ACTOS ELECTORALES PROFERIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Nulidad de la elección y confirmación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

Debe la Sala establecer si los actos electorales proferidos por la Corte Suprema de Justicia para elegir y confirmar al doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, deben anularse, por quebrantar el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ–; al igual que los artículos 209 C.P. y 255 C.P. La acción pública de nulidad electoral vista a la luz de la Constitución impone considerarla desde dos perspectivas. De una parte, como formulada en contra del acto que asigna a un ciudadano el ejercicio de funciones públicas y, de otra, en cuanto dirigida a que la investidura responda a los principios y valores que orientan la función pública, preservando, en todo caso, el sello constitucional en la organización y conformación democrática del poder. Así las cosas, la Corporación no ejerce un mero control de legalidad, similar al que realiza la jurisdicción frente a cualquier acto particular de los que designan a quien habrá de acceder a un empleo público, sin connotación en el sustento del Estado social de derecho. En este caso el examen se ejerce teniendo como norte la guarda e integridad del orden constitucional, de donde la elección se preserva, sí y solo sí, responde al espíritu de la carta fundamental. En la medida en que los magistrados que fueron designados como integrantes de la Corte Suprema de Justicia con la participación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena intervinieron en la designación del mismo como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, ello significa que los votos emitidos en el trámite administrativo electoral son nulos y deben ser excluidos del resultado, con lo cual resulta evidente que el doctor Munar Cadena no obtuvo la mayoría indispensable y ello vicia de nulidad su elección. Debe tenerse en cuenta, ahora, lo mencionado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido de que cuando la vía de acceso al cargo público no es la elección popular directa y consiste más bien en el ejercicio de la función electoral confiada a ciertas autoridades dentro de la organización estatal, la legitimidad del poder atribuido a quien accede al cargo dependerá, en gran parte, de la sujeción del acto electoral a las exigencias constitucionales, tanto como de permitir a la ciudadanía el ejercicio cabal de los controles democráticos establecidos en el ordenamiento jurídico, para velar porque tales requerimientos se cumplan e impedir que los mismos se hagan nugatorios. Los electores no pueden defraudar la confianza en ellos depositada, pues, de la manera como ejerzan su competencia, depende la posibilidad de que opere un control democrático indirecto del ejercicio del poder, el que comporta que la elección se realice del modo más objetivo y transparente posible garantizando, en todo caso, que **i)** el acceso al cargo se efectúa en condiciones de igualdad, equidad y mérito y, por consiguiente, **ii)** al margen del favoritismo sustentado en el intercambio de favores y prácticas clientelistas. En fin, las consideraciones realizadas por la Sala con proyección de una unificación jurisprudencial llevan a verificar que el ejercicio de la función electoral como vía de acceso a las altas magistraturas en el Estado se encuentra reglado por el marco constitucional, legal y reglamentario. Su resultado no puede, por tanto, contrariar la integración de los máximos órganos estatales, acorde con los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad. Hacerlo, significa una desviación del poder y, en el asunto sub judice, da lugar a que los actos expedidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia para elegir y confirmar la elección del doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se declaren nulos por quebrantar el inciso segundo del artículo 126 C.P.; el artículo 209 C.P. y el último inciso del artículo 255 C.P. **NOTA DE RELATORÍA: Se**

incorporan los Salvamentos de Voto de los Magistrados(das): MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA y LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO y Aclaración de Voto de los Magistrados: ALBERTO YEPES BARREIRO y HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - PREAMBULO / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 3 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 40 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 126 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 255 INCISO 3 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 53 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 111 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 164 NUMERAL 2 LITERAL A

DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS - No es absoluto. Debe acompasarse con el resto de previsiones constitucionales, según lo dispone el artículo 4º C.P.

En el caso puesto a consideración de la Sala los principios democrático y pluralista y las previsiones indispensables para realizar el Estado de derecho que repele cualquier forma de concentración del poder político en unos cuantos, sea cual fuere la rama del poder que lo ejerza. Según lo establecido por el artículo 40 C.P. *"[t]odo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político".* Así, la materialización de este derecho se concreta de varias maneras, una de las cuales consiste en *"[a]cceder al desempeño de funciones y cargos públicos".* Con todo y, acorde con lo dicho, ninguna de las prerrogativas que se derivan de la norma en comento es absoluta y su ejercicio debe armonizar con el conjunto de disposiciones constitucionales, de suerte que sea, en efecto, posible **i)** conformar, **ii)** ejercer y **iii)** controlar el poder político en los términos fijados por la Constitución. Así las cosas, el derecho de acceso a los cargos públicos –artículo 40 C.P.– no solo se somete por mandato constitucional –artículo 4º– a unos límites más severos; retrocede cuando el acto mediante el cual pretende hacerse efectivo se expide al margen de las exigencias constitucionales. Requerimientos estos que, bueno sea destacarlo, se encaminan a fijar unas condiciones sustanciales a la competencia de quienes ejercen la función con miras a preservar el equilibrio institucional, el sistema de frenos y contra pesos, tanto como la supremacía constitucional y no tiene nada que ver con restringir la libertad del elegido, por lo que tampoco se podría sostener que quiebren o vulneren el principio de legalidad o taxatividad. Sobre este aspecto, tendrá la Sala oportunidad de volver más adelante. Por lo pronto, debe acentuarse, una vez más, que en aquellos eventos en los que está de por medio la legitimidad de la elección, condicionada por la observancia estricta de los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, carece de sentido invocar el principio *pro libertate* o la cláusula general de libertad. De lo que acá se trata es de fijar el alcance de la competencia de quienes ejercen la función y sujetarla a exigencias de igualdad, mérito, objetividad, transparencia y publicidad estrictas, pues de ello depende no solo la legitimidad del poder de quien accede al cargo, sino la imperiosa necesidad de asegurar la preservación del Estado social, democrático, pluralista de derecho, al igual que la protección de las libertades y derechos de todos los asociados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - PREAMBULO / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA -

ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 3 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 40 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 126 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 255 INCISO 3 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 53 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 111 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 164 NUMERAL 2 LITERAL A

ACTOS DE ELECCIÓN - Sujeción a los principios que orientan la función pública / ACTOS DE ELECCIÓN - Sujeción a los principios dirigidos a impedir la concentración del poder en un órgano creado con el propósito de mantener la autonomía e independencia judicial

El acto de elección de los integrantes del Consejo Superior de la Judicatura es reglado, esto es, debe supeditarse al cumplimiento de estrictas exigencias encaminadas, entre otras, a: **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; **iv)** asegurar el equilibrio institucional. Así, mientras el acto de elección debe cumplir de manera estricta con los principios que informan la función pública contemplados en el artículo 209 C.P., la salvaguarda contemplada en el inciso final del artículo 255 C.P. exige mantener el delicado equilibrio de “frenos y contrapesos” que busca el constitucionalismo, evitando que en el nombramiento de altas magistraturas se generen prácticas clientelistas de intercambio de favores que propician la concentración del poder en unos pocos. En fin, el aludido precepto no tiene un propósito diferente al de garantizar que el acto de elección cumpla los principios democrático y pluralista, al paso que hace patente el objetivo constitucional de impedir la concentración del poder y evitar que se generen círculos viciosos en la conformación del mismo. Esto es así, porque el concepto de Estado democrático exige que el acto de elección garantice la participación y el pluralismo y, a la par, asegure la materialización del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, lo que debe ocurrir de manera objetiva garantizando que impere la transparencia. Se trata también de preservar la autonomía de la rama judicial y de garantizar la libertad en el momento de elegir a los representantes de las distintas jurisdicciones en los órganos de dirección y administración de la misma, asunto cuya importancia ha sido destacada recientemente en el último documento emitido sobre el Estado de la Justicia y del Acceso a la Justicia en América Latina, presentado por la Comisión de Derechos Humanos en la ciudad de San José de Costa Rica. Documento en el cual se hizo un llamado enfático sobre la necesidad de garantizar la conformación de órganos de la administración de justicia independientes y autónomos en los que, en efecto, se asegure la representación de funcionarios de la rama judicial, pero siempre en el sentido de afianzar el principio democrático y no de desvirtuarlo o desconocerlo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - PREAMBULO / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 3 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 40 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 126 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 255 INCISO 3 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 53 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 111 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 164 NUMERAL 2 LITERAL A

PRECEDENTE JUDICIAL - No solo contribuye a evitar tratos desiguales, sino que afianza la predictibilidad del derecho / PRECEDENTE JUDICIAL - Nulidad contra la elección y confirmación del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez

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. 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. Para los demandantes en el caso del doctor Ricaurte Gómez, así como en el asunto de la referencia, el inciso segundo del artículo 126 C.P. no puede ser interpretado literalmente. Sus alcances deben fijarse 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. Los demandantes en uno y otro proceso advirtieron 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. 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 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. El precedente judicial no solo contribuye a evitar tratos desiguales, sino que afianza la predictibilidad del derecho. Adicionalmente, reduce los tiempos de decisión y disminuye sus costos, por lo que se convierte en un vehículo para obtener la realización de los principios de eficacia y de economía procesal. Del precedente judicial se derivan, en conjunto, las siguientes ventajas: **i)** afianzar la seguridad jurídica y la paz social; **ii)** asegurar la igualdad y uniformidad en la aplicación del derecho; **iii)** disminuir la litigiosidad; **iv)** servir de orientación cuando se trate de fijar el sentido y alcance del derecho aplicable y, en tal medida, restringir la discrecionalidad de las autoridades judiciales y **v)** contribuir a aumentar la legitimidad del poder judicial. **NOTA DE RELATORIA:** 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, Ver: Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 15 de julio de dos mil catorce, radicado: 11001-03-28-000-2013-00006-00 (Acumulado 2013-0007) (IJ), M.P. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - PREAMBULO / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 3 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 40 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 126 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 255 INCISO 3 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 53 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 111 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 164 NUMERAL 2 LITERAL A

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00015-00(IJ)

Actor: PAULA ALEJANDRA RANGEL GARZÓN Y OTRO

Demandado: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

Decide la Sala la demanda presentada por los ciudadanos Paula Alejandra Rangel Garzón y Rodrigo Uprimny Yepes, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, contra el acto proferido por la Corte Suprema de Justicia para elegir y confirmar al doctor Pedro Octavio Munar Cadena, como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Que se declare la nulidad de los actos proferidos por la Corte Suprema de Justicia en sesiones del 13 de noviembre de 2012 y 24 de enero de 2013, para elegir y confirmar al doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura.

Que como consecuencia de lo anterior se ordene a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia repetir la elección del magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura[1].

2. Fundamentos de hecho

Los demandantes sustentan sus pretensiones en los siguientes hechos:

2.1. Con la finalización del periodo de los magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Francisco Escobar Henríquez y Jorge Antonio Castillo Rúgeles (sic.), la Corte Suprema de Justicia adquirió competencia para nombrar su reemplazo.

2.2. A partir de la discusión sobre los impedimentos, manifestados por algunos magistrados, en la Sala Plena de la Corte Suprema surgió la pregunta acerca de si es factible elegir o nombrar personas que participaron en la elección o nombramiento de quienes ahora tienen a cargo la designación, a la luz del artículo 126 C.P. En la discusión se presentaron dos enfoques divergentes. Un punto de vista que parte de la prohibición y, otro, según el cual, la conducta se encuentra permitida.

Quienes respaldaron la tesis de la prohibición, sostuvieron que si el artículo 126 C.P. censura la designación de los familiares de la persona que intervino en la elección o nombramiento de los que ahora tienen a cargo la designación, el impedimento es aún mayor tratándose de la persona que participó directamente en la designación de sus electores. A lo anterior agregaron reparos de moralidad e igualdad. A juicio de los demandantes, si se prohíbe lo menos –la designación de los parientes de quien es nombrado por las personas que él mismo designó–, habría que concluir que también se prohíbe lo más –esto es, la elección de la persona que es nombrada por quienes ella misma designó–.

