional que se encuentre debidamente probada y que amerite el cambio de la terna, en arara de la protección al interés general.

En la referida providencia se reiteró la posición de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en tanto se indicó que la competencia para la autoridad postulante no se agota sino hasta tanto se cumpla la finalidad constitucional, así como el ejercicio de la facultad de postulación debe consultar el interés general y los fines de dicha atribución.

Finalmente, debe resaltarse que de conformidad con el artículo 83, se desprende que las actuación de los particulares ante las autoridades públicas, debe ceñirse a los postulados de la buena fe, lo que es aplicable al acto de renuncia presentado por uno, algunos o todos los ternados a ocupar un cargo público.

- **Análisis del caso concreto**

Con fundamento en el significado de terna y la consecuencia jurídica que se produce con la desintegración de la misma, en relación con la elección que se adelantó en el Senado de la República, como consecuencia de la renuncia de la Doctora María Mercedes López Mora, exponemos a continuación las razones por las cuales el cargo invocado en la demanda estaba llamado a prosperar:

Se encontró demostrado que la terna para elegir al Procurador General de la Nación *se integró* por parte de los que tenían competencia para ello y que fue comunicada al Senado de la República.

- Consta en el Acta No. 33 de 27 de noviembre de 2012 publicada en la Gaceta del Congreso de la República No. 62 del 21 de febrero del 2013[215], en la que aparece el informe aprobado el 27 de noviembre de 2012 de la Comisión de Acreditación Documental que fue presentado por el senador Antonio del Cristo Guerra de la Espriella sobre el estudio de las hojas de vida de los candidatos a Procurador General de la Nación, quien precisó que la remisión de integrantes de la terna ocurrió de la siguiente manera:

    - La CSJ en oficio del 31 de agosto del 2012, remitió la hoja de vida del doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, elegido a conformar la terna de la cual se elegirá al PGN.

    - El 26 de septiembre del 2012, se presenta por parte del Consejo de Estado como elegido a conformar la terna al doctor Orlando Gallo Suárez.

    - El 31 de octubre del 2012 el Presidente de la República presenta ante el Senado, como integrante de la terna, a la Dra. María Mercedes López Mora.

[215] Folio 106 a 167 del cuaderno 3

Precisó el Senador Guerra que los tres integrantes a la terna cumplen con los requisitos para ser Procurador General de la Nación, según los artículos 232, 275 y 280 de la Constitución Política.

En segundo lugar, consta que *la terna conformada se desintegró* en el *sub judice*, por cuanto la doctora María Mercedes López Mora renunció ante el Presidente de la República, quien la ternó, y presentó copia de la renuncia presentada al Presidente ante el Senado de la República, quien debía adelantar el proceso eleccionario. Tal conclusión se obtiene a partir de los siguientes elementos de juicio:

- A folio 683 del cuaderno 3 se encuentra el oficio No OFI13-00146314/JMSC 33020 del 10 de diciembre de 2013, suscrito por la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República a través de la cual remite copia del oficio recibido el 27 de noviembre de 2012 mediante radicado EXT12-00102509 del mismo mes y día.

  La copia del documento antes reseñado y allegado por la Presidencia de la República contiene la presentación de la renuncia a la terna por parte de la doctora María Mercedes López Mora ante el Presidente de la República, quien la había ternado[216], alegando la inexistencia de garantías suficientes para realizar el ejercicio democrático y en condiciones de igualdad.

  Este oficio implica el conocimiento de dicha renuncia por el Presidente de la República.

- En el Acta No. 33 de 27 de noviembre de 2012 publicada en la Gaceta del Congreso No. 62 de 2013, consta que los señores Senadores tenían conocimiento del hecho, porque la doctora María Mercedes entregó copia de la renuncia.

  Las intervenciones que se transcriben a continuación, y que aparecen en dicha acta de la sesión del 27 de noviembre de 2012 dan cuenta de ello:

  JORGE ENRIQUE ROBLEDO CASTILLO. Menciona que el informe de la comisión de acreditación documental es veraz, pero que sólo hasta las 10:00 am de ese día **es de público conocimiento y es un hecho notorio, que a esa hora la Dra. María Mercedes López había renunciado a la designación hecha por el Presidente de la República para conformar la terna. En este orden de ideas,** considera que **no hay terna para elegir, para lo cual trae un concepto del constitucionalista Carlos Gaviria, publicado en la revista Semana, en el cual se indica que en esas circunstancias no se puede votar porque no hay terna, no hay tres candidatos,** por lo que deja constancia de que el informe es veraz, pero sólo hasta a las 10 am.

  ANTONIO CRISTO GUERRA DE LA ESPRIELLA. Señaló que **el trabajo de la comisión de acreditación documental se realizó mientras la Dra.**

[216] Folio 684, cuaderno 3

María Mercedes pertenecía a la terna, entiende que la renuncia se produjo el día de la sesión con posterioridad al estudio que se acaba de comentar, razón por la cual considera que la renuncia es un hecho sobreviniente sobre el cual la comisión no tenía la obligación de saber.

CAMILO ERNESTO ROMERO GALEANO. Consideró que bajo el concepto de otro constitucionalista, presidente de la Corte Constitucional, José Gregorio Hernández, basta **con una lectura del artículo 276 constitucional para establecer que el Senado solo puede elegir al Procurador General de la Nación de una terna y una terna es de tres**. "**El tema no es de estética, es de ética, y hoy no hay terna para poder votar aquí en el Senado de la República"**. Es la expresión del constituyente primario, así que, no se puede elegir al Procurador General de la Nación, toda vez que no hay terna, de conformidad con el artículo 276 y así lo advierten constitucionalistas.

LUIS FERNANDO VELASCO CHAVEZ. Precisó que de la lectura detenida del artículo 276 constitucional, se determina que el Procurador será elegido de terna conformada por los candidatos del Presidente de la República, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. Pregunta al señor secretario sí el Presidente de la República, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado han retirado sus candidatos, contestando el Secretario del Senado que no.

LUIS FERNANDO VELASCO CHAVEZ. Precisó por tanto el Senador que no ha habido ningún pronunciamiento por parte de quienes postulan los candidatos, y por ello señaló que se tienen tres candidatos. Lo que se ha recibido son informes de prensa pero no hay absolutamente nada más, siendo necesario recordar que se trata de un acto complejo que empieza con la postulación, y en su entender, nadie ha retirado la postulación.

RODRIGO VILLALBA MOSQUERA. Informa que tiene una sentencia del Consejo de Estado que contradice lo señalado por el Dr. Romero, del Polo. Es la providencia del 14 de septiembre del 2001, de la sección electoral del Consejo de Estado, en donde se juzga la elección de Marco Gerardo Monroy Cabra, de terna que estaba integrada por tres, pero a última hora renunció uno de los aspirantes, en la cual se niegan las pretensiones, con fundamento, básicamente en lo que dijo el Dr. Velasco.

ALVARO ANTONIO ASHTON GIRALDO. Pregunta a la secretaría si obra renuncia aceptada de la Dra. María Mercedes López. El secretario informó que no, por lo cual señaló el Senador que la terna está integrada y no hay inconveniente en la votación.

También consta en dicha acta que con posterioridad a estas apreciaciones los senadores decidieron continuar con el mandato constitucional de proseguir con el proceso de elección del Procurador General de la Nación y

por ello decidieron escuchar a los postulados, previa constancia de la Presidencia de que el senador Villalba recoge la sentencia del 14 de septiembre del 2001, con ponencia de Mario Alario Méndez, en donde se indica que la competencia de elaboración de ternas es una facultad y deber que cumplen de manera autónoma y unilateral las autoridades llamadas a conformarlas. Las ternas se perfeccionan cuando son expedidas por la autoridad competente, sin requerir aceptación del candidato, y por lo mismo, su renuncia es inane, dice el Consejo de Estado.

- En los medios de comunicación masiva, físicos y virtuales, se registró el hecho de la renuncia de **María Mercedes López Mora**, como se desprende de los siguientes ejemplos, con lo cual se advierte que la citada renuncia era información de dominio público.

- En el **diario El Tiempo**, el 27 de noviembre de 2012 se registró la noticia señalando: **"Congreso seguirá adelante con elección de Procurador** El presidente del Senado, Roy Barreras, confirmó este martes que, a pesar de la renuncia a la terna de **María Mercedes López Mora**, el proceso de elección de Procurador General seguirá adelante y se realizará en la plenaria de esta tarde. Barreras le dijo a EL TIEMPO que "se va a seguir, porque la renuncia es inane al proceso", y agregó que "la elección sigue con los demás candidatos, que también tienen derechos". Este diario confirmó que el Congreso fue notificado de la renuncia de López a través de una llamada, porque hasta el momento no ha llegado ningún escrito al Senado."[217]

- Ese mismo 27 de noviembre de 2012 la **Revista Semana** registró la noticia: "La elección continúa". Esa fue la expresión con la que el presidente del Senado, Roy Barreras (la U), respondió a las inquietudes que se generaron en el Capitolio luego de confirmarse la renuncia de **María Mercedes López Mora**, candidata del presidente Juan Manuel Santos al cargo de Procurador General de la Nación. El Senado tiene previsto en la tarde de este 27 de noviembre la elección de quien será el nuevo jefe del Ministerio Público para los próximos cuatro años. Lo hará mediante voto secreto y de momento, el actual Procurador **ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO** y Orlando Gallo Sánchez, son los únicos aspirantes. Roy Barreras dice que "hay antecedentes jurisprudenciales" para señalar que pese a la renuncia de López "la terna existe". "La terna está conformada desde que las autoridades la expidieron. Hay antecedentes jurisprudenciales, la renuncia es inane, ella (**María Mercedes López Mora**) ha tenido todas las garantías, se ha reunido con todas las bancadas, con todos los partidos y bienvenida si se hace presente esta tarde en la elección". El exmagistrado y excongresista Carlos Gaviria, al ser consultado sobre este escenario, consideró que si el Senado elige al Procurador con sólo dos candidatos, será una elección "inconstitucional". "A mi juicio, si la doctora **María Mercedes López Mora** renunció, la terna se desintegró y si se elige

[217] Página web en: **http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12402844**

habiendo dos nombres, la elección es inconstitucional", explica. López argumentó en su carta de renuncia "falta de garantías" en el proceso de elección de procurador general. Los partidos políticos aún no se han pronunciado oficialmente ante la renuncia de una de las personas que integraban la terna."[218].

- En la **emisora la FM** en la misma data se le dio gran despliegue al tema, al punto de entrevistar a la señora López[219].

- Similar registro se lee en **RCN**[220].

- Oficio 2013-70 del 13 de diciembre de 2013 suscrito por Gregorio Eljach Pacheco donde señala "…me permito informarle que la comunicación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, informando la renuncia presentada por la Doctora MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA a su candidatura a la terna para ser elegida Procurador, nunca fue recibida en este despacho"[221]

  Esta manifestación riñe abiertamente con lo que consta en el Acta de la sesión del 27 de noviembre de 2012 donde se dejó constancia que en la mesa directiva del senado no reposa la renuncia, ni aceptación de la misma. **En Secretaría hay copia de la renuncia entregada al nominador pero no hay notificación de aceptación, por lo que cabe la posibilidad de que la Dra. María Mercedes López Mora pueda intervenir en las exposiciones que siguen en la discusión.**

  Esta constancia riñe con lo expresado por el Secretario porque se advierte que si se recibió la copia de la renuncia entregada por la señora López Mora al Presidente.

  También riñe esta aseveración con lo manifestado por el propio Presidente de la Corporación, los Senadores que intervinieron en la sesión y el dicho de la propia aspirante ante la opinión pública.

Así las cosas, se encuentra plenamente demostrado que la doctora **María Mercedes López Mora** manifestó su decisión de no continuar en el trámite eleccionario, ante los funcionarios y dependencias encargadas de la postulación y de la elección, lo que tiene las siguientes implicaciones:

- La renuncia presentada ante el Presidente de la República antes de que se iniciara el paso final de la elección, produjo como consecuencia la *desintegración de la terna,* pues sólo quedaron dos ternados, con lo cual no resultaba jurídicamente válido al Senado de la República producir una elección por contrariar expresamente el artículo 276 de la Constitución que

---

[218] http://m.semana.com/politica/articulo/esta-tarde-habra-eleccion-procurador-general-roy-barreras/268528-3
[219] http://www.lafm.com.co/noticias/colombia/27-11-12/exclusivo-la-carta-de-renuncia-12
[220] http://www.rcnradio.com/audios/maria-mercedes-lopez-explica-las-razones-de-su-renuncia-como-candidata-procurador-35437
[221] Folio 710, cuaderno 3

establece que la elección se producirá con fundamento en una terna y no en una dupla.

- La desintegración de la terna por causa de la renuncia de uno de los ternados fue establecida como causal para su recomposición por la Sala Plena del Consejo de Estado el 6 de marzo de 2012 en la sentencia de unificación citada, que tiene efectos vinculantes[222] y no fue tenida en cuenta por el Senado de la República el 27 de noviembre de 2012, fecha en la que tuvo lugar la elección del Doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, como lo condicionó el artículo 276 de la Constitución.

  Se reitera que la atribución de postulación y la función de elegir es inescindible, pues sin la postulación no se puede elegir y la atribución asignada para elaborar la terna, está condicionada por el cumplimiento de los requisitos y calidades constitucionales y legales de cada uno de los aspirantes.

- La competencia para postular no se agota sino hasta tanto se cumpla con la finalidad constitucional, por cuanto pueden suceder circunstancias que terminen desintegrando totalmente la terna y por consiguiente ésta deba ser *sustituida,* por razones de interés general y sin que sea admisible arbitrariedad alguna, hasta tanto no se cumpla la finalidad constitucional.

- Ante la desintegración de la terna, el Senado de la República no ha debido producir el acto de elección del Procurador General de la Nación para posibilitar el pronunciamiento sobre la aceptación o no de la renuncia presentada por la Dra. López Mora. En este caso, lo mínimo que podía hacer el cuerpo elector era esperar a que la autoridad postulante se pronunciara sobre la aceptación o no de la renuncia, la reconfiguración de la terna, o la manifestación del cambio de la terna por razón del interés general, por razones demostradas y justificadas.

- Se llama la atención que fue conocido el hecho de la renuncia de la Sra. López Mora hacia las 10:30 a.m.[223], por cuanto así lo refirió el Senador Robledo Castillo en su intervención realizada en las horas de la tarde.

  La discusión sobre la desintegración de la terna y la elección se produjo en las horas de la tarde del 27 de noviembre de 2012[224], tal como se desprende de la constancia dejada por el Senador Héctor Julio Alfonso López a las 3:30 p.m., quien a esa hora se retiró del recinto y a continuación se produjeron las intervenciones de los Senadores sobre la desintegración de la terna y sus consecuencias jurídicas, atrás reseñadas, la presentación del Dr. Orlando Gallo Suárez y Alejandro Ordoñez

---

[222] Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 6 de marzo de 2012, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación 11001-03-28-000-2011-00003-00
[223]Acta No. 33 de 27 de noviembre de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 62 de 2013
[224] ibídem

Maldonado y la elección de Alejandro Ordoñez Maldonado como Procurador General de la Nación.

Estos hechos demostrados dan cuenta que el Senado de la República no esperó un tiempo prudencial y razonable para efectos de conocer el pronunciamiento por parte del Presidente de la República sobre si aceptaba o no la renuncia de la postulada, Dra. López Mora, como aconteció en el caso de la elección del magistrado de la Corte Constitucional, el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

- A la luz del artículo 83 de la Constitución Política y ante la inexistencia de prueba o de algún indicio que pudiera conllevar a la demostración de la mala fe de la Dra. **María Mercedes López Mora** por su renuncia a la postulación que le hiciera el Presidente de la República no es posible presumirla por estar expresamente prohibido por la norma constitucional.

Por las razones expuestas, considero que en el caso concreto el cargo relacionado con la expedición irregular del acto de elección ante la desintegración de la terna, estaba llamado a prosperar, ello en atención a la renuncia de uno de los candidatos que afectó la integridad de la misma, y, en consecuencia, invalidó el proceso eleccionario llevado a cabo en el Senado de la República.