Por su parte, los magistrados partidarios de la tesis permisiva sustentaron su punto de vista en que de la letra del artículo 126 C.P. no se deriva una prohibición, así que, en virtud de los principios de taxatividad y legalidad, no se configuraba la aludida inhabilidad. Adicionalmente, sostuvieron que no es factible efectuar una

---

[1] Por auto fechado 20 de marzo de 2013 –cuaderno principal, fls. 47-50– se dispuso notificar al doctor Pedro Octavio Munar, y a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y dar a conocer la existencia del proceso mediante su inclusión en el Portal WEB de la Corporación.

interpretación extensiva ni analógica de un precepto restrictivo y pusieron de presente su interés en que los nombramientos recayesen en una persona con amplio conocimiento de la rama judicial.

2.3. De conformidad con el comunicado de prensa emitido por la Corte Suprema de Justicia el 13 de noviembre de 2012, fueron elegidos los doctores Pedro Octavio Munar Cadena y Francisco Javier Ricaurte Gómez, para proveer igual número de cargos en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

2.4. Como consta en el acta No. 35 de 13 de noviembre de 2012, la elección del doctor Pedro Munar Cadena se sometió a una primera votación junto con otros aspirantes que arrojó el siguiente resultado:

> *"Romelio Elías Daza Molina (0 votos); Sigifredo Espinosa Pérez (4 votos); Pedro Octavio Munar (11 votos); Eduardo Reina Andrade (1 voto); Roberto Suárez (0 votos). Posteriormente se sometió tres veces a votación de la plenaria los nombres de quienes obtuvieron la mayoría de votos: el doctor Pedro Octavio Munar y Sigifredo Espinosa. En la primera ocasión el Dr. Munar obtuvo 13 votos y el Dr. Espinosa 3 votos; además hubo tres votos en blanco; en la segunda ocasión se sometió a consideración a los dos Doctores de forma individual y los resultados fueron: el Dr. Munar obtuvo 14 votos, 5 en blanco; y cuando se sometió en forma individual el nombre del Dr. Espinosa, él obtuvo 8 votos, 11 votos en blanco. Posteriormente, por petición de la Dra. Cabello Blanco, se sometió a votación los nombres de los doctores, uno por uno, y se obtuvieron los siguientes resultados: En la votación del Dr. Munar, a favor 14 votos, votos en blanco 5 y un total de 19. Luego en la votación del Dr. Espinosa, él obtuvo 5 votos, hubo 14 votos en blanco y un total de 19 votos. Finalmente, en la última votación el resultado fue el siguiente: Pedro Octavio Munar (16 votos); votos en blanco (3 votos) y total de votos (19 votos). Hay constancia de que los doctores Arturo Solarte y María del Rosario González Muñoz votaron en blanco y que el Dr. Jesús Vall de Rutén votó por el Dr. Munar (anexo). Acto seguido, se nombró al Dr. Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en reemplazo del Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.*

2.5. El 24 de enero de 2013, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia confirmó el nombramiento del doctor Pedro Octavio Munar Cadena.

2.6. El antes nombrado fue magistrado de la Corte Suprema de Justicia entre el 1º de noviembre de 2003 y el 31 de octubre de 2011.

2.7. Siendo magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el doctor Pedro Octavio Munar Cadena intervino en la designación de quince de los diecinueve magistrados de la Corte Suprema de Justicia que, en noviembre de 2013, lo eligieron para reemplazar en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura al doctor Jorge Castillo Rúgeles. En particular, intervino en la designación de: Jorge Mauricio Burgos Ruíz (23 de noviembre de 2010); José Leonidas Bustos (21 de febrero de 2008); Fernando Alberto Castro Caballero (23 de noviembre de 2010); José Luis Barceló Camacho (10 de febrero de 2011); Elsy

del Pilar Cuello Calderón (10 de mayo de 2011); María del Rosario Gonzáles Muñoz (26 de junio de 2007); Fernando Giraldo Gutiérrez, Luis Gabriel Miranda Buelvas y Carlos Ernesto Molina Monsalve (23 de noviembre de 2010); Luis Guillermo Salazar Otero (14 de septiembre de 2011); Julio Enrique Socha (13 de julio de 2006); Arturo Solarte Rodríguez (26 de junio de 2007) y Javier Zapata Ortiz (31 de agosto de 2005).

2.8. Como los anteriores magistrados no podían intervenir en la elección del exmagistrado Munar, sus votos son nulos, pues quebrantan el artículo 126 C.P., de ahí que sea necesario excluirlos y asimismo concluir que el doctor Munar no obtuvo la mayoría requerida lo que vicia de nulidad su elección y posterior confirmación.

2.9. De los diecinueve magistrados de la Corte Suprema que intervinieron en la elección del doctor Munar Cadena como magistrado de la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, quince tenían prohibido votar por él, pues el antes nombrado había participado en su elección. Solo tres magistrados se abstuvieron de votar, esto es los doctores María del Rosario González, Arturo Solarte y un tercer magistrado cuyo nombre se desconoce (sic.).

3. Fundamentos de derecho. Normas violadas y concepto de la violación

La demanda se sustenta en la violación del artículo 126 C.P., pues si bien de la lectura de la norma no se deriva una prohibición expresa, implícitamente es claro que se proscribe elegir a funcionarios que contribuyeron previamente al nombramiento del/de los funcionario (s) elector(es). De no entenderse así, la disposición carecería de sentido.

Como apoyo de la interpretación anterior, los ciudadanos demandantes plantean:

3.1. Un análisis de los antecedentes del artículo 126 C.P. revela que se buscó eliminar las prácticas de nepotismo, clientelismo y cualquier otra forma de actuación indebida que genere conflicto de intereses. También se hace patente que la redacción original del artículo contenía explícitamente la prohibición de nombrar al funcionario que intervino en la elección de quien actualmente es elector. Se reconoce que efectivamente esa redacción se abandonó, debido a la necesidad de excluir la prohibición para los funcionarios de elección popular.

3.2. Según los demandantes, la interpretación literal del artículo 126 C.P. es absurda y contradice por completo la finalidad de la norma, pues permite conductas más reprobables que las que expresamente se prohíben.

Es cierto que se puede invocar el argumento según el cual las normas prohibitivas no admiten analogía en su interpretación; pero este argumento no es absoluto y admite, por lo menos tres objeciones, así: **i)** en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han aceptado que existen prohibiciones implícitas en las normas, con base en criterios lógicos de

interpretación; **ii)** el artículo 126 C.P. contiene una prohibición dirigida a servidores públicos, frente a quienes no se aplica la cláusula general de libertad (lo que no está prohibido está permitido), sino que cabe interpretar más allá del texto siempre y cuando la hermenéutica resulte indispensable para satisfacer los propósitos para los cuales fue establecida la prohibición y **iii)** la consecuencia del art. 126 C.P. no es una sanción individual a los magistrados electores o electos sino, simplemente, la declaración de nulidad de un acto administrativo.

3.3. Además, se destaca que la elección del doctor Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene como efecto revivir la cooptación plena, explícitamente rechazada por el Constituyente de 1991.

3.4. Concentrándose en el análisis de los preceptos que contienen prohibiciones e inhabilidades y en la jurisprudencia que se ha fallado en relación con ese aspecto, se hace referencia a la sentencia emitida por esta Corporación para resolver la demanda presentada contra la elección del doctor Nilson Pinilla Pinilla, como magistrado de la Corte Constitucional, por quebrantar la ley de cuotas y el artículo 126 C.P.

En aquella ocasión, los actores señalaron que la disposición contemplada en el artículo 126 C.P. traía implícita la prohibición de nombrar a quien intervino en la designación del elector. La demanda también se refirió a que, conforme lo dispone el artículo 240 C.P., se exige a los nuevos integrantes de la Corte Constitucional no haber sido magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o ministros en el último año lo que –explicaron los demandantes– no excluye observar la prohibición prevista en el artículo 126 C.P.

De todos modos, se puso de presente que la Corporación se concentró en responder el reproche elevado por vulneración de la ley de cuotas, sin fundar la decisión en el cargo relativo al quebrantamiento del artículo 126 C.P., pues al respecto se limitó a sostener que las inhabilidades y prohibiciones debían interpretarse de manera restrictiva y no podían extenderse a conductas no descritas expresamente en la norma. Se añadió, finalmente, que el Código Único Disciplinario no contiene norma alguna de la que se pudiera derivar que la conducta censurada por los demandantes en el expediente de la referencia pudiera dar lugar a inhabilidad, incompatibilidad o impedimento para elegir o acceder al cargo.

A juicio de los demandantes, en aquella oportunidad la Corporación, si bien aplicó un principio en sí válido –el imperativo de abstenerse de conferir efectos extensivos a la interpretación de normas prohibitivas o usar la analogía–, éste resulta inaplicable a los servidores públicos de quienes se exige y espera obren, de tal manera, que cumplan con los propósitos que se buscan obtener con la prohibición.

En este último caso –recuerdan los demandantes– la jurisprudencia contenciosa y, la sentada por la Corte Suprema de Justicia coinciden en

interpretar de manera amplia prohibiciones e inhabilidades tratándose de servidores públicos. Y es que la finalidad del precepto contemplado en el artículo 126 C.P. no pretende imponer una sanción, sino evitar una práctica que rompe con el equilibrio institucional, genera tratamientos injustificadamente desiguales y propicia el clientelismo, el conflicto de intereses y comportamientos contrarios a la moralidad administrativa.

En suma, los demandantes aclaran que la *ratio decidendi* de la sentencia que resolvió la demanda contra la elección del magistrado de la Corte Constitucional Nilson Pinilla, se centró en el artículo 240 C.P. y en el principio de exclusión de la interpretación analógica en las normas prohibitivas. La parte actora pretende demostrar, entonces, que el principio general de la interpretación restrictiva no excluye la posibilidad de reconocer prohibiciones implícitas y cita copiosa jurisprudencia contencioso-administrativa y de la Corte Suprema de Justicia en refuerzo de esta afirmación. Incluso, jurisprudencia de la Sala de Casación Penal sobre la interpretación lógica, sin perjuicio de la naturaleza sancionatoria de las disposiciones, en cuanto la entiende distinta a la analogía.

Igualmente, solicitan que, en todo caso, de considerar la sentencia a la que se hace mención precedente, se varíe, pues es inconsistente con el grueso de la jurisprudencia contencioso-administrativa y ordinaria sobre la materia, en cuanto la interpretación restrictiva propia de inhabilidades e incompatibilidades no implica que una norma no admita interpretación distinta a su tenor literal. Cita casos en los que tanto la jurisprudencia de la Corte y de esta Corporación han ampliado las prohibiciones e inhabilidades. Destaca que en la misma se advierte que así no conste expresamente, la prohibición dirigida a que los servidores públicos no contraten con el Estado incluye la que incluso no pueden formular propuestas.

También traen a colación una sentencia de la Corte Suprema de Justicia a cuyo tenor no es posible la interpretación analógica pero si extensiva cuando, por lógica, una hipótesis no literal tiene que estar incluida en la norma.

Se refieren, asimismo, a una decisión de esta Sala en la que, aplicando la interpretación lógica, en el año 2008, con ponencia del magistrado Enrique Gil se concluyó que el tercer grado de parentesco previsto como causal de inhabilidad, abarca el primero y el segundo, no así el cuarto y el quinto, pues mientras la primera es una interpretación lógica la segunda sería extensiva.

De otra parte, citan una sentencia de esta Corporación acorde con la cual, si bien la causal de nulidad analizada tenía que ver con la introducción extemporánea de las actas en la urna triclave, es lógico entender que la no introducción de las mismas debía correr igual suerte, pues la interpretación literalmente rígida no puede llegar al absurdo de sancionar si se incluyen tarde y absolver si no se incluyen nunca.

Finalmente, mencionan que la Corte Suprema de Justicia, consideró que la prohibición de conceder beneficios –subrogado judicial o administrativo– a los procesados por delitos de abuso sexual contra menores, comprende la de no

conceder la libertad provisional, aplicando para el efecto una interpretación sistemática del numeral 8º del artículo 1999 de la Ley 906.

4. Coadyuvancia

El ciudadano Camilo Araque Blanco presentó escrito de coadyuvancia, exponiendo los motivos por los cuales las pretensiones de nulidad de los actos administrativos proferidos por la Corte Suprema de Justicia para elegir y confirmar la elección del doctor Pedro Antonio Munar Cadena están llamadas a prosperar, no solo por violación del artículo 126 C.P. sino además por desconocimiento de los principios que orientan la función administrativa, en los términos del artículo 209 C.P. Para el efecto expuso los argumentos que a continuación se sintetizan:

-La interpretación literal del inciso segundo del artículo 126 C.P. no resulta admisible, pues comporta el *"yo te elijo primero y tú me eliges después",* es decir, el nepotismo (sic.) que precisamente la disposición pretende erradicar.

-Como la Corte Suprema no actuó en ejercicio de función jurisdiccional sino administrativa, para resolver la nulidad, debe tenerse en cuenta el artículo 209 C.P., a cuyo tenor las autoridades están obligadas a actuar con imparcialidad respetando los principios de igualdad y moralidad.

-Cita jurisprudencia constitucional y se pregunta si los integrantes de la Corte Suprema de Justicia actuaron con imparcialidad en la elección del doctor Munar Cadena, luego de haber recibido de él su apoyo, voto y designación. También se interroga el ciudadano sobre sí la participación de los magistrados previamente elegidos por el antes nombrado constituyeron prenda de garantía para quienes atendiendo la convocatoria concurrieron al proceso y si no resulta, más bien, factible afirmar que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, quebrantaron los principios de igualdad y moralidad administrativa. Y así mismo se pregunta ¿si el antes nombrado tenía aspiración de ocupar un cargo en el Consejo Superior de la Judicatura por qué no declinó su aspiración de ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia y, dado el caso, por qué no esperó que los magistrados a los que él nombró terminaran su periodo? Para concluir sostiene que el simple hecho de comprobar que se violó uno de los principios contemplados en el artículo 209 C. P. sería motivo suficiente para que se anulen la elección y confirmación demandadas, sin mayores disquisiciones jurídicas.

4. Contestación

Por conducto de apoderado judicial, el magistrado Pedro Octavio Munar Cadena se opuso a la prosperidad de las pretensiones. A su parecer, *"el artículo 126 de la Constitución –como todas las normas que establecen inhabilidades– es de aplicación estricta, es decir, no puede ser aplicado por analogía a supuestos*

que no comprende. Y ese artículo, que los demandantes dicen violado, no establece la inhabilidad que alegan"[2].

La Corte Suprema de Justicia no intervino, sin perjuicio de haber sido notificad como correspondía[3].

5. Pruebas aportadas, solicitadas y decretadas de oficio

-Apartes pertinentes de las Actas de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia correspondientes a las sesiones que tuvieron lugar el 13 de noviembre de 2012 y el 24 de enero de 2013, en las que consta la elección y confirmación del doctor Munar Cadena como integrante de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en reemplazo del doctor Jorge Castillo Rugeles –cuaderno 1, fls. 27-36–.

-Certificación expedida por la secretaría de la Corte Suprema de Justicia que da cuenta de la asistencia del doctor Pedro Antonio Munar Cadena a la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que en el mismo escrito se relacionan –cuaderno 1, fls. 27-28–.

-Acta número 32 correspondiente a la sesión ordinaria de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia celebrada el 9 de octubre de 2012, en la que consta que los magistrados María del Rosario González, Jorge Mauricio Burgos Ruiz y Fernando Alberto Castro Caballero se declararon impedidos para participar en la votación para elegir al reemplazo del magistrado Francisco Escobar Henríquez en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dada la postulación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena. También el acta da cuenta de que la decisión se aplazó –cuaderno 1, fls. 97-99–.

- Acta número 34 de la sesión ordinaria de Sala Plena celebrada el 1º de noviembre de 2012, en la que consta que los impedimentos para participar en la elección de los llamados a ocupar el cargo de magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura fueron negados; que en razón de la negativa la magistrada de la misma Corporación María del Rosario González Muñoz formuló objeción de conciencia y como no le fue aceptada votó en blanco, al igual que el magistrado Arturo Solarte Rodríguez, quien manifestó su impedimento en esta sesión—cuaderno 1, fls. 100-119–.

6. Alegaciones

---

[2] Fls. 58-59 cuaderno principal. Mediante providencia del 7 de junio de 2013, se tuvo por contestada la demanda, se aceptó el escrito de coadyuvancia y se dispuso fijar fecha para adelantar la audiencia inicial.

[3] Cuaderno principal folio 53, certificaciones visibles a folios 45 a 47 cuaderno incidente de nulidad.

La audiencia de alegatos se surtió el 3 de julio de 2013 con la presencia de los demandantes, del apoderado del demandado y el representante del ministerio público.

6.1 Intervención de los demandantes

El ciudadano Rodrigo Uprimny comenzó su intervención aclarando que los cargos formulados contra la elección del magistrado Munar Cadena no suponen el desconocimiento de la regla según la cual las normas prohibitivas y sancionatorias han de interpretarse de modo restrictivo. Por el contrario, se da por sentada la validez de este criterio hermenéutico, eso sí, bajo el entendido de que los conceptos de interpretación estricta y literal no son coincidentes y de que la jurisprudencia jamás ha consagrado la sacralización de la literalidad. En este sentido, según el sentir de la parte actora, es perfectamente posible interpretar estricta o restrictivamente una norma prohibitiva y, al mismo tiempo, trascender lo que es puramente textal.

Más aún, el demandante recordó que esta Corporación se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la interpretación literal, para advertir que puede conducir al absurdo y desconocer su propósito, de suerte que es preciso complementar este análisis con criterios lógicos, sistemáticos y finalísticos e ir más allá de la textualidad, sin que ello comporte en modo alguno analogía o un ejercicio de interpretación extensiva.

Como ejemplo de lo anterior, el ciudadano Uprimny se refirió a la sentencia de 19 de mayo de 1987[4], proferida por esta Corporación para declarar la nulidad de la elección de los congresistas de la circunscripción de Risaralda por no haberse guardado los pliegos electorales en arca triclave, como disponía la ley. En tal ocasión, el Consejo de Estado entendió que, aunque la norma únicamente prohibía de modo explícito depositar los pliegos después de transcurridas las tres horas siguientes a la elección, la lógica obligaba a entender que con más razón debería entenderse prohibida la omisión total del depósito, aclarando que una interpretación literal resultaba absurda en dicho caso. El ciudadano recalcó, por lo demás, que este precedente ha sido recogido y reiterado en numerosos casos de pérdida de investidura por violación de las inhabilidades contenidas en el artículo 179, numeral 5 C.P.

Por otra parte, el demandante precisó que, si bien el Constituyente de 1991 rechazó una propuesta de redacción de lo que hoy es el artículo 126 C.P. en la que se prohibía explícitamente a los funcionarios nombrar en cargos públicos a quienes fueran previamente sus electores, la razón que motivó el abandono fue la consideración de que la norma propuesta no tendría sentido en el caso de los funcionarios de elección popular quienes, según el tenor literal de la norma, estarían impedidos para nombrar en cargos públicos a quienes votaron por ellos. En este sentido, resalta que la decisión de adoptar la redacción actual del artículo

---

[4] Cfr. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, Sentencia de 19 de mayo de 1987, radicación E-01, C.P. C. P. Joaquín Vanín Tello.

126 C.P. sobre las propuestas anteriores, no se puede interpretar como el interés del Constituyente de permitir, en términos generales, la elección de todos los funcionarios con facultades de elección, sino únicamente como una manera inadecuada de excluir de la prohibición general de elección por el elector, a los supuestos de nombramientos realizados por quienes accedieron a su cargo mediante votación popular.

Igualmente, aclaró que el hecho de que el artículo 53 de la Ley Estatutaria de Justicia –en adelante LEAJ– fuera declarado exequible, sin condicionamientos, por la Corte Constitucional, no implica que dicha Corporación avalara la interpretación exclusivamente literal de la norma constitucional. En efecto, en la medida en que la norma de menor rango reproducía un texto de la Carta Política, no podía el juez constitucional sino declarar pura y simplemente su constitucionalidad. Sin embargo, explicó que la misma Corte Constitucional ha declarado, sin condicionamientos, la exequibilidad de otras normas que reproducen literalmente artículos de la constitución, a la par que precisa, en la parte motiva, la necesidad de entender la norma superior, armónica y sistemáticamente, más allá de su tenor literal.

Finalmente resaltó que la aceptación de una interpretación exclusivamente literal del artículo 126 C.P., para casos como el sub judice, implicaría abrir nuevamente las puertas a la cooptación plena, deliberadamente rechazada por el Constituyente de 1991, así como a un "carrusel de nombramientos".

6.2. Intervención pasiva

El apoderado del doctor Pedro Octavio Munar Cadena reiteró su rechazo a las pretensiones de la demanda por cuanto **i)** las normas que establecen incompatibilidades e inhabilidades deben ser interpretadas restrictivamente –citó profusa jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en relación con este aspecto–; y **ii)** las normas que establecen incompatibilidades e inhabilidades no pueden ser aplicadas por analogía. Citó jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa para concluir que *"los artículos 126 de la Constitución y 53 inciso cuarto de la ley 270 de 1996, en lo que concierne, solo prohíben a los servidores públicos y, particularmente, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, nombrar como empleados a los parientes, cónyuges o compañeros de los servidores públicos competentes para intervenir en su designación, y solo inhabilitan a quienes se encuentran vinculados a estos por esos lazos. Solo eso, pues solo eso se encuentra expresamente establecido en esos artículos".* Agregó que, según otra opinión, las normas de excepción pueden ser interpretadas extensivamente y a propósito concluyó que *"mediante la interpretación extensiva no se añaden supuestos ni consecuencias no establecidos en la ley, lo cual no sería interpretar una norma sino crear una nueva. No se adiciona la ley, sino que se esclarece su genuino sentido, corrigiendo sus expresiones… Y ha de ser así, porque en la práctica muchas veces resulta difícil distinguir si se emplea la simple interpretación extensiva o si se recurre directamente a la analogía, y 'hay que hacer bien esta distinción cuando se trate de disposiciones excepcionales'… Sea como fuere y, aun aceptando que las*

normas de excepciones pueden ser interpretadas extensivamente, ello solo podría tener lugar para corregir expresiones impropias y, en todo caso, el intérprete ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal de la norma y no recurrir, sin más, a la interpretación extensiva de la misma, pues podría ocurrir que decidiendo interpretarla extensivamente se la aplique por analogía a supuestos de hecho que no comprende".

6.3. Intervención del Ministerio Público

La Procuraduría Séptima Delegada ante el Consejo de Estado conceptuó que las pretensiones deben negarse por cuanto **i)** no se puede interpretar de manera extensiva normas que restringen derechos fundamentales; **ii)** las prohibiciones contenidas en el artículo 126 constitucional solo son aplicables a los nombramientos de subalternos y **iii)** debe acatarse la fuerza vinculante de la declaratoria de exequibilidad del artículo 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocer por importancia jurídica[5], en única instancia, de la acción de nulidad electoral formulada en contra de la elección y confirmación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena, como integrante de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en reemplazo del magistrado Jorge Antonio Castillo Rúgeles.

Es de anotar que la demanda se presentó en la oportunidad establecida en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, si se considera que el acto de confirmación data del 24 de enero de 2013 y la demanda del 7 de marzo siguiente.

Igualmente, el escrito de coadyuvancia habrá de ser considerado en cuanto cumple los requerimientos de oportunidad. Además, guarda consonancia y complementa la demanda.

2. Problema Jurídico

De conformidad con lo expuesto en los antecedentes, debe la Sala establecer si los actos electorales proferidos por la Corte Suprema de Justicia para elegir y

---

[5] Artículo 111 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo.

confirmar al doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, deben anularse, por quebrantar el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ–; al igual que los artículos 209 C.P. y 255 C.P.

Los 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, en aras de propender porque **i)** no se rompa el equilibrio institucional, **ii)** no se genere tratamientos injustificadamente desiguales y **iii)** no 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.