(iii) Expedición irregular por desconocimiento de las normas en las cuales debía fundarse el acto de postulación llevado a cabo por la Corte Suprema de Justicia, especialmente el artículo 10º numeral 6º del Reglamento Interno de dicha Corporación Judicial

Expuso el demandante que “los actos de reelección del doctor ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, como Procurador General de la Nación, fueron expedidos irregularmente, toda vez que en el desarrollo de (sic) proceso eleccionario, la Corte Suprema de Justicia como una de las corporaciones a las cuales corresponde seleccionar un candidato para integrar la terna para la elección del Procurador General de la Nación, desconoció las normas en las cuales debía fundarse, esto es el Reglamento de la corporación judicial que lo produjo (art. 10 Nral. 6º) que le imponía escoger entre varios candidatos, a uno de ellos, al igual que con desviación de poder, y violando los artículos 13 y 40, numeral 7, de la Constitución Política, y demás normas que se relacionan en el texto del cargo”[225].

Señaló que la Corte Suprema de Justicia “no disponía pese a la ausencia de regulación legal del tema, de una facultad irrestricta e incondicionada para obrar discrecionalmente en este caso”, y que se dio un desconocimiento del debido proceso por violación de los principios de respeto al acto propio y confianza legítima, al considerar que dicha Corporación Judicial cambió abruptamente su comportamiento al no abrir una convocatoria pública a efectos de la escogencia del ternado.

[225] Folio 84, Expediente 2013-00008, Cuaderno 1

Por su parte, el demandado en su escrito de contestación[226] resaltó que el acto de elección no vulneró con su expedición las normas en las cuales debía fundarse, en tanto se respetó lo dispuesto en el reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia para los efectos.

Señaló que no se observa una vulneración al debido proceso, menos por desconocimiento de los principios de respeto al acto propio y de confianza legítima, ya que, por el contrario, la Corte Suprema de Justicia " fue celosa en garantizar la deliberación tanto de la forma de escogencia del candidato como de los impedimentos que se formularon, así como la pluralidad de candidatos, bajo el cumplimiento de su deber constitucional de designar un postulado a la terna, bajo lo (sic) orientación impuesta tanto por los principios fundamentales constitucionales, como por la ley y el reglamento de la Corporación, ante la latente ausencia de un procedimiento reglado y específicamente asignado a la escogencia de un ternado a ocupar el cargo de Procurador General de la Nación".

La Corte Suprema de Justicia al referirse a las demandas[227], por intermedio de quien fungía como Presidente de la Corporación para ese momento, argumentó lo siguiente:

De conformidad con el artículo 276 de la Constitución Política, "el Procurador General de la Nación será elegido por el Senado, para un periodo de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado", por lo cual, el numeral 6º del artículo 10 del Reglamento Interno de la mencionada Corte prescribe como una de sus funciones la de "seleccionar a un integrante de la terna para la elección del Procurador General de la Nación (…)".

Resaltó que ni la norma constitucional, ni la Ley, ni el Reglamento establecen un trámite específico para la mencionada designación, de lo cual se concluye que esa Corporación "goza de absoluta discrecionalidad y autonomía para la escogencia de quien ha de ser parte integrante de la aludida terna, como ocurrió en este caso".

Finalmente, indicó que la Corte se ciñó al debido proceso, toda vez que, en virtud del artículo 84 de la Carta, en las actuaciones administrativas las autoridades públicas no podrán establecer requisitos adicionales para su ejercicio.

Con fundamento en lo anterior, el litigio sobre dicho punto en particular fue fijado de la siguiente manera:

"2. Si el procedimiento para la postulación al cargo de Procurador General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia es discrecional o reglado, y si existe una regla temporal para que los órganos constitucionalmente llamados a realizar la postulación para ese cargo la lleven a cabo.

---

[226] Folios 281 a 294, Expediente 2013-00008, Cuaderno 1
[227] Folios 262 y 263, Expediente 2013-00008-00, Cuaderno 1.

3. Si la Corte Suprema de Justicia utilizó el procedimiento adecuado para postular al Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado al cargo de Procurador General de la Nación."

Teniendo en cuenta el alegato planteado en la demanda, la forma en que se fijó el litigio en el proceso, así como de las pruebas relevantes aportadas al expediente para el efecto, consideramos que el cargo de nulidad incoado era próspero por las siguientes razones:

- **Del principio de publicidad en la actuación administrativa**

El Constituyente de 1991, al regular los aspectos relacionados con el ejercicio de la función administrativa, estableció de forma clara y expresa que ella estará enfocada al servicio de los "intereses generales", y que se desarrollará "con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad", mediante la "descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones" (artículo 209 Constitucional).

Los mencionados principios constituyen instrumentos específicos que adquieren un contenido relevante al momento de ejercer una determinada competencia, entre los cuales resalta el de publicidad, ya que, considerando que el acto administrativo es la consecuencia del ejercicio de un poder público, éste propugna por que los interesados conozcan de manera efectiva lo que las entidades públicas deciden, ello en garantía del principio del control sobre los actos de la administración, lo que incluso llevó a su expresa consagración como principio rector del procedimiento administrativo (artículo 3º, numeral 9º, Ley 1437 del 2011) [228].

Lo anterior, es aún más relevante en el ejercicio de la función administrativa electoral, dado que con ella se busca la garantía de i) la democracia participativa y pluralista, ii) de las condiciones de igualdad en la competencia electoral, y iii) de la legitimidad del elegido como fundamento de su posterior actuación como autoridad pública.

Por ello, en un Estado Social y Democrático de Derecho, la garantía del principio de publicidad, es una condición *sine qua non* para el ejercicio de la competencia electoral en todas las etapas de conformación del acto administrativo que da lugar a la elección.

- **Límites democráticos del procedimiento electoral realizado por la Corte Suprema de Justicia**

En el esquema del Estado de Derecho no es admisible la existencia de una función completa o absolutamente discrecional, ya que toda competencia es

[228] Al expedirse la Ley 1437 del 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagró expresamente en el numeral 9 del artículo 3 de dicha regulación, al indicar que *"…las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley"*.

reglada y el ejercicio de la misma, implica la explicación y/o justificación de los criterios de razonabilidad de las decisiones adoptadas por los poderes públicos, en el marco de los principios constitucionales y legales.
El principio democrático ha sido analizado desde diferentes perspectivas, una universal y otra expansiva. Es "universal en la medida en que compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de 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"[229].

Por otra parte, el rasgo expansivo del principio democrático, ayuda frente "al conflicto social, a encausarlo a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de aplicarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denotado esfuerzo para su efectiva construcción"[230].

En materia electoral, el principio democrático constituye el vértice de toda actuación, y por lo tanto, su respecto es obligatorio y condiciona la validez de las postulaciones, elecciones y/o designaciones que se realicen.

- **El principio de la confianza legítima y el respeto al acto propio**

Este principio[231], que tiene su fundamento constitucional en la buena fe (artículo 83) y en la necesidad de afianzar la seguridad jurídica como elemento distintivo del Estado de Derecho, ha sido considerado como aplicable "en aquellas situaciones en las cuales el Estado defrauda de manera razonable en actos, omisiones o declaraciones de las propias autoridades, con ocasión del cambio intempestivo de las regulaciones vigentes, el rompimiento de promesas u ofrecimientos formalmente efectuados, la terminación anticipada de procedimientos administrativos en trámite, el cambio de criterios o políticas, la modificación de las condiciones establecidas para el ejercicio de determinados derechos o el desconocimiento de las situaciones jurídicas particulares y concretas que han sido creadas, incluidas, toleradas o propiciadas por el propio Estado" [232].

---

[229] Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
[230] Ídem.
[231] La Corte Constitucional, ha reconocido frente al principio de la confianza legítima lo siguiente: *"Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política"* (Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 1998)
[232] HERNÁNDEZ VALBUENA, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado.* Universidad Externado de Colombia. 2008. Págs. 211 y 212.

Por ello se ha considerado que está prohibido a las autoridades públicas, incluso las privadas, *"*contravenir sus actuaciones precedentes y [d]defraudar las expectativas que generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico"[233].

En relación con éste aspecto, la misma jurisprudencia constitucional ha reconocido también que el principio de buena fe incorpora "la doctrina que proscribe el 'venire contra factum propium', según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares"[234].

- **Análisis del caso concreto**

Elementos reglados del procedimiento de postulación por parte de la Corte Suprema de Justicia del candidato para conformar la terna de la cual elije el Senado de la República el Procurador General de la Nación

Además del estudiado contenido del artículo 276 constitucional –reproducido a su por el artículo 3º del Decreto Ley 262 del 2000-, el Acuerdo 06 del 12 de diciembre de 2002 (Reglamento General de la Corte Suprema), establece varios elementos reglados que deben estar presentes en el procedimiento de postulación del candidato que integrará la terna antes mencionada, los cuales se enuncian a continuación:

El artículo 4 consagra que las sesiones ordinarias se llevarán a cabo los días jueves de cada dos semanas a partir de las nueve de la mañana (9:00 am) o en el día y hora previamente acordado por la mayoría de los integrantes de la Corporación.

En el caso que nos ocupa, vemos que la sesión en la cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, decidió postular al Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, como integrante de la terna de la que será elegido por el Senado de la República, el Procurador General de la Nación, se realizó el día 30 de agosto del año 2012[235] y que pasadas las cuatro horas se sometió a consideración de la Plenaria declarar la sesión permanente lo cual fue aprobado[236] conforme al reglamento de la Corporación.

El artículo 5 estipula los quórums necesarios para deliberar y para decidir, correspondiendo el primero a la mayoría de los miembros de la Corporación, y el

---

[233] Corte Constitucional. Sentencia T-248 de 2008. MP Rodrigo Escobar Gil. Reiterado en: T-140 del 27 de marzo del 2015 Mp. María Victoria Calle Correa y T-608 del 21 de septiembre del 2015 Mp. Jorge Iván Palacio Palacio.
[234] Corte Constitucional. Sentencia T-475 del 15 de julio de 1992.
[235] Folio 49, Cuaderno 1.
[236] Folio 51, Cuaderno 1.

segundo, la mayoría de los votos presentes, salvo en algunos casos en los cuales se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de sus integrantes, como sucede para el caso de selección del candidato a integrar la terna para elegir al Procurador General de la Nación.

Según el Acta N. 29 correspondiente a la sesión ordinaria de la Sala Plena, celebrada el 30 de agosto de 2012, la votación fue realizada por 17 magistrados de la Corte Suprema de Justicia[237], con lo cual se cumplió con el quórum deliberatorio y decisorio contemplado en el reglamento.

El artículo 6 del Reglamento prescribe que la votación para escoger candidatos a ternas o para integrar éstas debe ser secreta. En el sub lite la votación fue secreta y en el acta sólo se consagra que fue elegido por 17 votos a favor y cero votos en blanco, para un total de 17 votos[238].

El artículo 7 regula la dirección de las sesiones, señalando que en ausencia del Presidente, el Vicepresidente presidirá la sesión; a falta de ambos, las presidirá el Magistrado a quien corresponda según el orden alfabético de apellidos.

En el sub judice según consta en el Acta N.29 de la Corporación, actuó como Presidente de la Sesión del día 30 de agosto de 2012 el Magistrado Javier Zapata Ortíz, salvo en el momento en que se discutieron y votaron los impedimentos manifestados por los Magistrados Javier Zapata Ortiz, Ruth Marina Díaz Rueda y Jorge Mauricio Burgos Ruíz, que asumió la presidencia el Magistrado José Luis Barceló Camacho[239], conforme con la reglamentación de la Corporación.

El artículo 10 numeral 6 señala como función de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, seleccionar un integrante de la terna para la elección del Procurador General de la Nación y enviarlo al Senado de la República, más sin embargo, no se precisa cómo será dicho procedimiento de selección.

Elementos discrecionales del procedimiento de postulación realizado por la Corte Suprema de Justicia

Ante la indeterminación normativa del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia acerca del procedimiento de selección del postulado para integrar la terna que dará lugar a la elección del Procurador General de la Nación, el ejercicio de dicha función tiene un alto componente discrecional[240], lo cual no significa anomia o que el mismo no se encuentre sometido al ordenamiento jurídico colombiano, ya que es claro que la Constitución de 1991 tienen un carácter normativo, dada su

---

[237] Folio 54, Cuaderno 1.
[238] Folio 54, Cuaderno 1.
[239] Folio 52, Cuaderno 1.
[240] Ha dicho la Corte Constitucional la discrecionalidad se "*circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas".* Corte Constitucional, Sentencia T-64 del 1 de febrero del 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia SU-250 de 26 de mayo del 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

supremacía[241], y sus principio se convierten en mandatos para todos los sujetos públicos y privados.

Como se precisó en líneas anteriores, el principio democrático, así como los principios de la función pública, constituyen el límite expreso a la discrecionalidad –que en ninguna medida puede ser absoluta- del actuar de la Corte Suprema de Justicia para el efecto. Veamos:

La función de *"seleccionar"* un integrante de la terna, tiene como presupuesto normativo la existencia de varias opciones que permitan elegir una de ellas, prefiriendo ésta entre las demás[242].

Ésta se encuentra sujeta a los límites democráticos consagrados por el constituyente de 1991, en virtud de una serie de principios de obligatorio cumplimiento consagrados desde los artículos 1º y 2º de la Constitución[243]. En desarrollo de ellos, el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia precisó una serie de disposiciones[244] que velan por el pluralismo y la democracia, con un común denominador: un proceso de elección entre múltiples opciones.

En el *sub lite*, era objeto de discusión sí, el hecho de no existir un procedimiento completamente reglado para la postulación del candidato de la Corte Suprema de Justicia a la terna de elección del Procurador General de la Nación, implicaba que la selección que debían realizar los Magistrados de dicha Corporación, era absolutamente discrecional, tal y como fue afirmado por el Presidente de ella al momento de contestar la demanda[245].

Considero que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, ante la ausencia de una regla expresa para realizar el procedimiento de postulación, antes que actuar con absoluta discreción, debieron acudir, a los marcos fundacionales del proceso democrático colombiano, reflejados en las propias disposiciones reglamentarias que le rigen, bajo la forma sistemática e integral de interpretación de la función *"seleccionar"* antes descrita.

---

[241] Corte Constitucional, Sentencia C- 415 de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. *"La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello "fuente de fuentes", norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4"*

[242] De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, seleccionar es "elegir, escoger por medio de una selección". Para el efecto, selección es entendido como "acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas".

[243] Así, el artículo 1º constitucional, establece que Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria… democrática, **participativa y pluralista**… **con prevalencia del interés general**… Por su parte, el artículo 2º de la Carta dispone que son fines esenciales del Estado: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, **facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida… política y administrativa de la Nación**[243] y establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia y … para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Negrita fuera de texto)

[244] i) El artículo 5º establece el quórum deliberatorio y decisorio según el tipo de decisión, incluyendo el necesario para la **elección** del integrante de la terna para la elección del Procurador General de la Nación[244], ii) El artículo 6º consagra que "la votación para **elegir** funcionarios y empleados y para escoger candidatos a ternas o para integrar éstas será secreta", iii) El artículo 19 numeral 12, consagra como una de las funciones del Presidente de la Corte Suprema de Justicia *"designar comisiones escrutadoras de las votaciones que se efectúen para **elegir** funcionarios o empleados o para **escoger** candidato a terna o ternas; anunciar el resultado que la Comisión le suministre y proclamar la elección o la escogencia del candidato*" y el artículo 40 consagra la obligatoriedad del voto.

[245] Ver supra, numeral 1º.

En consecuencia, no puede desconocerse que todos los poderes públicos y privados, así como los ciudadanos colombianos están sujetos a la Constitución dado su carácter normativo, y por ello, el pluralismo se convierte en un mecanismo de legitimación democrática[246].

Así, dejando en claro que no hay proceso discrecional absoluto, procedo a enunciar los elementos que considero fueron desconocidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia al momento de postular al doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como candidato para conformar la terna de la cual se eligió al Procurador General de la Nación para el período 2013-2017.

El proceso de selección adoptado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no atendió los propios criterios que limitaban su actuar y que se derivan del Reglamento que le rigen y de la Constitución Política de 1991

Como se estableció con anterioridad, el verbo "seleccionar", constituye uno de los límites de la actuación de la Corte Suprema de Justicia al momento de postular, en tanto implica, incluso desde su punto de vista semántico, elegir a una de varias opciones, prefiriendo a ésta sobre las demás. Por ello, la pregunta que surge de los hechos, es dicho límite fue respetado por sus destinatarios, es decir, lo miembros de la referida Corporación Judicial.