Ahora, si los demandantes orientan su argumentación al desconocimiento del inciso segundo del artículo 126 C.P., converge claramente su postura con la sujeción de los actos de elección a los principios que orientan la función pública y a los dirigidos a impedir la concentración del poder en un órgano creado con el propósito de mantener la autonomía e independencia judicial, en todo sentido, esto es, incluso dentro la misma rama.

La parte demandada y el Ministerio Público coinciden, a su vez, en que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, pues el artículo 126 C. P., en cuanto limita el derecho de acceder a los cargos públicos, debe aplicarse restrictivamente y, por ende, no resulta procedente entenderlo del modo extensivo y analógico que invocan los demandantes.

Con el fin de resolver el problema jurídico, la Sala expondrá los motivos que justifican una interpretación integral del inciso en cuestión, teniendo en cuenta el contexto normativo en el que se inserta –la Constitución Política– y la finalidad que persigue. Así las cosas, observará el siguiente orden expositivo:

i) El derecho fundamental de acceso a cargos públicos –art. 40 superior– no es absoluto; se sujeta a unos presupuestos y condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para garantizar la supremacía constitucional.

ii) La génesis del artículo 126 C.P. y la sujeción de los actos de elección a los principios que orientan la función pública y a los dirigidos a impedir la concentración del poder en un órgano creado con el propósito de mantener la autonomía e independencia judicial –artículos 209 y 255 C.P.–.

iii) Argumentos que tomados de la teoría de la interpretación jurídica contribuyen a justificar un entendimiento del inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– más allá de su literalidad.

iv) El inciso segundo del artículo 126 C. P. –reproducido por el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ– no tiene una naturaleza sancionadora y su finalidad consiste en preservar valores, principios y derechos constitucionales

v) 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[6].

2.1. El derecho fundamental de acceso a cargos públicos –art. 40 C.P.– no es absoluto; en todo caso, debe acompasarse con el resto de previsiones constitucionales, según lo dispone el artículo 4º C.P.

La acción pública de nulidad electoral vista a la luz de la Constitución impone considerarla desde dos perspectivas. De una parte, como formulada en contra del acto que asigna a un ciudadano el ejercicio de funciones públicas y, de otra, en cuanto dirigida a que la investidura responda a los principios y valores que orientan la función pública, preservando, en todo caso, el sello constitucional en la organización y conformación democrática del poder.

Así las cosas, la Corporación no ejerce un mero control de legalidad, similar al que realiza la jurisdicción frente a cualquier acto particular de los que designan a quien habrá de acceder a un empleo público, sin connotación en el sustento del Estado social de derecho. En este caso el examen se ejerce teniendo como norte la guarda e integridad del orden constitucional, de donde la elección se preserva, sí y solo sí, responde al espíritu de la carta fundamental. En el caso puesto a consideración de la Sala los principios democrático y pluralista y las previsiones indispensables para realizar el Estado de derecho que repele cualquier forma de concentración del poder político en unos cuantos, sea cual fuere la rama del poder que lo ejerza.

Según lo establecido por el artículo 40 C.P. *"[t]odo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político".* Así, la materialización de este derecho se concreta de varias maneras, una de las cuales consiste en *"[a]cceder al desempeño de funciones y cargos públicos".* Con todo y, acorde con lo dicho, ninguna de las prerrogativas que se derivan de la norma en comento es absoluta y su ejercicio debe armonizar con el conjunto de disposiciones constitucionales, de suerte que sea, en efecto, posible **i)** conformar, **ii)** ejercer y **iii)** controlar el poder político en los términos fijados por la Constitución.

Bueno es recordar, en este lugar, el texto del artículo 4º C.P:

---

[6] 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.

> *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.*

Si se lee con cuidado el precepto, de inmediato salta a la vista una exigencia de compatibilidad que se traduce como sigue: en nuestro ordenamiento jurídico las leyes y, en general, todas las normas jurídicas deben acompasarse con el resto de preceptos que componen el texto de la Norma superior. De no ser posible la compatibilidad, el artículo 4º C.P. ordena aplicar las disposiciones constitucionales o, lo que es lo mismo, otorgarle al precepto de que se trate el sentido que mejor armonice con el texto constitucional. Justamente, de ahí deriva la supremacía jurídica de la Constitución y, en tal sentido, que ella sirva como referente de corrección en el momento de aplicar cualquier norma que integre el ordenamiento jurídico, con independencia de su importancia o de la jerarquía que ocupe.

El texto constitucional, sea éste explícito o implícito, actúa a la manera de freno y a la vez de motor. Así, excluye y prohíbe ciertos comportamientos o conductas e incluye y promueve otros. 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 comenzando por el Preámbulo, siguiendo con los primeros artículos en los que se dejaron consignados los valores y principios constitucionales, hasta llegar al Título II que contiene el catálogo de derechos fundamentales y las herramientas para protegerlos, cuando se ven amenazados o han sido desconocidos.

Ese primer tramo de la Constitución se corresponde con lo que algunos denominan ***parte dogmática*** en el sentido de que cierra la posibilidad de opción en aspectos que no pueden ser transados por aquellos a quienes se ha confiado la tarea de hacerlos realidad –sean las fuerzas políticas, la administración, los integrantes de la judicatura o de los denominados órganos autónomos–. Normas que, desde luego, han de ser acatadas también por la ciudadanía sin que haya lugar a excepciones.

Esos cerramientos axiológicos sirven de orientación y evitan que el texto constitucional se vacíe de contenido y que, despojado de la sustancia que lo impregna e informa –Preámbulo y artículos 1º y 2º así como los demás preceptos contemplados en el Título I y II de la C. P., entre otros–, convierta la Constitución en carta de triunfo de intereses contrarios a los valores instituidos para fijarle un norte a la convivencia, entre iguales y diversos en el Estado social, democrático y pluralista de derecho.

En pocas palabras, el estricto mandato de supremacía de la Constitución previsto en el artículo 4º C.P. no puede ser desatendido y representa un imperativo jurídico que promueve e impulsa la convivencia democrática y pluralista y al mismo tiempo limita y fija fronteras estableciendo pautas de corrección. 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.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala y tratándose del derecho previsto en el artículo 40 C.P. de *"acceder al desempeño de funciones y cargos públicos"*, resulta admisible a la luz del texto constitucional establecer una distinción entre las exigencias a las que se somete la elección popular, como medio para lograr ese acceso y los requerimientos a los que se sujeta el acto emitido en ejercicio de la función confiada a algunos órganos estatales con idéntico propósito.

En el primer caso, esto es, el acceso a los cargos vía elección popular, el vínculo entre el elegido y el elector es directo y el nivel de transparencia de todo el proceso que culmina con la elección resulta mucho mayor, lo que le confiere al acceso al cargo público un muy amplio grado de legitimidad. A lo anterior se agrega, por ejemplo, en el caso de los congresistas, que la actividad adelantada en sede legislativa está sujeta también a altos niveles de publicidad y transparencia con amplia repercusión en la opinión pública y, en el caso de congresistas, presidente, gobernadores y alcaldes la posibilidad siempre existente de que el pueblo castigue al elegido no volviéndolo a elegir, cuando quiera que defrauda la confianza del electorado a lo que se juntan, asimismo, un conjunto de previsiones consignadas en el propio texto constitucional que, de no observarse de manera estricta, dan paso –en el caso de los congresistas– a la pérdida de investidura y de los gobernadores y alcaldes –quienes ejercen un mandato programático– a su revocatoria, cuando un número de votantes fijado por el ordenamiento jurídico consideran que los gobernantes no se atuvieron al programa presentado.

Ahora, no en todas las elecciones interviene el pueblo directamente; pues hay algunas que, sin perjuicio del amplio poder que confieren, la elección requiere de una reflexión calificada, rodeada de análisis que permita decisiones ponderadas y ajenas a intereses partidistas y presiones políticas. Déficit este de legitimidad democrática que se solventa ajustando la elección que permite el acceso a los cargos públicos a estrictos criterios de igualdad, mérito, transparencia, publicidad, imparcialidad y objetividad, en todo caso, encaminadas a asegurar la supremacía constitucional en los términos del artículo 4º C.P.

Así, cuando la vía para acceder al cargo público no es la elección popular directa y consiste, más bien, en el ejercicio de una función confiada a ciertas autoridades dentro de la organización estatal, la legitimidad del poder atribuido a quien accede al cargo dependerá, en gran parte, de que el ejercicio de la función se ajuste a presupuestos capaces de **i)** garantizar concordancia con lo dispuesto por el artículo 1º C.P. en el sentido de otorgarle prevalencia al interés general, **ii)** asegurar el cumplimiento de las finalidades estatales fijadas en el artículo 2º C.P., esto es, *"servir a la comunidad, promover la prosperidad general y 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 económica, política, administrativa y cultural de la Nación..." y, particularmente, **iii)** afianzar la observancia de los principios que inspiran la función pública consignados en el artículo 209 C.P., esto es, igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

Se observa, entonces, 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.

Así las cosas, el derecho de acceso a los cargos públicos –artículo 40 C.P.– no solo se somete por mandato constitucional –artículo 4º– a unos límites más severos; retrocede cuando el acto mediante el cual pretende hacerse efectivo se expide al margen de las exigencias constitucionales. Requerimientos estos que, bueno sea destacarlo, se encaminan a fijar unas condiciones sustanciales a la competencia de quienes ejercen la función con miras a preservar el equilibrio institucional, el sistema de frenos y contra pesos, tanto como la supremacía constitucional y no tiene nada que ver con restringir la libertad del elegido, por lo que tampoco se podría sostener que quiebren o vulneren el principio de legalidad o taxatividad. Sobre este aspecto, tendrá la Sala oportunidad de volver más adelante.

Por lo pronto, debe acentuarse, una vez más, que en aquellos eventos en los que está de por medio la legitimidad de la elección, condicionada por la observancia estricta de los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, carece de sentido invocar el principio *pro libertate* o la cláusula general de libertad. De lo que acá se trata es de fijar el alcance de la competencia de quienes ejercen la función y sujetarla a exigencias de igualdad, mérito, objetividad, transparencia y publicidad estrictas, pues de ello depende no solo la legitimidad del poder de quien accede al cargo, sino la imperiosa necesidad de asegurar la preservación del Estado social, democrático, pluralista de derecho, al igual que la protección de las libertades y derechos de todos los asociados.

En el marco de las anteriores consideraciones y, con el fin de profundizar el análisis de cada uno de los aspectos planteados, pasa la Sala a efectuar, primeramente, un examen del artículo 126 C.P., de modo que sea factible fijar su sentido y alcance a la luz de la Constitución.

2.2. La génesis del artículo 126 C.P. y su estrecha relación con los principios contemplados en el artículo 209 C.P. y con el inciso tercero del artículo 255 C.P.

2.2.1. El origen del artículo 126 C.P. y sus cambios en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente

Esta disposición surgió durante la Asamblea Nacional Constituyente con el propósito claro de impedir que los servidores públicos nombren a quien intervino en su designación. Con ello se buscó evitar la transacción de cuotas personales como determinantes del acceso a los cargos de elección popular o vía acto electoral. La redacción original del artículo decía: *"[e]n ninguna elección o nombramiento podrán designarse personas que […] han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación"*[7].

Sin embargo, se advirtió que el modo como estaba redactado el precepto generaría en los casos de elección popular –en particular para el presidente, los gobernadores y alcaldes– el problema consistente en que los popularmente elegidos sólo podrían nombrar a aquellos que no intervinieron en su elección, es decir, a los integrantes de la oposición. Con el fin de superar este escollo, se introdujo una modificación con el espíritu de dejar plasmado que el servidor público elegido por votación popular no puede nombrar a personas que sean familiares o cónyuges de aquellos que lo designaron.

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.

La aclaración histórica parece ofrecer una primera herramienta útil para fijar los alcances del artículo 126 C.P., pues da indicios de que la norma se originó precisamente en rechazo al nepotismo y al clientelismo. Así, aunque el texto del artículo 126 C.P. no presente de manera explícita la salvaguarda en cuestión, aquello que se encuentra implícito en la norma, representa su significado más profundo. De hecho, en las Actas de la Asamblea Constituyente se evidencia el interés primario de sus integrantes de erradicar las formas de clientelismo imperantes, como se observa, para mencionar unos pocos, en los siguientes planteamientos:

> *"La gran empresa de esta Asamblea, sin cuyo acabado y perfecto cumplimiento la dimensión histórica de sus afanes carecería de relieve, tiene que ser la eliminación de toda huella de clientelismo en las instituciones patrias y la clausura definitiva e irrevocable de toda oportunidad para su regreso.*

---

[7] Gaceta No. 68 Pág. 17.

(…)

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".[8]

(…)

"Somos el instrumento de la rebeldía ciudadana por el cambio político, la ampliación de la democracia, la abolición del clientelismo, la moralidad…

(…)

Hemos vivido días sin luces, al margen de la legalidad, entregando principios, negociando bases fundamentales de convivencia pacífica, de juridicidad, resguardados por el inmediatismo y la mecánica legal de las instituciones"[9]*.*

Sin embargo, apelar al origen del precepto no resulta una argumentación concluyente y se impone a la Sala trascender el análisis genealógico a fin de realizar un examen minucioso del contenido de la norma en sí. Reza la norma –se destaca el inciso segundo–:

"ARTICULO 126. 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".

2.2.2. Análisis del artículo 126 C.P.

La disposición contemplada en el artículo 126 C.P. puede dividirse en tres partes, cada una de las cuales corresponde a un inciso. Vale la pena aclarar, de antemano, que inicialmente el examen de la Sala se concentrará en el primer inciso, para luego centrarse en el examen del segundo que, en lo pertinente y como lo recuerdan los demandantes, es reproducido exactamente por el último del artículo 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia –LEAJ[10]–.

---

[8] Gaceta Constitucional 49ª de 13 de abril de 1991.
[9] Gaceta Constitucional 50ª 19 de abril de 1991.
[10] ARTÍCULO 53. ELECCIÓN DE MAGISTRADOS Y CONSEJEROS. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado proveer las vacantes que se presenten en la respectiva Corporación, de listas superiores a cinco (5) candidatos, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Estos Magistrados no son reelegibles y tomarán posesión ante el Presidente de la República. // Con el objeto de

Una lectura detenida del primer inciso del artículo 126 C.P. evidencia la búsqueda por erradicar el nepotismo. Allí queda claro que un servidor público no podrá nombrar como empleado suyo a personas con las que tenga parentesco, relación marital o unión permanente. Con esto se pretende evitar el favoritismo que privilegia a los familiares o colaterales y deja de lado los méritos, pues ello contradice el derecho de acceder a los cargos públicos en igualdad de condiciones.

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 se pasa a explicar.

El segundo inciso del artículo 126 C.P. introduce un matiz: dispone que un servidor público no pueda nombrar como empleado a familiares de otros servidores competentes para intervenir en su designación. En este caso, la norma enfatiza no en los lazos familiares, maritales o de unión permanente, sino en el poder de intervenir en un nombramiento. 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.

Así, el inciso en comento, más que evitar el nepotismo, busca impedir la forma indebida en la que un servidor público designa a aquellos gracias a los cuales

---

elaborar las listas a que se refiere este artículo, el Consejo Superior de la Judicatura invitará a todos los abogados que reúnan los requisitos y que aspiren a ser Magistrados, para que presenten su hoja de vida y acrediten las calidades mínimas requeridas, Al definir la lista, el Consejo Superior de la Judicatura deberá indicar y explicar las razones por las cuales se incluyen los nombres de los aspirantes que aparecen en ella. // El Magistrado que deba ser reemplazado por destitución estará inhabilitado para participar en la elección de su sucesor y en la de cualquier otro integrante de la Corporación que por el mismo tiempo se encuentre en la misma situación. // Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales, los Jueces y los Fiscales, no podrán nombrar 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. Así mismo, los citados funcionarios, una vez elegidos o nombrados, no podrán nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con los servidores públicos competentes que hayan intervenido en su postulación o designación –se destaca el último inciso–.

obtuvo su posición. Esto deja ver que el artículo 126 C.P. confronta el favoritismo, del que el nepotismo sólo es un caso especial. Por ello, mientras que el primer inciso pretende evitar que se beneficie a una persona por sus vínculos familiares, con independencia de los méritos, el segundo inciso reprocha la práctica del clientelismo.

En breve, si bien se acepta que la Asamblea Constituyente decidió excluir del artículo 126 C.P. la salvaguarda de que el elegido pueda nombrar a su elector en consideración a las dificultades que ello implicaba respecto de los cargos de elección popular, no lo es menos que dicho argumento no puede esgrimirse como excluyente de la previsión ínsita en la norma citada que impide, en los demás casos, incluyendo los nombramientos en la rama judicial, que el servidor público B que ha sido designado por A pueda, a su vez, nombrar a A en cargos públicos.

No se puede partir de una interpretación aislada de los preceptos constitucionales ignorando que el sentido pleno de las normas superiores se construye valorando las relaciones y unidad que existe entre las mismas.

No debe olvidarse que la axiología y teleología de normas constitucionales y legales como las que en este caso se interpretan, son mucho más complejas que el tenor literal de las mismas y ello de ninguna manera es trivial, pues en la escogencia del contenido que se dé a dichas disposiciones hay implícito un riesgo: el de perder los valores éticos deseables como guía de lo que debe ser el comportamiento humano en una sociedad democrática.

Como pasará la Sala a mostrarlo enseguida, el entendimiento de la norma que acá se propone se ve respaldado, tanto por el contexto de disposiciones constitucionales en el que la misma se inserta –relacionadas con la sujeción de los actos de elección a los principios que orientan la función pública y a los dirigidos a impedir la concentración del poder en un órgano creado con el propósito de mantener la autonomía e independencia judicial–, como por los argumentos que, traídos de la teoría jurídica, contribuyen a justificar un entendimiento del inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– más allá de su literalidad.

2.2.3. Sujeción de los actos de elección a los principios que orientan la función pública y a los dirigidos a impedir la concentración del poder en un órgano creado con el propósito de mantener la autonomía e independencia judicial

El Preámbulo y los artículos 1º, 2º de la Constitución, hacen patente la aspiración de constituir una sociedad dentro de un *"marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo",* instituido a partir de un Estado social de derecho, pluralista, dado a la prevalencia del interés general. Igualmente, el artículo 3º C.P. prescribe la actuación de los poderes públicos en consonancia con esos valores y principios fundantes por lo que su ejercicio se justifica y será válido única y exclusivamente si gira alrededor de la concretización de tales mandatos.

Estos referentes valorativos y de principio consignados en la Constitución, resultan plenamente vinculantes respecto de todo el sistema jurídico en su conjunto y se dirigen, entre otras, a promover la institucionalización de una democracia deliberativa, es decir, se trata de la instauración de un marco ideal que se ampara en la superioridad epistemológica que suponen la discusión y adopción de las decisiones en democracia, cuyo cumplimiento, sin duda alguna, no se agota simplemente en una fase eminentemente "decisionista o electoral", sino que se encuentra rodeada de las garantías necesarias –a partir de los derechos constitucionales fundamentales y específicamente de los derechos políticos– para asumir un proceso que asegure suficiente participación y tenga en cuenta una versión sustantiva del Estado de derecho cuya contrapartida no puede ser otra distinta a una concepción igualmente sustantiva de democracia[11].

Este marco normativo que ofrece la Constitución de 1991 impone concluir que los actos de elección deben sujetarse a los valores y principios que con carácter vinculante se derivan de la misma, en particular, a los que orientan la función pública y a los dirigidos a impedir la concentración del poder en un órgano creado con el propósito de mantener la autonomía e independencia judicial. Dos normas adquieren especial relevancia en el contexto en el que se inserta el inciso segundo del artículo 126 C.P.

El artículo 209 C.P. según el cual *"la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones"* y el último inciso del artículo 255 C.P. que reza: *"[p]ara ser miembro del Consejo Superior de la Judicatura se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta y cinco años; tener título de abogado y haber ejercido la profesión durante diez años con buen crédito. Los miembros del Consejo no podrán ser escogidos entre los magistrados de las mismas corporaciones postulantes".*

De las dos disposiciones constitucionales en mención, se deriva que el acto de elección de los integrantes del Consejo Superior de la Judicatura es reglado, esto es, debe supeditarse al cumplimiento de estrictas exigencias encaminadas, entre otras, a: **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; **iv)** asegurar el equilibrio institucional.

Así, mientras el acto de elección debe cumplir de manera estricta con los principios que informan la función pública contemplados en el artículo 209 C.P., la salvaguarda contemplada en el inciso final del artículo 255 C.P. exige mantener el

---

[11] Cfr. Luigi, FERRAJOLI, Derechos y Garantías. La ley del más débil, Madrid Trotta, 4º ed., 2004, p. 23.

delicado equilibrio de “frenos y contrapesos” que busca el constitucionalismo, evitando que en el nombramiento de altas magistraturas se generen prácticas clientelistas de intercambio de favores que propician la concentración del poder en unos pocos.

En fin, el aludido precepto no tiene un propósito diferente al de garantizar que el acto de elección cumpla los principios democrático y pluralista, al paso que hace patente el objetivo constitucional de impedir la concentración del poder y evitar que se generen círculos viciosos en la conformación del mismo. Esto es así, porque el concepto de Estado democrático exige que el acto de elección garantice la participación y el pluralismo y, a la par, asegure la materialización del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, lo que debe ocurrir de manera objetiva garantizando que impere la transparencia.

Se trata también de preservar la autonomía de la rama judicial y de garantizar la libertad en el momento de elegir a los representantes de las distintas jurisdicciones en los órganos de dirección y administración de la misma, asunto cuya importancia ha sido destacada recientemente en el último documento emitido sobre el Estado de la Justicia y del Acceso a la Justicia en América Latina, presentado por la Comisión de Derechos Humanos en la ciudad de San José de Costa Rica. Documento en el cual se hizo un llamado enfático sobre la necesidad de garantizar la conformación de órganos de la administración de justicia independientes y autónomos en los que, en efecto, se asegure la representación de funcionarios de la rama judicial, pero siempre en el sentido de afianzar el principio democrático y no de desvirtuarlo o desconocerlo.

Como se dejó señalado, las disposiciones en mención –artículo 209 C. P. e inciso final del artículo 255 C.P.– contribuyen junto con los referentes valorativos y de principio consignados en la Constitución a precisar el sentido y alcance del inciso segundo del artículo 126 C.P. y respaldan el punto de vista según el cual la norma allí consignada debe interpretarse de manera integral en el contexto de todas las disposiciones constitucionales concordantes, de donde se concluye que su entendimiento no puede contraerse a la literalidad de la norma.

En suma, el caso que se resuelve requiere, sin duda, el adentrarse en el análisis de los criterios interpretativos que permitan su resolución; y, en el marco de ese propósito, se ha de acoger la tesis que mayor salvaguarda otorgue a principios de la función pública consagrados en el artículos 209 de la Constitución Política, cuya finalidad última es el servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de tan alto valor como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y transparencia.

De otra parte, atendiendo a una interpretación sistemática y teleológica, que preserve la coherencia y consistencia de la norma fundamental, tiene pleno sentido la salvaguarda incluida en el artículo 255 C.P., conforme a la cual los miembros del Consejo Superior de la Judicatura “no podrán ser escogidos entre los magistrados de las mismas corporaciones postulantes”, porque es absolutamente lógico que si quienes eligen a los magistrados del consejo superior

de la Judicatura no pueden designar para tal cargo a los parientes de quienes los eligieron, mucho menos tendrían facultad para elegir a quien los eligió.

Comprensión que se refuerza aún más cuando se acude a los distintos métodos de interpretación traídos de la teoría jurídica y examinados, claro está, de conformidad con el principio de supremacía constitucional. Precisamente para hacer inferencias de significado que no se advierten en el nivel puramente textual, semántico o sintáctico de análisis de lenguaje, es que se tienen en cuenta también elementos pragmáticos, esto es, del contexto –social, normativo– y de la finalidad, como se indicará a continuación.