Según el contenido del Acta de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia No. 29 del 30 de agosto del 2012, el Presidente de dicha Corporación llamó la atención sobre la necesidad de decidir frente a la propuesta planteada por la Sala de Gobierno referida a las pautas de elección, la cual había quedado aplazada[247] de la sesión anterior[248].

En la misma sesión, se observa "algunos Magistrados manifestaron que la Sala Plena debía postular en ese día al integrante de la terna a la Procuraduría General de la Nación[249]". Frente a ello, tres magistrados de la Corporación advirtieron sobre la necesidad de publicar un aviso en la página Web, señalando fecha y hora de la elección, con el fin de que los interesados en participar en este proceso, manifestaran su intención de que sus nombres fueran tenidos en cuenta para la postulación correspondiente, con lo cual se garantizaban los principios de publicidad y transparencia[250].

Ante dicha intervención, otro miembro de la Corporación indicó que hay una regla que fija el procedimiento para las elecciones, la cual se consagra en el artículo 38 del Reglamento, pero que el mismo no es aplicable al caso de la postulación del ternado para Procurador General de la Nación, por que dicha disposición trata de casos de nombramiento en propiedad o provisionalidad, citando el artículo 84 de la

---

[246] Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. "Por ello, en los Estados Contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad".
[247] Artículo 28 del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia.
[248] Folio 50. Cuaderno 1.
[249] Folio 50. Cuaderno 1.
[250] Folio 50. Cuaderno 1.

Constitución que consagra la supresión de requisitos adicionales a los establecidos en la ley, solicitando votar la propuesta o sugerencia formulada por la Sala de Gobierno a la Sala Plena.

Posteriormente, el Magistrado Javier Zapata como miembro de la Sala de Gobierno retira la propuesta formulada por dicha Sala a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia[251], aunque posteriormente, el mismo togado reiteró la necesidad de establecer un procedimiento para postular al candidato para la terna de la cual se elegiría al Procurador General de la Nación[252].

Una vez retirada la propuesta de la Sala de Gobierno, se dio lugar a la votación de la proposición de escoger en dicha sesión el candidato de la Corte Suprema de Justicia con el fin de integrar la terna para la elección del Procurador General de la Nación, postulando cada Sala Especializada, uno o más nombres, votación que se realizó de manera nominal, siendo aprobada por 15 votos frente a 3 votos en contra[253].

Encuentro que, de la revisión del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia, la proposición que fue votada favorablemente, corresponde de hecho, a lo previsto en el artículo 10 numeral 4º de dicha normatividad, que se aplica expresamente para la integración de la terna para la elección de Magistrados de la Corte Constitucional.

Se determinó entonces por el Presidente, que cada una de las Salas Especializadas deliberarían de manera separada y traerían a consideración de la plenaria, los nombres de los candidatos, para lo cual se decretó un receso de 15 minutos[254].

Reanudada la sesión, el Presidente de la Corporación, concedió el uso de la palabra a los señores presidentes de las Salas Especializadas de Casación, para que informaran el resultado de la deliberación. Las tres Salas, informaron que por unanimidad, habían elegido internamente al señor Alejandro Ordoñez Maldonado[255].

A continuación, el Presidente de la Corporación designó dos magistrados como integrantes de la comisión escrutadora, luego de lo cual, sometió a consideración de la plenaria, el nombre del señor Alejandro Ordoñez Maldonado como integrante de la terna de la que sería elegido por el Senado de la República el Procurador General de la Nación. Efectuada la votación, la Comisión Escrutadora informó que el referido obtuvo un total de 17 votos. Los votos en blanco fueron cero (0), ello para un total de 17 votos.

En el caso concreto, salta a la vista del contenido del Acta de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 30 de agosto del 2012, que los magistrados de

---

[251] Folio 51. Cuaderno 1.
[252] Folio 53. Cuaderno 1.
[253] Folios 51 y 52. Cuaderno 1.
[254] Folio 53. Cuaderno 1.
[255] Folio 54. Cuaderno 1.

dicha Corporación **no seleccionaron**, en tanto sólo tenían un candidato para el efecto.

En este punto, se precisa, que la discusión se centra en cuestionar que se haya elegido el procedimiento referido –deliberación de las Salas Especializadas de Casación por separado para presentar su candidato-, ya que éste no fue adecuado al no haber establecido criterios o pautas que garantizaran la ocurrencia de una verdadera selección, que, como se ha mencionado previamente, implica *per se*, pluralidad de opciones.

Como vemos, dicha Corporación Judicial desconoció en la postulación de Alejandro Ordóñez Maldonado el límite autoimpuesto por su Reglamento, en especial, lo consagrado en el numeral 6º del artículo 10º.

Si se aplica la regla de la mayoría[256] para el análisis de los hechos descritos, encontramos que al no existir varias opciones, no fue posible realizar una elección racional, pues al no establecer tercios de comparación, la decisión se sale de los parámetros objetivos, sin que medie un criterio o principio mínimo que oriente la decisión. De ahí, que sea comúnmente aceptado que "en realidad la unanimidad es siempre ausencia de procedimiento"[257]*,* bajo el supuesto de que previamente no existieron unas pautas o criterios para realizar, en el caso concreto, la selección, ya que si estas se hubieran establecido, la unanimidad representaría una coincidencia en la valoración de los criterios previamente establecidos.

Si bien el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia les da un margen de discrecionalidad a los magistrados de la misma para realizar la selección, está claro que debe haber un procedimiento para llevarla a cabo, en tanto la discrecionalidad se manifiesta en cuanto al cómo, no en la inexistencia de un procedimiento y por ello he sostenido que no puede haber en ningún acto de funcionario público discrecionalidad absoluta.

En materia democrática y por ende eleccionaria, el pluralismo se convierte en el principio fundante. El caso que nos ocupa tiene una regla que desarrolla y maximiza dicho principio, pues el artículo 276 de la Constitución señala tres órganos del Estado que están presentando su respectivo candidato, para que posteriormente sea el Senado quien realice la elección, como órgano de representación elegido directamente por el pueblo colombiano mediante circunscripción nacional. El hecho de que el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, postulen independientemente un candidato, denota la existencia de múltiples procesos de deliberación al interior de dichos órganos, dado su carácter colegiado, para que después de la selección y elección interna,

---

[256] En el caso que nos ocupa, la regla de la mayoría le prescribía a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, manifestar su voluntad por la opción o candidato que consideraran más idóneo para la realización de las funciones propias del Procurador General de la Nación, toda vez, que ante la ausencia de requisitos especiales para ocupar dicho cargo, las funciones del mismo, se convertían en los parámetros para valorar una mayor o menor idoneidad de los candidatos y les posibilitaba hacer una elección racional de la mejor opción, dando como resultado un candidato postulado por parte de la Corporación para la terna que finalmente será votada por el Senado de la República.

[257] Chueca Rodríguez, Ricardo L, La regla y el principio de la mayoría, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág.96.

se configure finalmente la terna, sobre la cual se realiza la elección del Procurador General de la Nación por parte del Senado.

Así, resulta claro que elegir y seleccionar son dos conductas diferentes, que deben estar presentes en los procesos electorales de acuerdo con la formula política democrática colombiana, y que la regla de la mayoría, no puede verse como una simple formula cuantitativa[258]. De esta forma, no es posible afirmar que lo ocurrido en la Sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia celebrada el 30 de agosto de 2012, como consta en el Acta N.29 de la Corporación[259], fue un procedimiento de selección como lo ordena el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia[260].

Lo dicho demuestra un doble desconocimiento del principio democrático desde su perspectiva universal, toda vez, que por una parte, la elección del Procurador General de la Nación es un hecho de trascendencia social y política del orden nacional, que compromete todo tipo de escenarios, pues se trata nada más y nada menos, que de elegir al director del Ministerio Público del país, quien dadas sus funciones constitucionales según los artículos 277[261] y 278[262] tiene injerencia en un gran número de esferas sociales, políticas y jurídicas, y por ende el proceso de elección debe ser riguroso en cuanto a la transparencia en la convocatoria, la igualdad de oportunidades y la garantía del pluralismo en todas las etapas del proceso y, por otra parte, resulta necesaria una maximización del principio de publicidad, con el fin de que cualquier ciudadano del territorio nacional que aspire a ocupar el cargo de Procurador General de la Nación pueda presentarse.

Es así como vemos que la conducta llevada a cabo por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en lugar de promover el carácter expansivo del principio democrático, lo que hizo fue desconocerlo de plano retrocediendo a su

---

[258] Chueca Rodríguez, Ricardo L, La regla y el principio de la mayoría, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág.136. "La adopción de un conjunto de normas constitucionales reguladoras de los procesos fundamentales de toma de decisiones, en combinación con una determinada estructura institucional, integran uno de los pilares esenciales en cualquier ordenamiento jurídico"

[259] Folios 51 a 54, Cuaderno 1, Expediente 2013-00008

[260] Acuerdo N.006 de 2002, artículo 10 numeral 6.

[261] Constitución Política Colombiana. Artículo 277**.** El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: 1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo, 3. Defender los intereses de la sociedad, 4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente, 5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley, 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, 8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso, 9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria, 10. Las demás que determine la ley. Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.

[262] Constitución Política Colombiana. Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: 1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo, 2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial, 3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia, 4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes, 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad, 6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

turno en los procedimientos emprendidos en el pasado por la Corte Suprema de Justicia, toda vez que con la ausencia de la convocatoria y las consecuencias jurídicas de orden constitucional ya antes enunciadas.

Desconocimiento del principio de confianza legítima ante la reiterada práctica de efectuar convocatoria en procesos electorales por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia

De las pruebas obrantes en el expediente[263], se puede llegar a la conclusión que los procedimientos llevados a cabo en oportunidades anteriores por la Corte Suprema de Justicia para postular a su ternado, tenían como una constante efectuar la publicación de un aviso en diarios de amplia circulación nacional, con el fin de que quienes estuviesen interesados en postularse presentaran sus hojas de vida, y para ello indicaban la dirección a la cual debían enviarla; así, cuando se presentaron los diferentes candidatos, fue posible que en los anteriores procesos, se realizara la selección del postulado.

Dichos avisos son:

No	Fecha	Contenido de la publicación	Resultado
1	Domingo 26 de junio de 1994 – Periódico El Tiempo	Convocatoria para candidatos a Contralor General de la República y Procurador General de la Nación. Plazo: 30 de junio de 1994. *"Si algún ciudadano aspira a uno de estos cargos y considera que reúne los requisitos en la Constitución, puede presentar su hoja de vida (…) en la Secretaría General de la Corporación" (Folio 45. Cdno. 1.)*	Esta convocatoria se efectuó para el período 1994-1998, siendo elegido el doctor Orlando Vásquez Velásquez, quien no terminó su período constitucional, finalizando su ejercicio en el año 1996
2	Sábado 25 de junio de 1994 – Periódico El Espectador	Convocatoria para candidatos a Contralor General de la República y Procurador General de la Nación. Plazo: 30 de junio de 1994. *"Si algún ciudadano aspira a uno de estos cargos y considera que reúne los requisitos en la Constitución, puede presentar su hoja de vida (…) en la Secretaría General de la Corporación" (Folio 46. Cdno. 1)*	
3	4 septiembre del 2000 – Periódico El Espectador	Se informa que se encuentra adelantando el proceso de selección de personas que pondrá en consideración del Senado de la República, para integrar la terna para la elección del Procurador General de la Nación y dos ternas para la elección de Magistrados	Esta convocatoria se realizó para el período 2001-2005, siendo elegido el Dr. Edgardo Maya

[263] Publicaciones realizadas en: el diario "El Tiempo" el domingo 26 de junio de 1994 y el sábado 25 de junio de 1994 en el diario "El Espectador", en el diario "El Espectador" el 4 de septiembre de 2000 y en el diario "El Espectador" el 31 de agosto de 2008. Folios 45 a 48, Cuaderno 1, Expediente 2013-00008-00.

		de la Corte Constitucional. (Folio 47. Cdno 1)	Villazón.
4	Domingo 31 de agosto del 2008 – Periódico el Tiempo	Informa que se encuentra adelantando el proceso de selección que pondrá en consideración del Senado de la República para integrar la terna para la elección del Procurador General de la Nación y dos ternas para elección de igual número de Magistrados de la Corte Constitucional. Establece que del 9 al 16 de septiembre del 2008, se realizarán las entrevistas correspondientes. (Folio 48. Cdno. 1)	Esta convocatoria se realizó para el período 2009-2013, siendo elegido el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Se observa que, incluso desde la primera vez que ejerció directamente la competencia consagrada en el artículo 276 constitucional, se adoptó como practica reiterada la realización de una convocatoria pública a efectos de contar con la variedad de opciones necesaria para ejercer su función de seleccionar al postulado.

Ese procedimiento fue garante del principio del pluralismo, como consecuencia de la expresa función reglamentaria de *seleccionar*, pues todos los ciudadanos colombianos que pensaban tener las condiciones para ser elegidos por la Corte Suprema de Justicia, tuvieron la posibilidad de manifestar su interés y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de aquel entonces, tuvieron como límite de su actuación para realizar la selección, las hojas de vida de los aspirantes que se presentaron conforme con la convocatoria realizada en su momento; incluso en la convocatoria del año 2008, se incluyó un proceso de entrevistas a los candidatos, generando con ello, mayores garantías de los principios de publicidad y transparencia.

Cosa distinta fue lo que ocurrió en el *sub judice*, donde al no realizarse una convocatoria pública, los propios lineamientos del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia fueron desconocidos, imposibilitando que se materializaran los fines del constituyente de 1991, pues como lo ha dicho la propia Corte Constitucional colombiana, la democracia participativa inspira los derechos políticos de participación y fundamenta la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en la provisión de empleos en las entidades del Estado[264].

De lo anterior, se colige, que la convocatoria pública es una herramienta indispensable que hace posible la materialización de los contenidos mínimos de carácter democrático y electoral que previó el constituyente de 1991, como son el pluralismo[265] y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como en la vida política y administrativa de la Nación y del principio democrático

[264] Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1992, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
[265] Las características y la consecuencia de relación entre democracia participativa y pluralismo han sido desarrolladas en las sentencias C-141 de 2010, C-397 de 2010, C-169 de 2001; la participación y el pluralismo en la Sentencia C-891 de 2002; la faceta institucional del pluralismo en la Sentencia C-141 de 2010

de carácter universal y expansivo[266], y que a su vez, como ya se explicó, fueron desarrollados por el Acuerdo 006 del 2002 al consagrar como fundamento de su función electoral, la escogencia entre varias opciones.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia, al previamente haber establecido un mecanismo procedimental de carácter público, que incluyó en un determinado momento la realización de convocatorias e, incluso, de entrevistas, dicha Corporación estaba vinculada por éste, pues era su deber, en pro de las garantías constitucionales y legales, observar en el proceso de postulación en el que resultó elegido el señor Alejandro Ordóñez Maldonado, la conducta inicialmente desplegada o una similar que permitiera la eficacia dichas garantías, pues ello, no sólo materializaba el aspecto expansivo del principio democrático, sino también, "la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares"[267].

En conclusión:

El procedimiento adelantado por la Corte Suprema de Justicia, en el que resultó postulado, para integrar la terna de la cual se eligió como Procurador General de la Nación, el señor Alejandro Ordóñez Maldonado, desconoció los límites constitucionales y reglamentarios que determinaban el marco de su actuación discrecional, a saber, la pluralidad de opciones derivadas de la palabra "seleccionar" consagrada en el numeral 6º del artículo 10º del Acuerdo 006 del 2002.

De la revisión de las normas reglamentarias y constitucionales, no se encuentra una regla temporal para que los órganos constitucionalmente llamados a realizar la postulación para ese cargo, la lleven a cabo, lo cual demuestra una omisión legislativa absoluta que no puede ser objeto de control por esta Corporación.

La Corte Suprema de Justicia no utilizó el procedimiento de los principios constitucionales para postular al señor Alejandro Ordóñez Maldonado al cargo de Procurador General de la Nación, en tanto el mismo desconoció el principio de confianza legítima, transparencia, publicidad, democrático en sus dimensiones universal y expansiva, así como el pluralismo, al no haber efectuado una convocatoria o mecanismos similar que garantizara una diversidad de opciones que concretaran realmente su función constitucional y reglamentaria de seleccionar.