2.2.4. Métodos de interpretación jurídica que justifican una hermenéutica del inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– más allá de su tenor literal

Se sabe que las normas jurídicas en tanto manifestación del lenguaje –una convención social– no están exentas de equívocos y vacíos. Si se piensa que su finalidad consiste en establecer modelos de comportamiento obligatorios y en producir efectos generales sobre una multitud de situaciones, es claro que –como decía Aristóteles– esa generalidad suele tropezar con enormes problemas prácticos, siendo el intérprete, concretamente, el juez, el llamado a darles solución.

En pocas palabras, cuando enfrentado a un caso concreto el juez encuentra que la norma jurídica aplicable deja de lado aspectos de cuyo análisis o examen depende emitir un fallo correcto, más equitativo o completo, entonces está compelido a seguir la recomendación de Aristóteles y darle una interpretación que corrija, haga más equitativo o complemente el sentido en que a la luz del caso concreto es errónea, inequitativa o incompleta la norma general[12]. Con todo, si alguien dijera que esta invitación que hace el Estagirita a los jueces podría llevar a un uso arbitrario del derecho, tal riesgo está descartado en el ordenamiento jurídico colombiano, precisamente, por el mandato contemplado en el artículo 4º constitucional que sujeta el sentido y alcance que se fije a los preceptos legales y, demás normas jurídicas, al imperativo de garantizar la supremacía constitucional.

Sin embargo, ese imperativo jurídico-constitucional no impide que se presenten problemas de interpretación inherentes a todo proceso de comunicación y también a toda comprensión de la Constitución o de la ley. Incluso un texto claro debe ser

---

[12] Aristóteles en su libro *Ética a Nicómaco* expresa: *"Toda ley es universal; pero sobre algunas cosas un enunciado universal puede no ser correcto. Así pues, en los asuntos en que es necesario hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración el caso usual, sin olvidar la posibilidad de error […] Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge algo que cae fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador o yerra al simplificar, corregir la omisión diciendo lo que el legislador mismo habría dicho de haber estado presente y hubiera legislado si hubiera sabido"*. Ética a Nicómaco, Libro V, 11376, 13 y s.s. Traducción tomada de Martha NUSSBAUM, *La fragilidad del bien*, Madrid, Visor, 1995, p.p. 385-386 –se destaca–.

interpretado y comprendido, pues siempre resulta necesario determinar las realidades que se encuentran tras la literalidad de la norma[13]. De tiempo atrás, la teoría de la interpretación jurídica, ha retomado los aportes de la lingüística y ha reconocido que el lenguaje no se agota en su dimensión semántica[14], ni sintáctica[15], sino que la dimensión pragmática también ocupa un lugar central en la determinación del significado. Cuando se trata de la dimensión pragmática del análisis del lenguaje, se alude, por un lado, al contexto en el que se profiere determinada emisión lingüística[16], al igual que al tipo de acto de habla o de uso que se realiza con cierta expresión[17].

Ahora, si la finalidad o el propósito no es, en principio, relevante para efectos de interpretar el lenguaje descriptivo, sí lo es tratándose del directivo o prescriptivo, como ocurre, por antonomasia, con el lenguaje del derecho. Precisamente, H. L. A Hart, quien elaboró una teoría basada en el análisis del lenguaje jurídico, llama la atención sobre la necesidad de indagar por los propósitos o fines, cuando se trata de interpretar el lenguaje del legislador, a fin de cerrar su inevitable "textura abierta"[18].

La anterior reseña pone al descubierto que con mucha mayor frecuencia de lo que se podría pensar, el textualismo o la literalidad que tiende a predominar en la interpretación jurídica no solo resulta incapaz de respetar las reglas del uso del lenguaje jurídico, sino que termina por escamotear su dimensión pragmática, esto es, la pregunta por el contexto y las finalidades del lenguaje normativo, ineludible para establecer el significado de sus enunciados[19]. Desde luego, la inversión de

---

[13] Delnoy Paul "Éléments de Méthodologie Juridique", Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liege, Bélgica, Éditions Larcier, 2006.

[14] Aquella que determina el significado mediante las reglas de uso de las palabras, v.gr. las que aparecen en los diccionarios.

[15] La que determina el significado a partir de la estructura y de las relaciones que se establecen entre las palabras a partir del lugar que ocupan dentro de la oración

[16] Por ejemplo, determinar el significado de una expresión como "te espero aquí", es preciso atender al contexto espacio-temporal en el que se profiere la emisión.

[17] Aun cuando en las expresiones "hay cinco vehículos en la calle" y "se prohíbe el ingreso de vehículos al parque", se emplea en ambas la palabra "vehículo", la interpretación del concepto en uno y otro enunciado puede llegar a variar, debido a que en el primer caso el concepto se emplea en un enunciado que constituye un uso descriptivo del lenguaje –que pretende informar acerca de cómo es el mundo–, mientras que en el segundo caso se inserta en un enunciado directivo, con el cual se pretende, como su nombre lo indica, dirigir la conducta de los destinatarios en el sentido indicado por la norma.

[18] Cfr. H.L.A. HART, *El concepto de derecho,* p.p. 160-161.

[19] Para ilustrar la manera en que el "textualismo", bajo el pretexto de un estricto apego al tenor literal, suprime elementos necesarios para determinar el significado, este autor se refiere a que una regla que establece "las farmacias se cerrarán a las 10.00 p.m." es entendida sin problemas por cualquier hablante como una orden de cerrar las farmacias a la hora indicada para volver a abrirlas al día siguiente, ya que de esta manera la regla cobra sentido a la luz del propósito subyacente. Sin embargo, no faltará el abogado astuto que interprete la norma en el sentido de que, si bien ella ordena cerrar las farmacias a las 10:00 p. m., no impide que puedan ser abiertas de nuevo a las 10:05 p. m., pues esto último no está prohibido por el tenor literal de la disposición. Lo que muestra la obra es que, de la misma manera que como hablantes ordinarios no nos sustraemos al contexto y la finalidad a la hora de dotar de sentido el lenguaje directivo, lo propio se debe hacer cuando se interpreta el Derecho.

precedencia, es decir, conferirle mayor valor al contexto y, a la finalidad, que al texto o letra de la norma, impone una mayor carga de argumentación a quien pretende que se reconozca ese alcance.

En el asunto que estudia la Sala, existen importantes argumentos semánticos, sistemáticos, teleológicos y jurídico-especiales para concluir que el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– debe interpretarse de manera que trascienda el sentido literal, así que la finalidad de la disposición normativa no se haga nugatoria, por un entendimiento equivocado –en exceso limitado y formalista–. Siendo así, inicialmente cabe detenerse en el primer grupo:

i) Las palabras empleadas en el inciso segundo del artículo 126 C.P. que se analiza -*"[los servidores públicos] tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación"*–, permiten entender incluida a la persona competente para intervenir en su designación, sin perjuicio de los grados de parentesco establecidos por la disposición normativa. Esto, porque, tratándose de la misma persona, no se ve la necesidad de incluirla, pues, en todo caso, cabe entenderla comprendida. Brevemente: si cada quien es el más interesado en que las circunstancias de la vida le sonrían, le sean favorables, lo mismo vale tratándose de la elección para ocupar un alto cargo público en la estructura del Estado. A este argumento semántico se añade, como se precisa enseguida, uno sistemático.

ii) En cuanto regla de competencia que asigna a un agente –servidor público– el poder jurídico de cambiar un estado de cosas en otro –mediante la función pública de elegir a otro servidor público en un cargo–, el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último del artículo 53 de la LEAJ– debe ser interpretado y aplicado en consonancia con los principios constitucionales de la función pública, previstos en el artículo 209 C.P. –al respecto ya se había hecho alusión en párrafos anteriores–. Esto quiere decir que el ejercicio de la función electoral es reglado. Lo anterior significa, si se sigue el argumento sistemático, que sin el lleno de la finalidad establecida en el artículo 209 C.P. el acto de elección deviene en nulo por desviación del poder conferido al servidor público para ser ejercido regladamente, en cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad. En pocas palabras, el ejercicio de la función electoral que no satisface los principios constitucionales para el buen ejercicio de la función pública –artículo 209 C. P.– estaría afectado de nulidad.

Como ya se había anunciado arriba y ahora se confirma, 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.

iii) Bajo esta luz, la imposibilidad de elegir a los parientes de un servidor público elector del ahora candidato incluye a la persona de éste mismo, antes que a sus familiares, cuando de evitar el conflicto de intereses y el clientelismo se trata. La finalidad de prevenir una colusión real entre el interés de ser favorecido por la elección a un alto cargo público, ambicionado por muchos y los intereses generales que buscan elegir al mejor, respetando los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad, no se cumple cuando se pasan por alto las condiciones objetivas del artículo 126 C.P., tendientes a excluir todo beneficio injustificado de la competencia del servidor público, con poder para mudar un estado de cosas a otro, según los principios del 209 eiusdem.

iv) A los argumentos semántico, sistemático y teleológico se suma uno 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.

La fuerza justificadora del argumento *a fortiori* no radica en ser "analógico" -pues no lo es y ha de tenerse cuidado en confundir la expresión "analógico" con el término "cuasi lógico"–. Reside, más bien, en ser una inferencia lógica de validez general[20], basada en la estructura de la realidad[21]. Para cualquier interprete con mínimo sentido de la realidad y ejercicio adecuado de la razón es comprensible que impedir lo menos grave –favorecer al elector eligiendo a sus familiares– incluye –por inferencia lógica– impedir lo más grave –favorecer al elector eligiéndolo a el mismo–.

El peso de los argumentos expuestos permite a la Sala confirmar la necesidad de interpretar el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– de una manera que trascienda su literalidad. Entendimiento que se ve respaldado cuando se aplica una hermenéutica finalista del precepto en comento, asunto que desarrollará la Sala con mayor detalle en el siguiente acápite.

2.2.5. La interpretación finalista del precepto contemplado en el inciso segundo del artículo 126 C. P.

La pregunta que debe responder la Sala en este acápite es del siguiente tenor: ¿puede una norma impedir a un servidor público, designado y elegido con el concurso de otro u otros, designar a personas vinculadas a éste en determinados

---

[20] Robert ALEXY, op. Cit., p. 383.
[21] Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYECA, *Tratado de Argumentación*, Madrid, Gredos, 2000.

grados de parentesco y no impedir designar al elector mismo, sin incurrir con ello en una contradicción que anula la finalidad de la norma?

Como se planteó en la demanda, dos interpretaciones se ofrecen en respuesta a esta cuestión jurídica: una interpretación literal –formalista– y una interpretación finalista –pragmático intencionalista–. Sólo una de ellas constituye la solución correcta a la luz del ordenamiento jurídico, visto como un todo coherente e integral, como se pasa a explicar.

No cabe duda de que apegarse exclusiva y excluyentemente a la letra de la norma prevista en el segundo inciso del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– salva su tenor literal, pero sacrifica su carácter jurídico-constitucional que exige un entendimiento no fragmentario, sino armónico de la misma a la luz del resto de preceptos constitucionales. En fin, la literalidad impone un entendimiento irracional de los preceptos en comento para favorecer supuestamente el principio de libertad. No obstante, se sabe que no hay derecho y, menos garantía de libertad, allí donde impera la sinrazón. Privilegiar una comprensión irracional de las normas jurídicas, conduce a la arbitrariedad y, a la vez, genera un terreno fértil para que prospere el trato discriminatorio y se asienten prácticas indebidas como el conflicto de intereses y el clientelismo.