Lo anterior conlleva a la configuración de una nulidad del acto de elección por desconocimiento de las normas en las cuales debería fundarse, al no atender el límite reglamentario del artículo 6º numeral 10º del Acuerdo 006 del 2002, de conformidad con el artículo 137 de la Ley 1437 del 2011.

(iv) Intervención de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en el acto de postulación, que se encontraban impedidos para ello, en

[266] Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
[267] Ver supra. Pie de página 8.

atención al interés directo configurado por contar con familiares designados como servidores de la Procuraduría General de la Nación.

Los demandantes resaltaron la intervención, en la postulación y elección de Alejandro Ordoñez Maldonado, de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de Senadores de la República que tenían familiares laborando en la Procuraduría General de la Nación y/o fueron nombrados por Alejandro Ordoñez Maldonado, coincidiendo en resaltar que el acto de elección estaba viciado -expedición irregular- porque, según su criterio, los impedimentos presentados debieron declararse fundados al tener estas personas interés directo en la elección del Procurador.

En la audiencia inicial se fijó el litigo así:

"4. Si la intervención de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la postulación, y de Senadores de la República, en la designación, que tenían familiares laborando en la Procuraduría General de la Nación, o se hallaban investigados por ella, generaría la nulidad de la elección del Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado"

El **Senado de la República** al contestar la demanda concluyó[268] que: i) las normas referentes a conflictos de intereses de los Senadores de la República, es decir, el artículo 182 Superior y el 286 de la Ley 5ª de 1992, únicamente se pueden predicar de la función legislativa y no de la función electoral, ii) la función electoral del Congreso no demanda imparcialidad, iii) en las anteriores dos elecciones a Procurador, el Congreso determinó que no había conflicto de interés en la función electoral, pues aquella figura sólo aplicaba para los proyectos de Ley y no para el ejercicio de funciones constitucionales de elección[269] y iv) la interpretación del artículo 182 Superior debía ser restringida.

Sobre el particular, es procedente entonces realizar las siguientes consideraciones:

- **Control de legalidad sobre actos administrativos**

De la lectura del Ley 1437 del 2011, en específico del inciso 1º del artículo 104[270], es claro que la "jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para

---

[268] Así lo conceptuó la Subcomisión para estudiar los impedimentos conformada por los Senadores: Juan Carlos Restrepo Escobar, José Iván Clavijo Contreras, Luis Fernando Duque, Samuel Arrieta Buelvas, Iván Name Vázquez y Manuel Mesías Enríquez Rosero, los cuales conceptuaron que todos los impedimentos debían ser negados. Concepto que no solo fue acogido en el marco de la elección, sino que además el Presidente del Senado al momento de contestar la demanda presentó como excepciones de mérito.

[269] La Subcomisión citó lo expuesto por el entonces Senador Héctor Elí Rojas Jiménez en las sesiones del 9 de noviembre de 2004 y del 11 de diciembre de 2008, oportunidades en las que se argumentó que*: "el impedimento al que da a lugar el conflicto de intereses regulado en estas normas se refiere al desempeño de los Congresistas en la función de hacer la Ley o de reformar la Constitución y no al desempeño de funciones de control político o de orden administrativo electoral o judicial como las de elegir algunos dignatarios". (…) "los impedimentos básicamente son para los proyectos de Ley más no para elección de funcionarios que es un derecho constitucional del Senado elegir los funcionarios".*

[270] Es pertinente precisar que, desde la exposición de motivos del proyecto de ley que con posterioridad se sancionó con el número de la Ley 1437 del 2011, se indicó que respecto del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, era necesario acudir a dos criterios: material y orgánico. Al respecto se lee: *" Con el fin de afianzar el criterio de especialización, el proyecto en el artículo 100 considera que para la definición del objeto de la jurisdicción, es necesario acudir a un criterio material que hace que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca de actos, hechos, operaciones y omisiones*

conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en las leyes especiales, **de las controversias y litigios originados en actos**, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa".

Se quiso entonces que **ninguna actuación** de quien ejerza una determinada función administrativa **esté exenta del control de legalidad**, lo cual se acompasa con la fórmula del Estado Social de Derecho.

Cuestión diferente es que, en razón a la existencia de actos definitivos, de trámite y preparatorios, se haya considerado que el control de éstos últimos se realice a través del control que se ejerce sobre el acto definitivo de elección, valoración que debe hacerse de forma integral.

Entonces, al entender que la Corte Suprema de Justicia al seleccionar a un integrante para la terna ejerce una función de tipo administrativo-electoral, todos los actos tendientes a configurar la voluntad de postular a un ternado, entre los que claramente están incluidos aquellos que resolvieron los impedimentos, **son objeto de control de esta jurisdicción a través del mecanismo de control de nulidad electoral**.

Adicionalmente, el cargo en contra del acto de elección fundamentado en irregularidades acaecidas durante la decisión de los impedimentos presentados por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia al momento del proceso de selección del ternado, fue oportunamente propuesto por los demandantes y fijado en el litigio, en desarrollo de la audiencia inicial y sin oposición del demandado al respecto.

- **Expedición irregular del acto administrativo y el criterio de incidencia del vicio alegado en la formación del mismo**

Las irregularidades que se presenten en el proceso de formación de un acto se estudian a través de la denominada causal de **expedición irregular,** la cual se materializa cuando se vulnera el debido proceso en la formación y expedición de un acto administrativo. El vicio en la formación del acto debe ser de tal magnitud que afecte su esencia, pues no todas las irregularidades tienen la potencialidad de desvirtuar la presunción de legalidad[271].

---

relacionadas con el ejercicio de la función administrativa. Sin embargo, la dinámica de las actividades societarias hace que en ocasiones se tenga que acudir al criterio orgánico para que el administrado tenga claridad frente aquellos temas en donde podrían presentarse controversias sobre la jurisdicción competente, como sucede en casos de responsabilidad extracontractual y contractual, cuyo conocimiento se asigna a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre que una de las partes del litigio sea un entidad pública".

[271]Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado ha señalado en materia electoral que: "*Dicho vicio [expedición irregular] corresponde a aquel referido a las **irregularidades sustanciales** que tengan lugar en la expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que **resulten determinantes** en la decisión definitiva. Y, según se dijo en precedencia, por irregularidad sustancial en la expedición de un acto declarativo de elección o de nombramiento se entiende aquella capaz de alterar, con la suficiente gravedad, la transparencia del proceso de selección o electoral de que se trate, en cuanto afecta de manera determinante el resultado del mismo".* Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 23 de marzo de 2007, radicado Nº11001-03-28-000-2006-00172-01(41200. CP. Darío Quiñones Pinilla. En el mismo sentido, la Sala electoral de esta Corporación ha sostenido que cuando se alega que un acto administrativo se expidió en forma irregular *debe acreditarse que la anomalía fue de tal entidad, que afectó de forma directa el sentido de la decisión.* Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 27 de enero de 2011. Expediente No.11001-03-28-000-2010-00015-00

Por ello, la incidencia del vicio en el acto de elección está relacionada con la capacidad de modificar la decisión final. Cuando el acto esta precedido de una votación, se dice que hay incidencia del vicio sí, al restarse del resultado final los presuntos votos nulos, la decisión se tornaría totalmente diferente.
De esta forma, nos encontramos ante dos supuestos:

i) Si la presunta anomalía no tiene incidencia en la elección, la autoridad judicial queda relevada de analizar si el reproche se configuró o no;
ii) Por el contrario, si se encuentra que hay incidencia en la elección, corresponde examinar si en efecto los cargos que aducen los demandantes se materializaron o no.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que:

- **Trámite ante el Senado de la República**

Según el Acta No. 33 del 27 de noviembre de 2012[272] en la sesión de la elección demandada participaron 93 Senadores[273]. También consta que **13** Senadores manifestaron su impedimento porque tenían procesos disciplinarios en curso ante la Procuraduría General de la Nación, mientras que **8** lo hicieron porque tenían familiares vinculados laboralmente a la Procuraduría en cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción.

Se tiene entonces, que un total de **20[274]** Senadores se declararon impedidos por las circunstancias, que según los demandantes, tienen la potestad de viciar el acto de elección.

Ahora bien, en las votaciones, el señor Alejandro Ordóñez Maldonado obtuvo un total de 80 votos, de los 93 depositados en el desarrollo de la sesión parlamentaria, lo que permite concluir que, **las irregularidades expresadas por los demandantes, no tienen incidencia en la votación, ni hubieran conllevado a un resultado distinto**, ya que incluso si se descontaran los 20 votos correspondientes a los Senadores que manifestaron su impedimento, el Dr. Ordoñez Maldonado habría obtenido **60 votos,** es decir, en todo caso habría obtenido **la mayoría de los votos** posibles y hubiese sido declarado electo.

De otra parte, aunque es claro que la supuesta irregularidad presentada en el Senado de la República no tuvo incidencia en la elección acusada, preciso que ante las manifestaciones efectuadas por el Senado de la República al momento de

---

[272]Visible a folios 45 al 112 del Expediente 2013-0012
[273] Según el artículo 171 de la Constitución, el Senado de la República está compuesto por ***102*** miembros, por su parte es de anotar que en la sesión en la que se eligió al demandado e el *quórum* deliberatorio era de ***26***, hecha la aproximación, por cuanto la cuarta parta de *102* es *25.5*. Y, el quórum decisorio es de ***52***, es decir, la mitad más uno de los integrantes de esa célula legislativa, de lo que se concluye válidamente que había *quorum* deliberatorio y decisorio para la votación de elección del Procurador General de la Nación.
[274]Es de anotar que la Senadora Myriam Paredes se declaró impedida tanto por tener familiares vinculados en la Procuraduría, como por tener investigaciones disciplinarias pendientes. En el folio 909 del Cuaderno 1B se encuentra la manifestación de impedimento de la citada senadora en la que la afirmó que: i) la señora Viviana Rodríguez Robledo, pariente en el primer grado civil, laboraba en la Procuraduría General de la Nación, y ii) tenía en curso investigación disciplinaria en dicho ente de control.

contestar la demanda[275], es necesario exponer por que las mismas no son de recibo. Veamos:

El impedimento es la manifestación que el miembro de la Corporación realiza directamente, de manera espontánea o por mandato constitucional o legal, cuando advierte que se encuentra incurso en alguna de las circunstancias previstas para el efecto por el ordenamiento vigente[276], por lo que es evidente que las situaciones que pueden configurar un conflicto de interés[277], se materializan en todas las funciones que detenta el Congreso de la República y no sólo en la función legislativa.

Por ello, en la función electoral, los Congresistas pueden y deben manifestar con toda precisión el impedimento, si se materializan los supuestos de hecho que den lugar a ello, pues los principios de moralidad y transparencia contenidos en el artículo 209 Superior imponen que evidencie cualquier circunstancia que pueda viciar su objetividad o que ponga en tela de juicio el sentido de su decisión, tal y como fue precisado por esta Corporación en pasadas oportunidades[278].

En conclusión, y pese a que la manifestación de un impedimento está precedida por un amplio factor de discrecionalidad, lo cierto es que dicha libertad no se traduce en arbitrariedad, razón por la cual *los Congresistas tienen la obligación de declararse impedidos cuando en ejercicio de cualquiera de las funciones otorgadas por la Constitución y/o por la Ley, encuentren una situación configurativa de un conflicto de intereses.*

Este deber constitucional, impone para quien se declara impedido la obligación de expresar con claridad y pleno detalle, los hechos y motivos que sustentan su petición de no participar en la decisión correspondiente, e implica que los demás miembros del Congreso tienen la obligación de estudiar de forma juiciosa y profunda si los elementos fácticos y jurídicos manifestados, constituyen o no un verdadero conflicto de interés que permitan declarar fundado el impedimento presentado.

Así las cosas, contrario a lo sostenido por el Senado, debe preferirse una interpretación funcional y finalista del artículo 182 Superior, de la cual se deriva, sin lugar a dudas, que su propósito es materializar los principios constitucionales

---

[275] Así lo conceptuó la Subcomisión para estudiar los impedimentos conformada por los Senadores: Juan Carlos Restrepo Escobar, José Iván Clavijo Contreras, Luis Fernando Duque, Samuel Arrieta Buelvas, Iván Name Vázquez y Manuel Mesías Enríquez Rosero, los cuales conceptuaron que todos los impedimentos debían ser negados. Concepto que no solo fue acogido en el marco de la elección, sino que además el Presidente del Senado al momento de contestar la demanda presentó como excepciones de mérito.

[276] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de noviembre de 2011. Expediente PI 00404-00. C.P. Dr. María Claudia Rojas Lasso.

[277] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de marzo de 2010. Expediente 11001-03015000-2009- 00198-00 PI. C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

[278] En la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativa, del 23 de marzo de 2010 (expediente 11001-03015000-2009- 00198-00 PI), C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas B., se señaló:*" (…) b) El impedimento puede darse por la participación o votación en una decisión o asunto de que conozca el Congreso de la República, sea que se trate de deliberaciones y votaciones relacionadas con proyectos de Ley o actos legislativos, o se trate de una decisión trascendental. En efecto, es inequívoco el artículo 291 al señalar que el congresista debe declararse impedido cuando observe que existe un conflicto de intereses para conocer y participar 'sobre determinado proyecto o decisión trascendental'. Por tanto, el impedimento no solo puede darse cuando se trate del ejercicio de las funciones puramente legislativas del Congreso sino cuando se trate de las otras funciones de ese órgano como las funciones de control político, las administrativas, las judiciales y las electorales."*

de moralidad e imparcialidad, y que en plena aplicación de dichos mandatos, el Congresista debe poner en conocimiento de la Corporación aquellas situaciones económicas o morales que lo inhiban de participar en las funciones propias de su dignidad.

- **Trámite ante la Corte Suprema de Justicia**

El número de votos requeridos para postular al candidato de la Corte Suprema de Justicia, deriva del Reglamento Interno de dicha Corporación (Acuerdo No. 006 de 2002), el cual específicamente en el artículo 5º[279] señala que para el efecto debe obtenerse la aprobación de las dos terceras partes de sus integrantes; es decir, si se tiene en cuenta que según la Ley 270 de 1996 la Corte Suprema de Justicia está integrada por 23 Magistrados, para resultar ternado como candidato a Procurador General, el demandado debía obtener al menos 16 votos.
A folios 61 a 67 del Cuaderno 3 se encuentra transcripción, realizada por la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, en la que se da cuenta de la sesión del 30 de agosto de 2012 en la que dicha Corporación decidió ternar a Alejandro Ordoñez Maldonado como candidato a Procurador General de la Nación, en ella consta que el demandado obtuvo 17 de 17 votos posibles.

Así las cosas, el vicio que endilgan los demandantes *tiene incidencia en la decisión adoptada* por la Corte Suprema de Justicia, toda vez que, si se restan los 3 votos correspondientes a los Magistrados que se declararon impedidos, y respecto de los cuales la parte actora alega que existió un conflicto de intereses, el demandado no alcanza 17 votos a su favor, sino 14, es decir, no obtiene los 16 votos requeridos para resultar ternado válidamente como candidato a Procurador General de la Nación.

En consecuencia, al encontrarse que el reproche incidiría de forma directa en el acto de elección era procedente a examinar si, tal y como se afirmó en la demanda, en la postulación participaron personas que estaban impedidas por tener interés directo en la elección del demandado como Procurador General de la Nación, vicio que de materializarse se trasladaría al acto de elección e impondría decretar su nulidad.

Naturaleza de los impedimentos, análisis para su decisión y su diferencia en trámites administrativos frente a los judiciales

La Corte Constitucional[280] determinó que los impedimentos son instituciones de **naturaleza procesal,** concebidas con el propósito de asegurar principios sustantivos de cara al recto ejercicio de la función pública **(artículo 209 C. Pol)** y

---

[279] "Artículo 5º. Modificado. Acuerdo 005 de 2002, Art. 2. Quórum. El quórum para deliberar será la mayoría de los miembros de la Corporación. **Las decisiones se tomarán por igual mayoría, salvo en los siguientes casos en los cuales se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de sus integrantes**: elección del Presidente y Vicepresidente de la Corte, de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y **de los integrantes de las ternas para Magistrados de la Corte Constitucional, Procurador General de la Nación**, Contralor General de la República y Auditor de la Contraloría; las reformas al presente Reglamento y los proyectos de Ley de iniciativa de la Corte.". (Negrillas fuera de texto)

[280] Corte Constitucional. Sentencia SU-712 del 17 de octubre de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio

con una relación directa sobre la efectividad del debido proceso **(artículo 29 C. Pol)[281].** Se pretende entonces, garantizar las condiciones de imparcialidad y transparencia de quien conoce el asunto, bajo la convicción de que sólo de esta manera se garantiza el principio de igualdad de aplicación de la ley **(artículo 13 C. Pol).**

Considerando que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia invocaron el artículo 40 de la Ley 734 del 2002[282], es preciso indicar que éste corresponde a la causal genérica de impedimento que todo servidor público debe manifestar, de encontrarse en los supuestos que la norma consagra, al momento de ejercer la función administrativa que le hubiere sido encomendada.

Es relevante la caracterización del interés que trae la norma, el cual debe ser **particular y directo[283]** del funcionario o de sus familiares en los grados de consanguinidad o afinidad civil establecidos de forma taxativa en la disposición. Las anteriores características hacen que el conflicto de intereses al que se hace referencia, tenga un **elemento eminentemente subjetivo[284]**, pues se debe analizar en cada caso concreto la verdadera confrontación entre la situación particular del servidor público y el ejercicio de la función administrativa encomendada.

Por otro lado, quien tenga la competencia para valorar el impedimento, **lo examina desde una óptica objetiva, pues dicho análisis se fundamenta no solamente en la causal alegada, sino, básicamente, en la explicación relacionada con la configuración del interés particular y directo**. En esta medida, explicar el impedimento en cuanto hace a la configuración del interés

---

[281] En sentencia C-365 del 29 de marzo de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, se mencionó que los impedimentos y recusaciones, son de de naturaleza eminentemente procedimental y encuentran fundamento constitucional en el derecho al debido proceso, ya que aquel trámite judicial, adelantando por un juez subjetivamente incompetente, no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de la presunción de imparcialidad a la cual se llega, sólo en cuanto sea posible garantizar que el funcionario judicial procede y juzga con absoluta rectitud; esto es, apartado de designios anticipados o prevenciones que, al margen del análisis estrictamente probatorio y legal, puedan favorecer o perjudicar a una de las partes. Si bien la Corte Constitucional realizó dicho estudio desde la perspectiva del ejercicio de la función judicial, lo cierto es que en la sentencia SU-712 del 17 de octubre de 2013, con ponencia del doctor Jorge Iván Palacio Palacio, se indicó que la finalidad de los impedimentos y su importancia frente al debido proceso, también se aplican a los funcionarios que ejercen una determinada función administrativa.

[282] Ley 734 del 2002. Artículo 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

[283] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de julio de 2010, expediente PI 11001-03-15-000-2009-01219-00. Cp. Mauricio Fajardo. También en: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de marzo de 2010, expediente PI-000198-00, Cp. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de diciembre de 2003, expediente S166. Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de julio de 1994. Radicación AC-1499. Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva. Se dijo entonces: ***"La comprobación del interés directo*** *`debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de ley, sin intermediación alguna. Sólo dentro de los límites de un determinado ordenamiento jurídico, puede tener para el congresista o las personas indicadas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992, relevancia su interés, el cual no puede ser otro que aquél en el cual sus destinatarios tengan relación directa con el mismo.* ***El interés se torna en particular****, cuando la adopción de una decisión en un asunto concreto le generaría al parlamentario un provecho o beneficio, específico y personal, para sí mismo o para quienes de acuerdo con la ley se encuentren relacionados con él, y que no obstante estar consciente de dicha circunstancia, no manifiesta su impedimento para participar en el debate o votación correspondiente. Finalmente, el interés debe ser* ***inmediato****, con el propósito de excluir sucesos o hechos contingentes e imprevisibles, sobre los cuales no sea posible determinar o predecir con cierto grado de convicción y de evidencia fáctica su realización en el futuro.*

[284] No se observa la existencia de un pronunciamiento en sede judicial en los proceso del Consejo de Estado en el sentido de interpretar el concepto de conflicto de intereses expresado en esta disposición del Código Disciplinario Único. A pesar de ello, en una sentencia que resolvió una solicitud de pérdida de investidura, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo determinó que el concepto de conflicto de interés involucra un elemento subjetivo que ha sido definido en cada caso particular, dado que son las características de la situación concreta la que define el contenido del conflicto de intereses presentado. (Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. CP. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 29 de mayo de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01329-00)

directo y particular, frente a la decisión, constituye un elemento de moralidad administrativa y de imparcialidad[285].

- ***Trámite aplicable al impedimento presentado por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia***

Como se observa de la transcripción efectuada en el Acta 29 del 30 de agosto del 2012, se tiene que los Magistrados Ruth Marina Zapata Díaz, Javier Zapata Ortiz y Jorge Mauricio Burgos Ruiz, expresaron ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, impedimento con fundamento en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, la cual consagra la obligación general de todo empleado público de manifestar las circunstancias que configuren un conflicto de interés en un determinado trámite.
De esta forma, surge la pregunta en relación con el trámite aplicable a dicha manifestación, para lo cual debe atenderse la naturaleza de la función que desarrolla la Corte Suprema de Justicia, la cual, como se ha manifestado, es administrativa-electoral. Ante ello, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en sus artículos 11 y 12 consagra el régimen y el trámite de los impedimentos presentados por el servidor público, señalando, de forma genérica, que la actuación deberá ser remitida, junto con escrito motivado respecto de las razones que configuren la correspondiente causal, al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del sector administrativo. Una vez recibido, la autoridad competente resuelve de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo.

Sin embargo, en el caso concreto, es claro que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no tienen un superior y/o cabeza del sector administrativo al cual remitir la actuación, y en consecuencia, se presenta una dificultad para la aplicación de dicha norma del procedimiento administrativo. Por ello, debe necesariamente acudirse a la norma procesal civil vigente para el momento de los hechos, la cual se concreta en el inciso 4º del artículo 149 del Código de Procedimiento Civil[286] –hoy 140 y siguientes del Código General del Proceso, la cual indica, en el caso de cuerpos judiciales colegiados, lo siguiente:

"El magistrado o conjuez que se considere impedido pondrá los hechos en conocimiento del magistrado que le sigue en turno en la respectiva sala, con expresión de la causal invocada y de los hechos en que se funda, para que ésta resuelva sobre el impedimento, y en caso de aceptarlo pase el negocio al magistrado que debe reemplazarlo, o fije la fecha y hora para el sorteo del conjuez si hubiere lugar a ello.

[285] Es de resaltar, por ejemplo, que la Corte Constitucional en Auto 69 del 7 de abril de 2003, Mp. Álvaro Tafur Galvis, consideró que la declaración de impedimento debe ser motivada de forma expresa por quien lo propone, por lo que existe la carga de identificar de manera expresa las razones y situaciones especiales que llevan a la configuración de la causal alegada.
[286] De conformidad con el numeral 1º artículo 627 de la Ley 1564 del 2012 o Código General del Proceso –expedida el 12 de julio-, los únicos artículos de dicha disposición que entraron en vigencia inmediata tras su expedición son los 24, 31 numeral 2º, 33 numeral 2º, 206, 467, 610 a 627, y en consecuencia, las demás disposiciones entran en vigencia conforme a lo señalado en el numeral 6º, a partir del 1º de enero del 2014.

El auto en que se manifieste el impedimento, el que lo decida y el que disponga el envío del expediente, no susceptibles de recurso alguno".

Dado lo anterior, se concluye:

- Ante la ausencia del superior jerárquico de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se debe entender, en aplicación del inciso 4º del artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, que en ejercicio de la función administrativa electoral, se debe colocar en conocimiento del magistrado en turno, los hechos que generan el conflicto de intereses, por escrito y de forma motivada, a efectos de que sea la Sala correspondiente la que decida sobre la configuración o no del impedimento.
- Los términos para adoptar la decisión, deben ajustarse a los consagrados en el artículo 12 de la Ley 1437 del 2011, es decir, debe resolverse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación en que se exprese el impedimento.
- Finalmente, la decisión sobre el asunto, debe consagrase en un auto, el cual debe estar sujeto a las formas de notificación procedentes.

Ahora bien, se encuentra una relación directa entre la publicidad que requiere el orden del día y los puntos a debatir en una sesión –ordinaria y/o extraordinaria-, en tanto sólo de ésta manera, se permite identificar el momento en que i) el magistrado conoce que un asunto determinado, en el que pueda presentarse un impedimento, está enlistado para su debate y ii) se permite a la ciudadanía, en ejercicio del control social, hacer uso de las recusaciones que la misma ley consagra a efectos de garantizar la imparcialidad del fallador y/o funcionario en ejercicio de funciones administrativas.

- ***La decisión de los impedimentos en sede de la Corte Suprema de Justicia***

Irregularidades procesales

En el Acta N.29 del 30 de agosto de 2012 consta que los Magistrados Javier Zapata Ortiz, Ruth Marina Díaz Rueda y Jorge Mauricio Burgos Ruíz, fundamentaron su impedimento en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, relativo al conflicto de intereses de los servidores públicos, lo cual demuestra la conciencia que ellos tenían de estar ejerciendo una función administrativa.

Así entonces, lo procedente era que el Dr. José Luis Barceló Camacho, que asumió la Presidencia de la Sesión, conforme a lo dispuesto por el artículo 7 del Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia, siguiera los lineamientos del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, en torno al trámite de los impedimentos y recusaciones, el cual prescribe que:

i) El impedimento se debe presentar por escrito, lo cual en el sub lite no sucedió, pues los impedimentos se manifestaron en medio de la Sesión de la Sala Plena llevada a cabo el día 30 de agosto de 2012.

ii) El impedimento debe ser motivado, que en este caso consistió en afirmar que tenían parientes laborando en la Procuraduría General de la Nación, lo cual no cumple con los requisitos de la motivación[287], ya que ésta no fue clara, precisa y expresa, toda vez que no se indicaron los grados de parentesco en todos los casos, los datos relativos al tipo de vinculación, etc. con el fin de que la Sala Plena pudiera valorar en cada uno de los impedimentos, los elementos fácticos que son indispensables tener en cuenta para tomar la decisión de declarar fundado o no el mismo.

En lo atinente a **la resolución del impedimento**, como se explicó en un acápite anterior, es necesario realizar una interpretación sistemática del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 con el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, en lo relativo a los cuerpos colegiados y la forma de resolver los impedimentos cuando no existe un superior jerárquico, de ahí que sea necesario proferir un auto, a saber, el que lo decide. En el caso en estudio, se observa del contenido del Acta N.29 del 30 de agosto de 2012 que dado a que nunca existió ni siquiera una manifestación por escrito del impedimento, mucho menos se profirió un auto que lo resolviera, con lo cual se vulneraron los prepuestos del artículo 12 de la Ley 1437 de 2012.
En el Acta en mención, también consta que *"*la Sala Plena concluyó, por mayoría, que la elección de candidatos a ternas, constituye sólo una parte del acto jurídico complejo que se perfecciona con la elección de uno de los ternados, y que la elección, en el caso del Procurador General de la Nación, le ha sido deferida al Senado de la República"[288], así mismo, se dice que "en el curso de la deliberación, algunos Magistrados manifestaron que en ocasiones anteriores la Corte no ha aceptado los impedimentos planteados por las razones ahora aducidas, y mencionaron, como ejemplo, lo ocurrido en la elección del Fiscal General de la Nación" y posteriormente, realizaron la votación, obteniendo dos (2) votos a favor de la aceptación de los impedimentos y doce (12) votos en contra, por lo cual la plenaria resolvió no aceptar los impedimentos planteados por los Dres. Javier Zapata Ortiz, Ruth Marina Díaz Rueda y Jorge Mauricio Burgos Ruiz.[289]

De lo anterior se coligen las siguientes vulneraciones del ordenamiento jurídico:

i) No se analizaron los supuestos fácticos de cada uno de los impedimentos,
ii) Las razones que se expresaron en el curso de la deliberación, obedecieron a mencionar que en otras ocasiones la Corte no ha aceptado los impedimentos planteados por las razones ahora aducidas, con lo cual se desvió la discusión mediante una generalización, técnica proscrita en materia judicial y administrativa, ya que los funcionarios públicos deben tomar sus decisiones mediante análisis concretos de los supuestos fácticos y su adecuación o no a las normas contenidas en las disposiciones vigentes y aplicables al caso en estudio.

---

[287] Corte Constitucional. Sentencias T-064 del 1º de febrero del 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; SU-250 del 26 de mayo de 1998, Mp. Alejandro Martínez Caballero; C-918 del 29 de octubre del 2002, Mp. Eduardo Montealegre Lynette.
[288] Folio 52, Cuaderno 1.
[289] Folio 53, Cuaderno 1.

Así entonces, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia eludieron la cuestión en litigio y no respaldaron sus afirmaciones, al decidir los impedimentos sin definir en cada uno de los casos si realmente existía o no un interés claro, cierto y directo, tal como lo dispone la legislación y la jurisprudencia en la materia.

Posterior a la votación realizada en la sesión y tomada la decisión de no aceptar los impedimentos manifestados*, "*el Magistrado Arturo Solarte Rodríguez manifestó que le preocupaba que la Corte estuviera siendo inconsistente, pues ha aceptado los impedimentos de los Magistrados citados para conocer asuntos disciplinarios en contra del actual Procurador, y no los acepta para postularlo a una nueva elección"[290] a lo cual, el Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, "señaló que en los procesos disciplinarios se juzga una conducta y obliga a tomar una decisión jurídica. Para él, en el caso del candidato a la terna para Procurador, es una postulación para un hecho incierto, como lo es el de la elección de ese ternado en el Congreso de la República"[291]. De estas dos intervenciones se puede deducir que, ante el llamado del Magistrado Solarte Rodríguez de mantener una coherencia en las decisiones de la Corporación, toda vez que se trataba de una identidad de sujetos en el conflicto de interés (mismos magistrados- mismo sujeto, el Procurador en ejercicio del cargo), es decir los extremos de la relación jurídica son iguales, la respuesta que se le dio por parte del Magistrado Miranda Buelvas, fue en torno al tipo de procesos, distinguiendo que en el caso de los disciplinarios se produce una decisión jurídica, mientras que en el caso de la postulación se trata de un hecho incierto.

Como se observa, la respuesta dada, una vez más, desvió el centro de la discusión y desconoció el hecho de que en los conflictos de interés y las causales de impedimento y recusación, según el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, la cuestión a dilucidar es si existe o no una contraposición entre el interés general propio de la función pública y el interés particular y directo del servidor público, y no asuntos relativos a la tipología de los procesos o el resultado de los mismos.

- ***De la configuración del interés***

Al analizar los supuestos requeridos para la configuración del impedimento en razón del conflicto de interés, se tiene entonces que:

- **Es particular,** en tanto atiende a un situación propia de la persona del magistrado y de sus familiares, y no se fundamenta en aspectos generales o abstractos.
- **Es actual,** ya que al momento de la postulación del señor Alejandro Ordoñez Maldonado, se encontraba vigente la vinculación legal y reglamentaria de los familiares de los magistrados con la Procuraduría General de la Nación.
- **Es cierto,** si se tiene en cuenta que el motivo del interés es comprobable y es verificable de forma objetiva.

[290] Folio 53, Cuaderno
[291] Folio 53, Cuaderno

- **Es directo,** en tanto se relaciona de forma específica con la potestad del Magistrado de emitir un voto para postular para ser elegido nuevamente quien ostenta la calidad de nominador de los familiares de los primeros.