Una cosa es la norma y otra, muy distinta, los signos y/o enunciados lingüísticos que se utilizan para formularla. Aquello que se encuentra detrás del enunciado formal, es más rico y profundo que la mera literalidad. No en vano, el signo señala una realidad distinta de sí mismo, sin que nunca logre agotarla y, menos, contenerla por completo. Por ello, desde los romanos se acepta que el juez tiene el deber de reconducir a la racionalidad aquellos pasajes de las normas jurídicas que resulten absurdos o contradictorios. Incluso antes, Aristóteles le asignó al juez la tarea de anteponer lo razonable y lógico donde impera la oscuridad y la sinrazón. Aún más, lo invitó a complementar y a corregir la letra de la ley cuandoquiera que su generalidad o universalidad impiden su recto entendimiento para el caso concreto –se destaca–:

> *"Toda ley es universal; pero sobre algunas cosas un enunciado universal puede no ser correcto. Así pues, en los asuntos en que es necesario hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración el caso usual, sin olvidar la posibilidad de error […] Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge algo que cae fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador o yerra al simplificar, corregir la omisión diciendo lo que el legislador mismo habría dicho de haber estado presente y hubiera legislado si hubiera sabido"*[22]*.*

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, no puede perderse de vista que la norma contemplada en el artículo 126 C.P. es de carácter constitucional;

---

[22] Ética a Nicómaco, Libro V, 11376, 13 y s.s. Traducción tomada de Martha NUSSBAUM, La fragilidad del bien, Madrid, Visor, 1995, p.p. 385-386.

atenerse únicamente a su tenor literal, de inmediato genera el fenómeno de la antinomia constitucional, esto es, la incompatibilidad entre normas del mismo rango y jerarquía –vb.gr., artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 209, 255 C. P.–. Para evitar lo anterior, resulta imperativo efectuar una interpretación del precepto en cuestión que tenga en cuenta el conjunto de normas en las que el mismo se inserta y adicionalmente el fin o propósito que con la norma se busca obtener, a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Así las cosas, atender exclusivamente a la letra del inciso segundo del artículo 126 C. P. –reproducido por el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ– 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: **i)** contradice principios como el de transparencia, mérito, igualdad en el acceso a los cargos públicos –entre otros, artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 209, 255 C. P.–, **ii)** incide gravemente en promover la acumulación del poder público transgrediendo principios nucleares del Estado de derecho y **iii)** rompe con el equilibrio institucional, en el sentido en que introduce de nuevo la cooptación plena, a la vez que una permanencia en la rama judicial cercana a la magistratura vitalicia, modelo que fue expresamente abandonado por la Constitución de 1991, como consta en las actas de la Asamblea Constituyente en las que se hace patente el empeño por evitar el clientelismo y el tráfico de favores, en cuanto prácticas propiciadas por la cooptación plena.

El análisis que antecede sobre el contexto normativo en el que se inserta el inciso segundo del art. 126 C.P. –reproducido por el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ– y la finalidad que la norma persigue, aunado a la aplicación de distintos métodos hermenéuticos traídos de la teoría jurídica, permite concluir que entre los medios existentes en nuestro ordenamiento constitucional para asegurar que se materialicen los bienes jurídicos anteriormente nombrados se encuentra impedir al ahora elector designar a familiares de su pasado elector, de forma que no se confunda el alto objetivo de integrar idóneamente al Estado –en el presente caso los máximos órganos de la rama judicial– con prácticas indebidas y contrarias al sistema axiológico de la Constitución.

Dicho de otro modo, siendo la intención que devela el precepto aludido la de materializar el sistema de valores y principios constitucionales, no puede la norma impedir el nombramiento de parientes del servidor público y permitir la de él mismo, cuando ha participado en la designación o elección de los ahora electores, sin socavar con ello su finalidad. La permisión de elegir al antes elector hace nugatoria la finalidad misma de la norma, a saber, impedir la confusión entre el interés general –de elegir servidores públicos en forma igualitaria, correcta e imparcial– y el interés particular –del inicial servidor público que ha elegido al que ahora lo elige a él–.

De aceptarse la interpretación literal, equivocadamente revestida de un espíritu garantista de la libertad, además de ampliar el margen de apreciación de quienes ejercen la función electoral en contravía de los principios constitucionales, se

caería en el absurdo de contradecir el fin de servir a los intereses generales permitiendo el favorecimiento personal de quien, como servidor público, intervino en el acceso al poder de los que ahora lo eligen a él, luego de cesar en sus funciones.

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 contiene una sanción. Busca, más bien, preservar los valores, principios y derechos constitucionales y se dirige, concretamente, a evitar la concentración del poder, impedir el desequilibrio institucional y asegurar la igualdad, el mérito, la moralidad, la imparcialidad, la transparencia y la publicidad. Justo por ese motivo, cabe reiterarlo una vez más, la norma no tiene un carácter sancionatorio. Este último aspecto se analizará con mayor detalle en el siguiente acápite.

2.2.6. El inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ– no tiene una naturaleza sancionadora y su finalidad consiste en preservar valores, principios y derechos constitucionales

Una vez superada la idea de que el alcance del inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ– ha de contraerse o restringirse a su tenor literal, debe la Sala precisar otro aspecto importante, cual es que el aludido precepto no tiene una naturaleza sancionadora. De ahí que resulte preciso distinguir la regla competencial que delimita el ejercicio de una función –en el caso que se examina de carácter electoral– de aquella encaminada a establecer sanciones.

Las reglas de competencia otorgan un poder a la autoridad para cambiar un estado de cosas *X* en un estado de cosas *Y,* cuando se dan las circunstancias *Z*; por ejemplo, hacer que quien no era magistrado de una alta corporación judicial (*X*) pase a serlo y quede investido como magistrado de tal poder público (*Y*) por efecto del acto de elección que llene determinados requisitos (*Z*)[23]. En el sentido antes señalado, el inciso segundo del artículo 126 C.P. no puede asimilarse a una regla primaria de carácter sancionador, sino a una que delimita competencias de las autoridades.

Así, no poder ejercer una competencia más allá de determinadas fronteras, se encuentra lejos de ser una "sanción" en sentido estricto. Significa, más bien, el límite de la competencia a la luz del marco constitucional y legal en que se ejerce.

3. En el asunto que se resuelve se aplica las consideraciones y la *ratio* de la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo

---

[23] H. L. A. HART, El Concepto de derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

Contencioso Administrativo el 15 de julio de 2014, por existir identidad fáctica y jurídica con el caso decidido en aquella oportunidad

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[24]. 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.

Para los demandantes en el caso del doctor Ricaurte Gómez, así como en el asunto de la referencia, el inciso segundo del artículo 126 C.P. no puede ser interpretado literalmente. Sus alcances deben fijarse 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. Los demandantes en uno y otro proceso advirtieron 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.

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 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

---

[24] 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.

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.

El precedente judicial no solo contribuye a evitar tratos desiguales, sino que afianza la predictibilidad del derecho. Adicionalmente, reduce los tiempos de decisión y disminuye sus costos, por lo que se convierte en un vehículo para obtener la realización de los principios de eficacia y de economía procesal. Del precedente judicial se derivan, en conjunto, las siguientes ventajas: **i)** afianzar la seguridad jurídica y la paz social; **ii)** asegurar la igualdad y uniformidad en la aplicación del derecho; **iii)** disminuir la litigiosidad; **iv)** servir de orientación cuando se trate de fijar el sentido y alcance del derecho aplicable y, en tal medida, restringir la discrecionalidad de las autoridades judiciales y **v)** contribuir a aumentar la legitimidad del poder judicial.

Si en gracia de discusión pudiera afirmarse que para el momento de los hechos se debía tener en cuenta la sentencia emitida por esta Sala el 23 de septiembre de 2008[25], cabe negar esa posibilidad precisamente con base en los argumentos expuestos por la sentencia de 15 de julio de 2014 que enseguida se transcriben y cuyas consideraciones y *ratio* se han aplicado para fallar en el sub lite –subrayas en el texto citado–:

> *"Como se indicó en la demanda y lo trajo a colación el agente del Ministerio Público, existe una sentencia en la que esta Corporación tuvo que pronunciarse sobre la validez de un acto electoral por violación de la ley de cuotas. En aquella ocasión la parte demandante también alegó el desconocimiento del artículo 126 C.P.[26].*

---

[25] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de septiembre de 2008, Rad. Números: 11001-03-28-000-2006-00106-00/00109-00/00110-00/00113-00 acumulados.

[26] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de septiembre de 2008, Rad. Números: 11001-03-28-000-2006-00106-00/00109-00/00110-00/00113-00 acumulados.

Cabe destacar que el tema analizado en aquella oportunidad se relacionó con la actuación de la Corte Suprema de Justicia como postulante y no como elector, pues se cuestionó la integración de la terna para la elección de magistrado de la Corte Constitucional en la que se incluyeron dos personas que habían sido miembros de la Corte Suprema de Justicia –el demandado, doctor Nilson Pinilla Pinilla y el doctor Jorge Iván Palacio Palacio–.

*Quiere ello decir que existe similitud con el presente asunto por cuanto el supuesto de hecho debatido en esa ocasión y el que ahora se encuentra bajo examen de la Sala, guardan semejanzas en el sentido de que **i)** en ambos asuntos la Corte Suprema de Justicia postula y nombra a quienes hicieron parte de esa Corporación y **ii)** el cargo planteado fue el quebrantamiento del artículo 126 C. P.*

No obstante, si se hace una lectura detenida del fallo, puede constatarse fácilmente que el análisis se centró en el cargo relacionado con la vulneración de la ley de cuotas y apenas se dedicó un pequeño párrafo al artículo 126 C.P., examen del que, de manera alguna, puede derivarse una posición de la Corporación sobre este aspecto y que prácticamente se convierte en un pronunciamiento 'de pasada' u obiter, en este caso, por la ausencia de argumentación y de fundamentación jurídica que exhibe. La Sala se contrajo a sostener –se destaca–:

'El artículo 126 de la Carta Política dispone que los servidores públicos no pueden nombrar como empleados a personas con las que tengan vínculos de parentesco, matrimonio o unión permanente con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Dado que las inhabilidades, en cuanto son prohibiciones, deben aplicarse de manera restrictiva, no puede ampliarse el alcance de la inhabilidad en comentario a hechos no previstos en la norma constitucional, como los que plantean los demandantes, pues no está probado parentesco alguno entre los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el demandado, razón suficiente para desestimar el cargo.

De la lectura del aparte transcrito se deduce con claridad que los aspectos jurídicos relacionados con el caso sub judice no fueron abordados ni siquiera de manera tangencial y la mención al artículo 126 C.P. no se acompañó de un mínimo sustento argumentativo, por lo que no pasa de ser un obiter y difícilmente podría calificarse de precedente con poder vinculante en casos similares o idénticos.

A lo anterior se agrega que un solo caso fallado no constituye precedente, por lo que queda abierta la posibilidad de que la Sala ratifique el criterio expuesto en la oportunidad traída a colación o lo cambie, sin que para esto último medie una carga argumentativa suficiente. Así las cosas, mientras no se presente un segundo caso que corrobore lo expuesto en el asunto anterior, no es dable hablar de la existencia de precedente judicial, ni mucho menos de jurisprudencia aplicable al caso y ello, entre otras, por los motivos que a continuación menciona la Sala.

Para que pueda hablarse de precedente, se requiere un caso igual o bastante similar a otro resuelto con anterioridad. Así, por respeto a la igualdad y a 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. Cuando no resulta factible aplicar las razones del fallo anterior a los supuestos de hecho del caso que se resuelve posteriormente, pues las mismas resultan incompatibles con el referente axiológico de la Constitución, esto es, quebrantan valores, principios y derechos en que se funda el sistema constitucional, entonces, el juez debe corregir la decisión anterior lo que impone un análisis sistemático de los preceptos constitucionales.

Así que si, en gracia de discusión, se afirmase que lo dicho en la sentencia que se trae a colación en los antecedentes de la presente providencia tendría que considerarse precedente –lo que como ya se dijo no es cierto– de todos modos sería indispensable modificar la ratio de la sentencia anterior, por contener un error axiológico en las motivaciones que llevaron a la Sala a pasar por alto el desconocimiento de la salvaguarda prevista en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –que se reproduce en el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ–, al margen de los principios en que se funda el ejercicio de la función pública, axiales al ejercicio del poder en un Estado social, democrático y pluralista de derecho.

Adicionalmente, tampoco cabría alegar el desconocimiento del principio de confianza legítima, pues no se vislumbra el mensaje reiterado que daría lugar a infundir certeza sobre la legitimidad de una postura por la sola reiteración en decisiones similares. Se insiste, solo hay un único caso en donde se analizó y se interpretó el artículo 126 C.P. en los términos que se dejaron expuestos atrás. Razonamiento que en todo caso no comulga con el análisis sistemático de la norma a la luz de los preceptos constitucionales y los distintos métodos de interpretación y argumentos que ofrece la teoría jurídica.