Considerando lo dicho, se procede con el análisis da cada impedimento presentado:

- ***El impedimento presentado por el Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruíz***

Se observa[292] que la cónyuge del Dr. Burgos Ruíz, fue nombrada como Procuradora Judicial II. Específicamente el citado Magistrado señaló: *"Mi esposa (…) en la actualidad ejerce el cargo de Procuradora Judicial II, pero, recalco, su nombramiento ocurrió con antelación al nombramiento del suscrito como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia".*

Asimismo en los folios 996-998 del cuaderno principal se encuentra la hoja de vida de la señora Doris del Socorro Noreña Flórez en el Ministerio Público.
De la prueba documental referenciada se puede concluir que en el proceso está plenamente acreditado que el Doctor Burgos Ruíz tenía interés directo en la elección del demandado, como Procurador General de la Nación habida cuenta que su esposa se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción de disposición plena del Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

Así las cosas, el ejercicio del cargo de Procuradora Judicial que detentaba la esposa del Magistrado Burgos Ruíz configuró un interés real y cierto, comoquiera que existió una situación personal que podía poner en tela de juicio la objetividad del citado Magistrado en su votación, y por consiguiente, en aplicación del principio de moralidad e imparcialidad la Corte Suprema de Justicia debió aceptar la manifestación de impedimento formulada por el doctor Burgos Ruiz y separarlo de la decisión de ternar al demandando como candidato a Procurador General de la Nación.

Bajo este panorama, es claro que la Corte Suprema de Justicia negó de forma equivocada el impedimento presentado por el Magistrado Ruiz Burgos, comoquiera que existía una situación insoslayable que hacía que aquel tuviera interés directo en la nominación del Procurador. Esto es así, porque sólo si se separaba al citado Magistrado del conocimiento del asunto, se hubiese podido garantizar plenamente el principio de moralidad, imparcialidad y transparencia del acto de postulación.

Entonces, teniendo en cuenta que el impedimento debió ser aceptado, **el voto proferido por el Magistrado Burgos Ruiz, es nulo de pleno derecho,** habida cuenta que participó en la elección demandada, pese a que aquel tenía interés directo en la postulación del Dr. Ordoñez Maldonado.

---

[292] Folio 682, Cuaderno 3

- ***El impedimento presentado por la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda***

A través de Oficio PCSJ-2268 del 10 de diciembre de 2013 obrante a folio 681 del Cuaderno Principal se acredita que la señora Sandra Lucía Salazar Díaz, sobrina de la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda, fue nombrada en el ente del control. [293]
Por su parte, en el portal web de la Procuraduría General de la Nación se encuentra disponible el Decreto 2132 del 1º de junio de 2012, en el que consta que la Procuradora General de la Nación, en encargo, nombró en provisionalidad, a la señora Sandra Lucía Salazar *"en el cargo de Asesor, Código 1AS de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, con funciones en la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa".*[294]

De lo anterior se desprende que la Magistrada Dra. Ruth Marina Díaz Rueda tenía interés cierto, real y directo en la elección demandada comoquiera que está plenamente probado que: i) tiene relación en el tercer grado de consanguinidad con la señora Sandra Lucía Salazar Díaz, pues así lo aceptó y ii) la sobrina de la magistrada **fue nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, cuya nominación recae directamente en el Procurador General de la Nación**, de conformidad con artículo 278 numeral 6º constitucional.

Por ello, pese a que el nombramiento fue efectuado por la Procuradora General encargada, ello en nada afecta la configuración del interés directo que se predica de la magistrada en cuestión, dado que sostener lo contrario sería como avalar que la figura del encargo de las funciones, permite burlar la finalidad de los impedimentos, e incluso de las recusaciones.
Así las cosas, huelga manifestar que el impedimento manifestado por la doctora Díaz Rueda debió aceptarse, toda vez que está acreditado que **aquella tenía un interés real y cierto en participar en la postulación del demandado, porque un familiar suyo estaba nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción**, es decir, está plenamente probado en el expediente que al momento de proferirse el acto de postulación, el demandado era el nominador su pariente, hecho que podía poner en tela de juicio su objetividad al emitir un voto para postular a quien sería el nuevo director supremo del Ministerio Público.
Este hecho insoslayable, consistente en tener un pariente nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción de disposición del Procurador General de la Nación, imponía declarar fundado el impedimento presentado, pues sólo en esa medida se podía garantizar el principio de moralidad que permea la función electoral de los servidores públicos y que propende para que aquella se realice de manera recta, transparente y objetiva.

Bajo este panorama, resulta de perogrullo que **el voto emitido por la Doctora Díaz Rueda, también es nulo de pleno derecho**.

- ***El impedimento manifestado por el doctor Javier Zapata Ortiz***

---

[293] La Magistrada Ruth Marina Rueda afirmó: *"Me permito manifestar que para esa época trabajaba en dicha entidad mi sobrina (…)"*
[294] Disponible en el siguiente enlace electrónico: http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/06-2013.pdf

A pesar de que, con la nulidad de pleno derecho de los votos de los magistrados referidos con anterioridad, ya se tiene la incidencia suficiente para haber declarado la nulidad del acto electoral en tanto se pierde la mayoría requerida para haber sido postulado ante el Senado de la República por parte de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que adicionalmente, en el caso del Dr. Javier Zapata Ortiz, la Sala encuentra que también se puede llegar a las conclusiones anteriores, por las siguientes razones:

A folio 778 del cuaderno principal del expediente, el entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Javier Zapata Ortiz, informó que la señora Olga Lucía Cadavid Castro, quien laboraba para la fecha del proceso de postulación para la Corte Suprema de Justicia, era su pariente en el segundo grado de afinidad. Así mismo, a folio 477, del cuaderno 3, se tiene certificación suscrita por el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, en donde hace constar que la señora Cadavid Castro a 20 de mayo del 2013, se encontraba vinculada a la entidad desde el día 5 de septiembre del 2011 y que a dicha fecha se encontraba ocupando el cargo de Profesional Universitario Grado 17, Código 3PU-17, en provisionalidad.

En esta medida, se tiene que la familiar del Magistrado, ocupaba un cargo que dependía exclusivamente del nominador de la entidad, dado que el Decreto Ley 262 del 2000, en su artículo 185, permite al Procurador General de la Nación designar, las personas que ocuparán los cargos en provisionalidad. De esta forma, el interés resultaba ser cierto y directo, en tanto claramente, al igual que en aquellos casos en que se nombró a familiares de magistrados en cargos de libre nombramiento y remoción, en el presente la posibilidad del ejercicio de la facultad nominadora sobre el familiar por parte del demandado, implican considerar que la objetividad del elector, a saber el Dr. Zapata Ortiz, podía verse afectada, y por lo tanto, el impedimento debió ser aceptado.

Así las cosas, el voto emitido por el Magistrado Zapata Ortiz, **resulta ser nulo de pleno de derecho**, en tanto participó en la decisión encontrándose incurso en una causal de conflicto de intereses

Conclusión: En el acto de postulación participaron personas que estaban impedidas para hacerlo lo cual vicia de nulidad el acto de elección.

Bajo las consideraciones que preceden, es evidente, que la elección Procurador General de la Nación estaba viciada de nulidad por el cargo estudiado, porque, cuando menos, los impedimentos presentados por los Magistrados Burgos Ruiz, Díaz Rueda y Zapata Ortiz, debieron aceptarse. En consecuencia, su participación en el acto de postulación se hizo en contravención del ordenamiento jurídico, toda vez que, al no declararse fundados los impedimentos manifestados se vulneraron los principios que rigen el ejercicio de la función pública, consagrados en el artículo 209 Superior.

En suma, a nuestro juicio, se acreditó el vicio de expedición irregular, porque los impedimentos se negaron de forma errónea, lo cual derivó en que en la formación del acto de trámite intervinieran personas que estaban impedidas por Ley para hacerlo, toda vez que tenían un claro conflicto de interés, lo cual a su vez conlleva a la anulación de por lo menos tres de los votos proferidos y por contera, ocasiona que el demandado no haya obtenido la votación suficiente para ser ternado como candidato a Procurador General de la Nación, razón por la cual este cargo también prospera.

Conclusión general:

De conformidad con lo expuesto en forma precedente, el acto administrativo de elección del señor Alejandro Ordóñez Maldonado, se encontraba afectado de nulidad por expedición irregular, en la medida en que (i) se desconoció el artículo 276 de la Constitución, al haberse llevado la elección sin estar debidamente conformada la terna para el efecto; (ii) se afectaron los principios de la función administrativa (en especial, el de publicidad), así como los límites democráticos autoimpuestos por el propio reglamento de la Corte Suprema de Justicia y el principio de confianza legítima derivado de las actuaciones previas de dicho órgano elector, al haberse seleccionado entre una única opción al postulado de dicha Corporación Judicial a la terna; y (iii) se presentó la intervención de magistrados sobre los cuales recaía un interés directo en el procedimiento administrativo de postulación, lo cual afectó el principio de imparcialidad que debe informar toda actuación.

De esta manera, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo contaba con la oportunidad única, para que, en el marco de una sentencia de unificación, se fijaran criterios importantes sobre los puntos expuestos en la presente aclaración de voto, los cuales resultarían de vital importancia para la comunidad jurídica en general.

En los anteriores términos, nos permitimos presentar nuestra aclaración de voto a la sentencia del 7 de septiembre del 2016, por medio de la cual se determinó la nulidad del acto administrativo de elección del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación.

Fecha *ut supra*,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Consejera de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: ACLARACION DE VOTO – HERNÁN ANDRADE RINCON

Con el acostumbrado respeto que profeso por las decisiones de la Sala, consideré necesario aclarar mi voto con el propósito de precisar que el único argumento por cuya virtud compartí la posición mayoritariamente acogida por la Sala en el presente caso, es el consistente en que ─como en la misma providencia se expresa─ en relación con el entramado fáctico del presente caso, existen precedentes en la jurisprudencia de la misma Sala Plena Contenciosa que debían ser aplicados a la resolución del asunto *sub judice*, pese a que con ocasión del dictado de las providencias de las cuales se desprenden los anotados precedentes, el suscrito Magistrado se apartó de las consideraciones y de la forma como la Sala Plena resolvió los casos concretos en cuestión[295], circunstancia ésta que no constituye óbice para que deba cumplir con la obligación, como funcionario judicial y como integrante del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de subordinar mis actuaciones y mis decisiones a los precedentes judiciales obligatorios emanados de las providencias de esta Corporación.

El anterior aserto se fundamenta en unas muy sucintas consideraciones que estimo pertinentes en relación con ***(i)*** el deber de acatar los precedentes judiciales, a partir de una correcta identificación, estructuración y manejo técnico de los mismos; con ***(ii)*** la existencia de precedentes aplicables al *sub examine* como consecuencia de la relativamente reciente decisión de dos casos análogos en sus hechos relevantes, materiales o determinantes, al que motiva la providencia a la cual esta aclaración de voto se refiere y con que ***(iii)*** las anotadas circunstancias se ven reflejadas en considerable medida en algunos apartados de la parte motiva de la sentencia respecto de la cual se formula la presente aclaración.

1. El precedente judicial, en tanto que elemento jurídico que ejerce una fuerza gravitacional que atrae hacia su contenido los casos concretos que deban ser resueltos en el futuro por el mismo juez o por sus subordinados funcionales ─según que se trate de precedente horizontal o de precedente vertical, respectivamente─ sólo puede estructurarse correctamente a partir de la

[295] Véanse, a ese respecto, los salvamentos de voto que formulé a las siguientes sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 15 de julio de 2014; Radicado número**:** 110001-0328-000-2013-0006-00 ACUMULADO (2013-0007-00); Actores: Cecilia Orozco Tascón y otros/ Rodrigo Uprimny Yepes y otros, y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación jurisprudencial del 11 de noviembre de 2014; Radicado número: 11001-03-28-000-2013-00015-00; Actora: Paula Alejandra Rangel Garzón y otro.

inescindible conjunción entre ***(i)*** **los hechos relevantes del caso** a decidir, ***(ii)*** la subregla o criterio jurisprudencial en el cual se soporta la decisión adoptada por el juez o tribunal ─la ya comúnmente llamada *ratio decidendi*─ y ***(iii)*** la parte resolutiva del correspondiente fallo ─*decisum*─.

La identidad de patrones fácticos existente entre la decisión constitutiva de precedente y aquella(s) a la(s) cual(es) el mismo puede ser aplicado, es lo que determina que, en principio, el juez deba aplicar la misma subregla jurisprudencial para resolver el nuevo litigio ─*stare decisis*─, a no ser que pueda y/o deba aducir sólidos argumentos que lo fuercen a apartarse de o a no aplicar el criterio de decisión utilizado en el evento antecedente.

Las líneas jurisprudenciales, por tanto, constituyen conjuntos de fallos que cuentan con un denominador común caracterizado por determinados patrones fácticos definidos por el juez y el precedente judicial ha de ser manejado como un acervo de criterios concretos de decisión o de subreglas normativas de construcción pretoriana que se basan en la analogía fáctica existente entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la consideración de los jueces, de suerte que la decisión adoptada con anterioridad dentro del correspondiente patrón fáctico ejerce fuerza gravitacional *prima facie* sobre los casos nuevos análogos por sus presupuestos de hecho; la mutación del criterio decisional, en ese orden de ideas, sólo debería tener lugar en circunstancias excepcionales y con fundamento en motivos razonables y provistos del peso suficiente para hacer ceder, en el caso concreto, los principios y derechos constitucionales que sustentan la eficacia vinculante del precedente judicial ─la citada igualdad, la seguridad jurídica, la buena fe, tutela de la confianza legítima y publicidad de las razones en las que se sustentan las decisiones de las autoridades públicas─.

En el anterior orden de ideas, las conocidas técnicas de *analogía* y *disanalogía* entre casos por resolver, se basa en el examen de la relación existente entre **hechos materiales, relevantes o determinantes**, de un lado y, de otro, los resultados ─o decisión concreta─ de los casos, pues es la insistencia ─como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, desde las sentencias C-083 de 1995, T-123 de 1995, C-037 de 1996, SU-047 de 1999 y C-836 de 2001─ por que se proteja la fuerza vinculante de los precedentes para respetar el principio constitucional de igualdad, la que fundamenta inequívocamente el subrayar que la *ratio* de los fallos tiene que estar relacionada con los **hechos materiales o relevantes** de los casos respectivos. La *ratio* de los fallos, así concebida, lleva a extraer de la jurisprudencia subreglas de decisión más bien precisas, atadas a patrones fácticos replicables; ello, además, permite identificar y reconstruir las líneas jurisprudenciales mediante la estructuración de patrones fácticos precisos y rigurosos y no a través de la mera y ambigua exposición de conceptos jurídicos amplios e inconexos respecto de los **hechos relevantes** de los casos decididos o por decidir.

Así, cuando un fallo tenga **exactamente los mismos hechos relevantes** que otro, este fallo debe ser *seguido* en el caso nuevo, por simple aplicación del

precedente. En el evento en que el nuevo caso tenga que ser decidido de manera diferente a como lo impondría un precedente aplicable, es necesario mostrar ahora que uno de los hechos relevantes o materiales del primer caso no existe(n) en el segundo o que existe una circunstancia material claramente diferenciadora que justifica la disimilitud de trato. La insistencia en la importancia de los hechos resulta fundamental, como lo explica la Corte Constitucional en la sentencia T-249 de 2003, en el sentido de que

> *"… [l]a Corte ha comprendido que la ratio corresponde, pues, a la norma que aplica el juez en el caso concreto y que esta norma comprende* ***los hechos determinantes del caso o la situación fáctica relevante, pues tales hechos son los que concretan la norma y permiten una exigencia de igualdad de trato****"* (se deja destacado).

2. Existe una línea jurisprudencial, en la cual se inscribe la providencia a la cual se refiere esta aclaración de voto, cuyo patrón fáctico, en cuanto hace a los hechos relevantes de los casos que la integran, es similar al del asunto *sub judice*. Dos providencias deben incluirse en la reconstrucción de esa línea, a saber:

2.1 La sentencia mediante la cual la Sala Plena Contencioso declaró la nulidad de la elección, como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez[296]. El problema jurídico que en la propia sentencia mediante la cual se dirimió esta controversia se dejó planteado, fue el consistente en establecer si los actos electorales proferidos por la Corte Suprema de Justicia para elegir y confirmar al doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, debían anularse por quebrantar el inciso segundo del artículo 126 C.P., reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ, habida cuenta de que

> *"[L]os demandantes y la coadyuvancia están de acuerdo en que el inciso segundo del artículo 126 C. P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– no puede ser interpretado literalmente, sino de manera integral, a la luz del conjunto de normas constitucionales y atendiendo a su finalidad, esto es, evitar que* ***i)*** *se rompa el equilibrio institucional,* ***ii)*** *se genere tratamientos injustificadamente desiguales y* ***iii)*** *se propicie prácticas indebidas, como el conflicto de intereses, el clientelismo y, en general, comportamientos contrarios a los principios del artículo 209 C.P. Se advierte, asimismo, que una interpretación ceñida a la letra del inciso segundo del artículo 126 C. P. revive la cooptación plena, explícitamente rechazada por la Constitución de 1991".*

La subregla o criterio de decisión acogido en la sentencia se centra en sostener que el criterio de interpretación que debe emplearse para definir los alcances del artículo 126 constitucional debe ser sistemático y finalístico, no

---

[296] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 15 de julio de 2014; Radicado número**:** 110001-0328-000-2013-0006-00 ACUMULADO (2013-0007-00); Actores: Cecilia Orozco Tascón y otros/ Rodrigo Uprimny Yepes y otros.

exegético y restrictivo. Con base en esa articulación entre el contenido del citado artículo 126 superior y el de otros principios y disposiciones de la Carta Política, concluye la sentencia que la elección o nombramiento de servidores públicos debe supeditarse a la observancia de los postulados, principios o exigencias consistentes en: **i)** asegurar el derecho de acceder en condiciones de mérito, igualdad, transparencia, imparcialidad y equidad a los cargos públicos; **ii)** prevenir los conflictos de intereses y el clientelismo; **iii)** evitar el ejercicio concentrado del poder público y **iv)** asegurar el equilibrio institucional.

Lo anterior significa, como se expresó en dicha sentencia, *"si se sigue el argumento sistemático, que el ejercicio de la facultad electoral sin el lleno de la finalidad establecida en el artículo 209 C.P. deviene en nulo por desviación del poder"*; dicho en otros términos,

"… **la finalidad buscada por la regla competencial establecida en el precepto en comento, más que evitar el nepotismo impide el conflicto de intereses y el clientelismo en la provisión o elección de cargos públicos**. **Así, la disposición normativa no pretende impedir sólo que ascendientes, descendientes o colaterales, naturales o políticos de un servidor público ocupen un cargo, gracias a la intervención de su pariente, sino también y, por sobre todo, descartar el mutuo favorecimiento entre electores y elegidos cuando sus roles se invierten**.

> *(…)*
>
> *En suma, para comprender correctamente el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ–, es necesario ir más allá de la lectura "literal" del mismo. La Sala debe interpretarlo a la luz de la Constitución, aclarando que la norma en cuestión, en estricto sentido jurídico, no es una prohibición. Por el contrario, se trata de una inhabilidad constitucional cuyo propósito es evitar la concentración del poder, impedir el desequilibrio institucional y proteger determinados derechos, principios y valores: la igualdad, el mérito, la moralidad, la imparcialidad, la transparencia y la publicidad. Por eso mismo, la norma no tiene un carácter sancionatorio.*

El propio Consejo de Estado, al expresar la conclusión a la cual conduce la argumentación referida, hace explícito cuál es el criterio de decisión que prohija en la sentencia:

"Conclusión.

(…)

Solo trascendiendo la literalidad del precepto resulta factible cumplir la finalidad que impone la Constitución al ejercicio de la función electoral y así evitar que el acto de elección **i)** rompa el equilibrio institucional, **ii)** genere tratamientos

injustificadamente desiguales, **iii)** propicie prácticas indebidas, como el conflicto de intereses, el clientelismo y, en general, **iv)** avale comportamientos contrarios a los principios del artículo 209 C.P.

Bajo esa perspectiva, las restricciones impuestas a la competencia para elegir, previstas en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– no se limitan a los vínculos de consanguinidad, maritales o de unión permanente, entre elector y aspirante. Incluyen la condición de este último de elector del primero, pues, de no ser ello así, el conflicto de intereses de un posible "yo te elijo tú me eliges" **i)** atenta contra el ejercicio desconcentrado del poder público; **ii)** genera conflicto de intereses y se presta para clientelismo; **iv)** afecta el principio de transparencia, **v)** pone en tela de juicio la imparcialidad y **vi)** quebranta el derecho de acceder a los empleos públicos en condiciones de mérito, igualdad y equidad. Desconociendo en un todo los artículos 126, 209 y 255 constitucionales"[297]".

Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena declaró la nulidad de los actos de elección y confirmación del entonces magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura Francisco Javier Ricaurte Gómez, por quebrantar tanto el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ–, como el artículo 209 C.P. y el último inciso del artículo 255 C.P., por cuanto los magistrados que fueron designados como integrantes de la Corte Suprema de Justicia con la participación del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez intervinieron en la elección del mismo como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, lo que significa que los votos emitidos en el trámite administrativo electoral eran nulos y debían ser excluidos del resultado, con lo cual resultaba evidente que el doctor Ricaurte Gómez no obtuvo la mayoría indispensable y ello viciaba de nulidad su elección.

Lo anterior se traduce, como el mismo fallo textualmente lo expresa, en que las restricciones impuestas a la competencia para elegir, previstas en el inciso segundo del artículo 126 C.P., no se limitan a los vínculos de consanguinidad, maritales o de unión permanente, entre elector y aspirante; a que más allá del mecanismo que se utilice por las personas involucradas y de que éste coincida, o no, con el tenor literal de los supuestos mencionados en el entonces vigente artículo 126 superior, si el proceder de los intervinientes, en ejercicio de sus facultades nominadoras, de elección o de nominación, configura un supuesto de favoritismo, de clientelismo, de conflicto de intereses, de trato desigual que conculque los principios constitucionales aludidos, la elección, nombramiento o postulación resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, estarán viciados de nulidad.

---

[297] A los argumentos semántico, sistemático y teleológico se sumó otro que en el fallo se consideró de gran peso en la fundamentación del sentido de la disposición constitucional analizada: *"un argumento cuasi lógico –Chaim Perelman– con carácter jurídico especial –Robert Alexy–: el argumento a fortiori, en la modalidad de a minore ad maius –quien no puede lo menos tampoco puede lo más–. Si no es permisible que un servidor público favorecido por otro de igual condición en el acto de su elección lo favorezca a su vez, eligiendo a parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad para un cargo público, mucho menos puede favorecer al inicial elector designándolo en su propia persona"*.

2.2 El segundo pronunciamiento a referir es aquél mediante el cual la Sala Plena Contenciosa declaró la nulidad de la elección, también como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, del doctor Pedro Munar Cadena[298].

Para la resolución del caso, la Sala Plena del Consejo de Estado, explícitamente, manifestó que se limitaría a **seguir el precedente** derivado de la sentencia que declaró la nulidad de la elección del doctor Francisco Javier Ricaurte; procedió a identificar ─nuevamente─ ese precedente, reafirmó su vigencia y, tras establecer que entre los dos casos en cuestión existía plena analogía fáctica ─lo cual implícitamente supuso descartar como relevantes algunos de los hechos del caso que ciertamente no son idénticos a los que distinguieron aquél que se catalogó como precedente, tales como, por ejemplo, que Pedro Munar Cadena ya hacía bastante tiempo que se había desvinculado de la Corte Suprema, para cuando se inició el procedimiento que condujo a su elección como magistrado del Consejo Superior, cosa que no había ocurrido en el caso del exmagistrado Francisco Javier Ricaurte─, aplicó la misma subregla o criterio de decisión para dirimir el litigio, como los siguientes apartes del fallo ahora comentado lo reflejan sin ambages:

> *"**En el asunto que se resuelve se aplican las consideraciones y la ratio de la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el 15 de julio de 2014 por existir identidad fáctica y jurídica con el caso decidido en aquella oportunidad**[299].*
>
> *(…)*

El 15 de julio de 2014, esta Corporación se pronunció sobre la solicitud de nulidad contra la elección y confirmación del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura[300]. **Los fundamentos fácticos y jurídicos del asunto resuelto por la Sala en aquella ocasión, coinciden con los planteados en el proceso de la referencia, pues en ambos casos los demandantes consideraron que los actos de elección y confirmación de los elegidos a los cargos de magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura –doctores Ricaurte Gómez y Munar Cadena– debían declararse nulos por desconocer el inciso segundo del artículo 126 C.P.** –reproducido en el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ–; el artículo 209 C.P. y el último inciso del artículo 255 C.P.

> *(…)*

En las consideraciones de la sentencia emitida el 15 de julio del año en curso –que se reiteran en su totalidad en la presente providencia– la Sala expuso los motivos que justifican una interpretación integral del inciso

---

[298] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación jurisprudencial del 11 de noviembre de 2014; Radicado número: 11001-03-28-000-2013-00015-00; Actora: Paula Alejandra Rangel Garzón y otro.

[299] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de julio de 2014, Rad. No. 110001-0328-000-2013-0006-00 ACUMULADO (2013-0007-00), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

[300] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de julio de 2014, Rad. No. 110001-0328-000-2013-0006-00 ACUMULADO (2013-0007-00), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ–, teniendo en cuenta el contexto normativo en el que se inserta, a saber, la Constitución Política y la finalidad que persigue la norma. Concluyó la Corporación que atender exclusivamente a la letra del inciso en cuestión y esquivar la pregunta sobre su finalidad en el contexto de la Constitución, no solo resulta absurdo desde el punto de vista lógico, sino que acarrea graves consecuencias en relación con la posibilidad de materializar el referente axiológico consignado en la Carta Política.

Sostuvo la Sala que las restricciones impuestas a la competencia para elegir, previstas en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– no se limitan a los vínculos de consanguinidad, maritales o de unión permanente, entre elector y aspirante. Incluyen la condición de este último de elector del primero, pues, de no ser ello así, el conflicto de intereses de un posible "yo te elijo tú me eliges" i) **atenta contra el ejercicio desconcentrado del poder público;** ii) **genera conflicto de intereses y se presta para clientelismo;** iv) **afecta el principio de transparencia,** v) **pone en tela de juicio la imparcialidad y** vi) **quebranta el derecho de acceder a los empleos públicos en condiciones de mérito, igualdad y equidad. Desconociendo en un todo los artículos 126, 209 y 255 constitucionales.**

> *Ahora bien, se sabe que el precedente no se reconoce a partir de la jerarquía del juez, ni del número de veces que un determinado o específico tema ha sido fallado por este, sino en la simple "resolución anterior de un caso igual o bastante similar". Así que por respeto a principios tales como la igualdad, la coherencia y la seguridad jurídica,* ***se impone al fallador la obligación de tomar en cuenta la anterior decisión y aplicarla en el caso igual o similar al ya decidido, toda vez que –se repite– los supuestos de hecho y de derecho son los mismos. En suma, dado que la situación fáctica y jurídica del asunto en el proceso de la referencia es exactamente idéntica a la resuelta en la sentencia emitida el 15 de julio de 2014 por esta Corporación, se aplicará el precedente"*** (énfasis añadido).

En este segundo caso, entonces, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo declaró expresamente sujetarse de forma incondicional y seguir sin matices el precedente judicial vinculante derivado del primero de los fallos en mención. Ello, pese a que sin duda podrían y pueden identificarse diferencias de cierta importancia ─mayor o menor, según la posición asumida por el intérprete, como lo reflejan los salvamentos de voto suscritos por el suscrito Consejero de Estado respecto de las dos providencias en comento─ entre los dos casos, como ocurre con el ya reseñado hecho de que mientras en el caso del doctor Francisco Ricaurte éste aún fungía como magistrado de la Corte Suprema para cuando se inició la actuación administrativa encaminada a proveer la vacante en el Consejo Superior de la Judicatura para la cual él resultaría electo, en el caso del doctor Pedro Munar la correspondiente actuación administrativa electoral se inició tiempo después de verificado su retiro de la Corte Suprema de Justicia.

Lo expuesto podría determinar que más que un simple *seguimiento* del precedente o de la *ratio* de la providencia anterior, lo que se produjo fue, en estricto rigor, un ***ensanchamiento* de esa *ratio decidendi***, la cual se estimó aplicable también al supuesto fáctico del ex magistrado de la Corte Suprema que posteriormente es elegido para el Consejo Superior de la Judicatura, pues el caso original se refería al supuesto de un todavía magistrado de la Corte Suprema para cuando se inició el proceso de elección, que resulta elegido como magistrado del Consejo Superior. Esa diferencia de presupuestos fácticos entre los dos casos, evidentemente, no fue considerada **relevante** por la Sala Plena Contenciosa en el caso del doctor Munar Cadena, toda vez que el hecho auténticamente relevante para la Sala y con base en el cual se estableció, sin duda, la plena analogía fáctica que expresamente se anuncia en el segundo fallo, entre los dos eventos, es el consistente en que también en el supuesto de la elección del exmagistrado Munar Cadena se hizo uso de las potestades nominadora, de elección o de postulación, tanto de los electores como del elegido, para consumar un acto de favoritismo, de clientelismo, de designación pese a la existencia de conflicto de intereses, con menoscabo de los principios constitucionales que justifican el entramado de prohibiciones explícitas e implícitas en el contenido normativo del artículo 126 constitucional.

2.3 Por las mismas razones anotadas, no puede menos que concluirse que el precedente judicial referido resulta plenamente aplicable al asunto de la demanda de nulidad instaurada contra los actos administrativos que dispusieron la segunda elección como Procurador General de la Nación del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.

Como es bien conocido y resulta aún más evidente, en el caso de la segunda elección o reelección como Procurador General del doctor Ordóñez Maldonado, los presupuestos fácticos resultan claramente diferenciables de aquéllos que distinguieron a los dos eventos que condujeron al dictado de las dos providencias judiciales a las cuales se ha hecho alusión en precedencia. Ello en la medida en que *(i)* no se trata de la elección de un magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, sino del Procurador General; *(ii)* no se trata de que éste haya intervenido en la elección de sus postulantes, sino de que el Procurador General hizo uso de su potestad nominadora ─directa o indirectamente, personalmente o por interpuesta persona, nombrando durante su administración o manteniendo en empleos de libre nombramiento y remoción o de carrera pero provistos mediante nombramiento en provisionalidad─ para incluir o mantener en la nómina de la Procuraduría a familiares de algunos de los magistrados de la Corte Suprema que lo postularon para integrar la terna que permitió al Congreso elegirlo como Procurador General─; *(iii)* no se trata de una elección directamente por la Corte Suprema, sino de una postulación para integrar una terna, por parte de dicho Alto Tribunal.

Sin embargo, forzoso es concluir que **las diferencias entre los presupuestos fácticos de los casos por resolver no resultan materiales, relevantes o determinantes** y que el criterio o subregla de decisión formulados en la

providencia que declaró la nulidad de la elección de Francisco Ricaurte resulta aplicable también a este evento, pues igualmente se trata ─de acuerdo con lo que se concluyó en la providencia a la cual se refiere la presente aclaración de voto─ de un caso de ejercicio coordinado y coherente de las potestades nominadoras, de elección y de postulación, tanto del postulado-nominador, como de la Corporación postulante algunos de cuyos integrantes se beneficiaron del ejercicio de la potestad nominadora del postulado, de suerte que igualmente se configuró un supuesto de favoritismo, de clientelismo, de ejercicio de las potestades en mención pese a la existencia de conflictos de intereses, que resultaba encuadrable en el entramado de prohibiciones incluidas en el contenido normativo del artículo 126 de la Constitución Política.

Establecida, entonces, como la Sala Plena la estableció, la identidad entre los presupuestos fácticos relevantes de los tres casos en cuestión ─más allá de los matices, que se estimaron intrascendentes, en el contexto fáctico de tales casos─ y sin que pudiera aducirse argumento de peso alguno para excepcionar o modificar el precedente, la misma subregla de decisión derivada de éste debía disponer del asunto *sub judice* y ello, *per se*, resultaba suficiente, sin más lucubraciones, para resolver el caso, como de hecho se resolvió en la providencia respecto de la cual me he permitido aclarar el voto, pero que por lo mismo acompañé con mi voto favorable.

3. Por lo demás, bueno es señalar que los planteamientos que se han dejado expuestos subyacen, a mi entender, a algunos de los argumentos que se hicieron explícitos en la providencia a la cual se refiere esta aclaración de voto, argumentos del siguiente tenor, que me he tomado la licencia de reproducir a continuación:

> *"**3.1 Alcance del artículo 126 constitucional***
>
> *Corresponde analizar el alcance normativo que tiene dicha disposición, cuestión que no es nueva para esta Corporación, toda vez que ya la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencias de unificación de jurisprudencia, había abordado el asunto.*
>
> *En esta ocasión, la Sala reitera los presupuestos axiológicos y normativos expuestos en dichas providencias de unificación, orientados a preservar los valores democráticos de participación, en condiciones de igualdad, responsabilidad y transparencia, toda vez que las pautas que allí se fijaron constituyen precedente a la luz de los artículos 10, 111, inciso 3 y 271 de la Ley 1437 de 2011.*
>
> *(…)*
>
> *Resulta indispensable precisar, como lo hizo la Corporación en las sentencias de unificación del 15 de julio de 2014 y 11 de noviembre de ese mismo año, que en esta oportunidad se reiteran, que el artículo 126*

es una norma que fija límites y restricciones al actuar de los servidores públicos, entendiendo que en la función pública "no todo vale".

(…)

En consecuencia, la disposición constitucional busca erradicar ciertas prácticas de la función electoral (postulación y elección) de la que gozan algunos servidores. Se trata de una prohibición inhabilitante, objetiva, que configurada, acarrea la nulidad del acto electoral expedido con desconocimiento de dichas proscripciones …"

(…)

Está prohibido al servidor público directamente o por interpuesta persona designar, postular, nombrar, elegir a quien con anterioridad o posterioridad lo designó, nombró, eligió o postuló a sus parientes en los grados referidos en la norma.

Esas reglas, naturalmente, se extraen desde la perspectiva gramatical, histórica y teleológica del artículo 126 primigenio, como del modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2015, ya que es claro que su propósito primordial fue y es el de erradicar del ámbito estatal ese "intercambio" recíproco de favores que caracteriza al clientelismo y/o el favorecimiento a los parientes que caracteriza al nepotismo.

(…)

***d) Conclusión. El acusado trasgredió el artículo 126 superior**.*

(…)

De la lectura del artículo 126 Superior se colige, sin lugar a dudas, que el demandado, si pretendía ser postulado por la Corte Suprema de Justicia, tenía prohibido nombrar a los parientes de los integrantes de esa Corporación Judicial, para evitar el intercambio de favores.

Afirmar que no se violó la disposición constitucional en cita, pese a que en el expediente está demostrado que los familiares de varios de los magistrados que tenían a su cargo la competencia para postular al demandado fueron designados por el señor Alejandro Ordóñez Maldonado, implicaría avalar que se vaciara de contenido finalístico el artículo 126 de la Carta lo cual desquiciaría su propósito y le restaría contenido a la prohibición establecida por el constituyente, a los precedentes antes señalados, conformados por las reglas creadas por la Sala Plena del Consejo de Estado que resultan vinculantes para resolver el caso concreto, autorizando por lo demás una modalidad de esguince a la misma.

Lo anterior adopta mayor fuerza, si se tienen en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado, antes citadas, que constituyen precedente judicial…"

En los anteriores términos dejo consignadas las razones por las cuales decidí aclarar el voto con el cual acompañé la adopción de la decisión que antecede.

Fecha ut supra.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO – MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, GUILLERMO SANCHEZ LUQUE, CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, HUGO BASTIDAS BARCENAS

Temas: Procurador General de la Nación-Nulidad de la elección. Nulidad de la elección del Procurador General de la Nación-Aplicación extensiva de los fallos de Ricaurte y Munar. Prohibiciones o inhabilidades-La interpretación debe seguir el principio *pro libertate*. Artículo 126 de la Constitución-Ampliación de los supuestos de la norma a situaciones que no prohíbe. Acto Legislativo 2 de 2015-Aplicación retroactiva viola la Convención Americana de DDHH. Impedimentos decididos por otras corporaciones-Cambio de criterio jurisprudencial sin motivación. Elección del Procurador General de la Nación-No está acreditada la desviación de poder.

SALVAMENTO DE VOTO

La sentencia de 7 de septiembre de 2016 de la Sala Plena del Consejo de Estado declaró la nulidad del acto de elección del señor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, supuestamente "reiterando" ciertas decisiones anteriores. Las siguientes son las razones de nuestro disentimiento.

1. El artículo 126 de la Constitución Política, vigente al momento de la elección impugnada, prohibía a los servidores públicos nombrar como empleados a sus hijos, padres, hermanos, tíos, primos, sobrinos, cuñados y al cónyuge o compañero permanente.

También prohibía a los servidores públicos nombrar a personas que tengan los mismos parentescos indicados con servidores públicos competentes para su designación.

2. La Sala declaró la nulidad de los actos de elección de Francisco Ricaurte[301] y Pedro Munar[302] como magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, al estimar que el artículo 126 de la Constitución también prohíbe a un servidor

[301] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2013-00006-00.
[302] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2013-00015-00.

público nombrar a quien previamente lo nombró, limitación coloquialmente conocida como *"yo te elijo, tú me eliges".*

Como Francisco Ricaurte y Pedro Munar participaron de la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y estos después los eligieron como miembros del Consejo Superior de la Judicatura, incurrieron -a juicio de la Sala- en la referida prohibición.

3. Las circunstancias de la elección de Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación para el periodo 2013-2017 no encajan en la prohibición que, por vía de interpretación del artículo 126 de la Constitución, fijó la Sala.

Para declarar la nulidad del acto de elección del Procurador Ordóñez, la mayoría extendió equivocadamente la regla creada jurisprudencialmente hasta el punto de crear otra prohibición bien distinta, que se intenta encasillar en la expresión "*tú nombras a mis familiares, luego yo te designo, nombro o postulo*", que desborda por mucho el mandato del artículo 126 de la Constitución y desconoce que el régimen de inhabilidades es taxativo y no puede ampliarse por vía de la interpretación inadecuada del juez.

4. Si bien el artículo 126 constitucional tiene por objeto preservar valores superiores como la moralidad administrativa, la igualdad y busca evitar prácticas indebidas y el conflicto de intereses, lo cierto es que la aplicación de este precepto es de interpretación restrictiva. En efecto, según el principio *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una prohibición, debe preferirse aquella que menos limite el derecho de las personas. No se olvide que al interpretar la ley, lo odioso o desfavorable de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar su interpretación (art. 31 del Código Civil).

La interpretación del artículo 126 de la Constitución que hizo la mayoría deformó su contenido original, pues amplió la prohibición allí dispuesta para abarcar también a los parientes de los servidores públicos que hayan intervenido en la postulación del funcionario elegido.

Quien postula no es el mismo que elige, así se entiende con toda claridad del artículo 276 de la Constitución, que prescribe que el Procurador General de la Nación es elegido por el Senado de la República de candidatos postulados por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Presidente de la República. La "postulación" no estaba prevista en el artículo 126 vigente para la época de los hechos, fue incorporada en la Reforma de Equilibrio de Poderes.

La expresión *designar*[303], jurídicamente, significa *nombrar* por lo que no puede apelarse, como lo hace la mayoría, a otras expresiones como la postulación.

---

[303] Designar: *destinar para un cargo o función; nombrar para empleo público o privado; denominar; indicar, señalar, mostrar; formar un designio plan o propósito*. Cfr. CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta.

Acudir a la definición que sobre *designar*[304] trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, para intentar cobijar otras situaciones no previstas por la norma, entraña una ampliación inconstitucional del ámbito restringido del precepto entonces vigente.
El propósito de preservar los presupuestos axiológicos y valores democráticos de participación, en condiciones de igualdad, responsabilidad y transparencia que dice traer la sentencia de la que nos apartamos, con apoyo en criterios jurisprudenciales anteriores no aplicables al caso, contradice valores superiores como la confianza legítima y el principio de la buena fe.

La limitación del derecho fundamental de acceso a la función pública no puede surgir de una interpretación extensiva del juez, sino que debe estar contenida en la misma Constitución.

Ahora bien, como la sentencia es de unificación, conforme al artículo 270 del CPACA, el desconocimiento del postulado *pro libertate* en materia de interpretación de las inhabilidades y prohibiciones puede tener serias repercusiones para la decisión de asuntos futuros, especialmente en materia electoral y de pérdida de investidura. Por ejemplo, se vaticina una buena cantidad de demandas contra actos de nombramiento en la administración pública, acostumbrada a designar personal, sin los rigores que se deducen de esa interpretación.

5. El Acto Legislativo 2 del 1 de julio de 2015 modificó el artículo 126 de la Constitución para ampliar las prohibiciones a los servidores públicos, que desde entonces no pueden nombrar, contratar ni "postular" a sus parientes. Tampoco pueden nombrar, postular ni celebrar contratos estatales con quienes intervinieron en su postulación o designación ni con los parientes de estos.

Aunque esa reforma constitucional, se insiste, solo entró a regir el 1 de julio de 2015, el fallo del que nos separamos la termina por aplicar retroactivamente, como se desprende de las justificaciones expresadas sobre el artículo 126 de la Constitución.
Si la modificación de este precepto obedeció a la “constitucionalización” del criterio jurisprudencial fijado por esta Corporación, en la nulidad de las elecciones de los magistrados Ricaurte y Munar, debe aplicarse solo para los hechos acontecidos después de su vigencia, pero no a situaciones anteriores a su vigencia, como la elección del señor Alejandro Ordóñez Maldonado.

De ahí que la nulidad de la elección del Procurador General de la Nación vulnera el debido proceso, porque desconoce el artículo 29 de la Constitución, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme con leyes preexistentes al acto que se le imputa. Si las normas solo disponen para el porvenir, los jueces al aplicarlas no pueden formular "interpretaciones retroactivas", pues al hacerlo desconocen las más mínimas garantías, entre otras, el principio de legalidad.

---

[304] *Señalar o destinar a alguien para determinado fin*. Cfr. http://dle.rae.es/?id=D5s74KK, consultada el 16 de septiembre de 2016.

6. El artículo dos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a todas las autoridades estatales a ofrecer las garantías necesarias para el efectivo cumplimiento de los derechos y libertades previstos por la misma convención.

El artículo 23, numeral 1, literal c, de la Convención dispone que todos los ciudadanos deben gozar del derecho y de la oportunidad para tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. El numeral 2 de la misma norma prevé que por vía legal se reglamenta el ejercicio de los derechos y oportunidades para el acceso a las funciones públicas.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene determinado que corresponde únicamente a la ley[305] señalar las causas para restringir el derecho de las personas al acceso a los cargos públicos.

La nulidad de la elección del señor Alejandro Ordóñez Maldonado trasgrede la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque se declaró con base en una prohibición creada por vía judicial y no por una norma, en este caso constitucional. Además, viola el derecho a elegir y ser elegido, previsto por los artículos 23.1 de la Convención y 40.1 de la CN.

7. La prohibición del artículo 126 de la Constitución para el servidor público es posterior a su designación, pues antes no tiene facultad nominadora, que precisamente es uno de los atributos de su investidura. Este es el entendimiento que el ordenamiento jurídico da a la norma constitucional, como se sigue del artículo 53 de la Ley 270 de 1996, que prohíbe a los funcionarios judiciales, una vez elegidos o nombrados, nombrar o postular para cargos a quienes participaron de su designación o sus familiares.

La prohibición del artículo 126 no puede considerarse intemporal ni puede aplicarse a una situación pasada, porque es imposible para un servidor público anticipar qué autoridad puede llegar a intervenir en un futuro nombramiento suyo. Así, cualquier jefe de una entidad pública tendría que desvincular a todos los empleados que tengan parentesco con servidores públicos que, en un futuro incierto, pudieran intervenir en la designación para un cargo al que hipotéticamente aspira a llegar.

En este caso, los nombramientos de los parientes de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia fueron anteriores al momento en que esa Corporación postuló al Procurador.
No es razonable exigir al demandado que, cuando hizo los nombramientos, debió prever que la Corte Suprema de Justicia lo iba a postular ante el Senado. Tampoco lo es, exigirle que antes de la postulación de la Corte Suprema de Justicia y para evitar una eventual inhabilidad, debió desvincular a los parientes de los magistrados, pues ¿cuál sería la causa legal para tales despidos?

---

[305] Cfr., entre otras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 6 de agosto de 2008, *Caso Castañeda Gutman vs. México.*

8. Los demandantes acusaron el acto de elección del demandado por la supuesta violación del artículo 126 de la Constitución y adujeron como causales de nulidad la falta de competencia y la expedición irregular, porque la postulación obedeció a un intercambio de favores entre el Procurador y algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

En este caso no se configuraron estas causales de nulidad, porque el acto acusado se profirió por la autoridad competente y conforme al procedimiento. El hecho en que la sentencia pretende fundar la nulidad, en realidad, corresponde a una desviación de poder, que no se logró probar a lo largo del proceso.

9. Recientemente[306], la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo negó la solicitud de pérdida de investidura contra un representante a la Cámara, pues no encontró probada la causal de violación al régimen de conflicto de intereses.

En esa oportunidad, la Sala estimó que como el congresista manifestó el impedimento ante el pleno de la Cámara y este fue negado, no se configuró la causal imputada, sin estudiar si la decisión sobre el impedimento fue correcta.

Ese criterio se cambió abruptamente en esta providencia, en contradicción con el artículo 103 del CPACA, que prescribe que, en virtud del principio de igualdad, todo cambio de jurisprudencia sobre el alcance y contenido de una norma debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Aunque los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que tenían parientes vinculados en la Procuraduría General de la Nación manifestaron impedimento para participar en la postulación del demandado y el pleno de la Corporación los negó, la sentencia pasó por alto esa determinación sin mediar razón alguna, descontó los votos de esos magistrados y anuló la elección del demandado por falta de la mayoría reglamentaria en la votación.

El Consejo de Estado no era competente para cuestionar la decisión de la Corte Suprema de Justicia acerca de la forma como negó los impedimentos, pues, como ya lo había señalado en la sentencia antes mencionada, no correspondía estudiar la decisión sobre los impedimentos manifestados.

No debe perderse de vista que el artículo 54 de la Ley 270 de 1996 prescribe que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia se deben tomar con el voto de todos sus miembros, salvo que exista causal legal de impedimento aceptada por la Corporación. También, que el miembro que incumpla este deber sin justa causa incurrirá en causal de mala conducta. El artículo 40 del Acuerdo 006 de 2002, Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, tiene la misma previsión.

Una vez negado el impedimento, los magistrados estaban en la obligación de votar, porque no tenían causa legal para ausentarse de la votación en la que

[306] Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de octubre de 2015, Rad 11001-03-15-000-2014-03169-00.

resultó postulado el demandado, so pena de haber incurrido en causal de mala conducta.

10. La sentencia avaló la imprecisión de los demandantes de que la violación del artículo 126 de la Constitución se produce por circunstancias objetivas, pero luego concluyó que el demandado tenía prohibido nombrar parientes de magistrados de la Corte Suprema de Justicia "para evitar el intercambio de favores", lo cual es un favor de tipo subjetivo que no se probó.

Entonces, se anuló la elección del demandado por desviación de poder de la Corte y del Senado en últimas, pero no se dio cuenta de un solo medio probatorio que soportara ese aserto.

11. El pronunciamiento es contradictorio con las decisiones adoptadas en este proceso, pues se negaron varios impedimentos formulados por algunos de los consejeros de Estado para conocer del asunto, precisamente por tener parientes vinculados a la Procuraduría General de la Nación.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO **MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

HUGO FERNANDO BASTIDAS B. **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO**

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU)

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Referencia: SALVAMENTO ADICIONAL DE VOTO - MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, GUILLERMO SANCHEZ LUQUE, CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Temas: Artículo 126 de la Constitución-Ampliación de los supuestos de la norma a situaciones que no prohíbe.

SALVAMENTO ADICIONAL DE VOTO

En sentencias del 15 de julio, radicación 2013-00006 y del 11 de noviembre de 2014, radicación 2013-00015, la Sala declaró la nulidad de los actos de elección de los magistrados Ricaurte y Munar con fundamento en una interpretación extensiva del artículo 126 de la Constitución, al crear una prohibición que no preveía ese precepto.

Como el fallo del 7 de septiembre de 2016 dijo reiterar esa interpretación para declarar la nulidad de la elección del Procurador Ordóñez, nos remitimos a los salvamentos de voto presentados por los consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y Carlos Alberto Zambrano Barrera para sustentar nuestro desacuerdo con el criterio entonces fijado y que en este pronunciamiento se extiende aun más.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**