Es que tampoco una interpretación contraria a la Constitución, en repetidas ocasiones, transforma la situación en compatible con el texto superior. Ni la reiteración, ni el paso del tiempo autorizan una conclusión tal. La interpretación incompatible con los preceptos constitucionales en el pasado continúa siéndolo hoy en día. Es más, permite que los asociados acudan por vía de acción de nulidad electoral a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir la validez de los actos de elección que incurrieron en el mismo defecto".

4. Conclusiones

La acción pública de nulidad electoral vista a la luz de la Constitución impone considerarla desde dos perspectivas. De una parte, como formulada en contra del acto que asigna a un ciudadano el ejercicio de funciones públicas y, de otra, en cuanto dirigida a que la investidura responda a los principios y valores que orientan la función pública, preservando, en todo caso, el sello constitucional en la organización y conformación democrática del poder.

Así las cosas, la Corporación no ejerce un mero control de legalidad, similar al que realiza la jurisdicción frente a cualquier acto particular de los que designan a quien habrá de acceder a un empleo público, sin connotación en el sustento del Estado social, democrático y pluralista de derecho. En este caso el examen se ejerce teniendo como norte la guarda e integridad del orden constitucional, de donde la elección se preserva, sí y solo sí, responde al espíritu de la carta

fundamental. En el caso puesto a consideración de la Sala, los principios democrático y pluralista y las previsiones indispensables para realizar el Estado de derecho que repele cualquier forma de concentración del poder político en unos cuantos, sea cual fuere la rama del poder que lo ejerza.

Cuando la vía para acceder al cargo público no es la elección popular directa y consiste, más bien, en el ejercicio de la función electoral confiada a ciertas autoridades dentro de la organización estatal, la legitimidad del poder atribuido a quien accede al cargo dependerá, en gran parte, de la sujeción del acto electoral a unos presupuestos capaces de **i)** garantizar concordancia con lo dispuesto por el artículo 1º C.P. en el sentido de otorgarle prevalencia al interés general, **ii)** asegurar el cumplimiento de las finalidades estatales fijadas en el artículo 2º C.P., esto es, *"servir a la comunidad, promover la prosperidad general y 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 económica, política, administrativa y cultural de la Nación..."* y, particularmente, **iii)** afianzar la observancia de los principios que inspiran la función pública consignados en el artículo 209 C.P., esto es, igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

Los electores deben respetar el voto de confianza depositado en ellos y han de ejercer su función con total apego a las disposiciones constitucionales, de modo que hagan brillar el sentido último de los valores, principios y derechos fundamentales y no los oscurezcan o impidan su materialización. Se observa, entonces, que en la designación de cargos públicos, distintos a los de elección popular, opera un control democrático indirecto del ejercicio del poder, el que comporta confrontar que la elección se realizó del modo más objetivo y transparente posible garantizando, 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 el intercambio de favores y prácticas clientelistas.

Se advierte asimismo que estando la legitimidad de la elección condicionada a la observancia estricta de los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, carece de sentido invocar el principio *pro libertate* o la cláusula general de libertad, para justificar su inobservancia, pues, dado que no se cuenta con el control del ejercicio democrático de la manera más estricta, el de la función electoral se sustenta en que sea capaz de asegurar la igualdad y mérito en el acceso, objetividad, transparencia y publicidad. Esto es así, porque el acceso a los cargos públicos compromete la propia preservación del Estado social, democrático, pluralista y constitucional de derecho, tanto como la protección de las libertades y derechos de todos los asociados.

En fin, las aludidas exigencias se encaminan a fijarle unas condiciones sustanciales a la competencia asignada a quienes ejercen la función electoral y no tiene nada que ver con restringir la libertad del elegido; de ahí que las mismas no quiebren o vulneren sino realicen el principio de legalidad, sin que se pueda imponer la restricción de una interpretación enmarcada en la literalidad a ultranza

de un precepto aislado, en cuanto no se trata de restringir las libertades sino de preservarlas y materializarlas, esto es, realizarlas efectivamente.

Como pudo constatar la Sala y se deriva de los distintos métodos de interpretación jurídica aplicados en la presente sentencia, el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– debe ser leído a la luz del conjunto de normas constitucionales sin agotarse en su texto o en su letra. 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.

Los distintos métodos de hermenéutica jurídica traídos a colación en la presente sentencia respaldan el entendimiento según el cual resulta preciso trascender la literalidad del inciso segundo del artículo 126 C.P. y confirman que una interpretación estrictamente literal del precepto en cuestión no solo sería contraria al compendio axiológico del texto constitucional leído en su conjunto, sino que traería consecuencias muy negativas en relación con la materialización del principio democrático y el equilibrio institucional, así como desconocería la obligación de impedir la concentración del poder y el ejercicio arbitrario, injustificadamente discriminatorio, desproporcionado y abusivo del mismo.

Así, en aras de preservar el verdadero sentido de las normas constitucionales que sustentan la provisión de cargos públicos miradas a la luz de distintos horizontes interpretativos, ha de concluirse que en los procesos de elección la persona del original elector debe entenderse incluida en el alcance de la salvaguarda establecida por el inciso segundo del artículo 126 C.P., sin que ello comporte "extender", "ampliar", ni "interpretar analógicamente o restrictivamente" el precepto aludido.

Conclusión que se ve reforzada con el mandato contemplado por el inciso tercero del artículo 255 C.P., en cuanto prevé que los miembros del Consejo Superior de la Judicatura no podrán ser escogidos entre los magistrados de las mismas corporaciones postulantes, lo que evidencia que se habrá de estar

vigilante para que la designación de los magistrados de la Sala Administrativa no recaiga entre quienes integran el órgano elector.

El propósito principal de la norma citada consiste en impedir la concentración del poder en algunos y en evitar que se introduzca la práctica de la cooptación plena, proscrita por la Constitución de 1991. Esto es así, porque el concepto de Estado democrático exige que se garantice la participación y el pluralismo y, a la par, se asegure la materialización del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, lo que debe ocurrir de manera objetiva, asegurando procesos en los que impere el mérito y la transparencia y no el clientelismo ni el intercambio de favores, ajenos a los principios que rigen la función pública.

Se trata también de preservar la autonomía de la rama judicial y de garantizar la libertad en el momento de elegir a los representantes de las distintas jurisdicciones en los órganos de dirección y administración de la rama, asegurando la representación de la administración de justicia, pero siempre en el sentido de afianzar el principio democrático y no de desvirtuarlo o desconocerlo.

Y, cabe nuevamente insistir en que los preceptos vulnerados no tienen una naturaleza sancionadora, por lo que no se deriva de los mismos una restricción a la libertad. Constituyen una regulación acerca de la manera como debe ejercer su competencia quien ejerce la función electoral, sujetándola a unos estrictos requerimientos jurídicos, para preservar los principios propios del Estado social, democrático y pluralista de derecho, sin cuya observancia, la elección carece de validez y así habrá de declararse.

5. Caso concreto

En el presente asunto los demandantes solicitan que se declare la nulidad del acto expedido por la Corte Suprema de Justicia para elegir y confirmar al doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por quebrantar los artículos 126, 209 y 255 constitucionales.

4.1. De lo probado en el expediente

Los elementos de convicción allegados oportunamente al expediente de la referencia, permiten establecer que el doctor Pedro Octavio Munar Cadena, en calidad de magistrado de la Corte Suprema de Justicia; desde el 11 de noviembre de 2003 hasta el 31 de octubre de 2011, intervino en la elección de los siguientes magistrados de la misma Corporación, según consta en actas[27].

NOMBRE DEL MAGISTRADO	FECHA EN LA QUE TUVO LUGAR LA ELECCIÓN

[27] Cuaderno principal, folio 28.

1. JORGE MAURICIO BURGOS RUÍZ	23 DE NOVIEMBRE DE 2010
2. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ	21 DE FEBRERO DE 2008
3. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO	23 DE NOVIEMBRE DE 2010
4. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO	10 DE FEBRERO DE 2011
5. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN	10 DE MAYO DE 2007
6. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA	13 DE JULIO DE 2006
7. RIGOBERTO ECHEVERRYI BUENO	27 DE OCTUBRE DE 2011
8. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ	26 DE JUNIO DE 2007
9. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ	23 DE NOVIEMBRE DE 2010
10. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS	23 DE NOVIEMBRE DE 2010
11. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE	23 DE NOVIEMBRE DE 2010
12. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO	14 DE SEPTIEMBRE DE 2011
13. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA	13 DE JULIO DE 2006
14. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ	26 DE JUNIO DE 2007
15. JAVIER ZAPATA ORTÍZ	31 DE AGOSTO DE 2005

También resulta factible confirmar que el 24 de enero de 2013, en sesión ordinaria de Sala Plena, la Corte Suprema de Justicia, según aparece visible en acta número 1º, confirmó la designación en propiedad del doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura[28], realizada en sesión celebrada el 13 de noviembre de 2012, según acta de la fecha, a cuyo tenor: *"a las nueve y cincuenta minutos de la mañana (9:50 am), se reunió la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sesión ordinaria. La Secretaría General de la Corte procedió a llamar a lista con el fin de verifica el quórum para la sesión de la fecha. Cumplido este acto, informó al doctor*

---

[28] Cuaderno principal, folio 29.

JAVIER ZAPATA ORTÍZ, Presidente de la Corporación, que en el recinto se encontraban presentes 19 magistrados", tal como consta en acta número 35*.* En el mismo documento se dejó constancia de las siguientes circunstancias[29]:

i) Que la sesión tuvo por objeto designar el magistrado que reemplazaría al doctor Jorge Antonio Rugeles a quien se le aceptó la renuncia a su cargo, como magistrado de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a partir del 1º de noviembre de 2012.

ii) Que el presidente de la Sala de Casación Laboral de la corporación –Luis Gabriel Miranda Buelvas– sometió a consideración de la Sala Plena los nombres de los señores Sigifredo Espinosa Pérez, Pedro Octavio Munar y Romelio Elías Daza Molina.

iii) Que sometidos los nombres a votación se obtuvo, inicialmente, el siguiente resultado:

> *"Romelio Elías Daza Molina (0 votos); Sigifredo Espinosa Pérez (4 votos); Pedro Octavio Munar (11 votos); Eduardo Reina Andrade (1 voto); Roberto Suárez (0 votos)".*

iv) Que posteriormente se sometió a votación de la plenaria los nombres de quienes obtuvieron el mayor número de votos, esto es, los doctores Pedro Octavio Munar Cadena y Sigifredo Espinosa Pérez. Con el siguiente resultado:

> *"En la primera ocasión el Dr. Munar obtuvo 13 votos y el Dr. Espinosa 3 votos; además hubo tres votos en blanco; en la segunda ocasión se sometió a consideración a los dos Doctores de forma individual y los resultados fueron: el Dr. Munar obtuvo 14 votos, 5 en blanco; y cuando se sometió en forma individual el nombre del Dr. Espinosa, él obtuvo 8 votos, 11 votos en blanco. Posteriormente, por petición de la Dra. Cabello Blanco, se sometió a votación los nombres de los doctores, uno por uno, y se obtuvieron los siguientes resultados: En la votación del Dr. Munar, a favor 14 votos, votos en blanco 5 y un total de 19. Luego en la votación del Dr. Espinosa, él obtuvo 5 votos, hubo 14 votos en blanco y un total de 19 votos. Finalmente, en la última votación el resultado fue el siguiente: Pedro Octavio Munar (16 votos); votos en blanco (3 votos) y total de votos (19 votos)".*

v) Que en esta última votación se dejó constancia de que los magistrados Arturo Solarte Rodríguez y María del Rosario González Muñoz votaron en blanco, en tanto el magistrado Jesús Vall de Rutén Ruiz votó por el doctor Pedro Octavio Munar Cadena.

vi) Que, en consecuencia, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia declaró elegido al doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en reemplazo del doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles a quien se le aceptó la renuncia, a partir del 1º de noviembre de 2012.

---

[29] Cuaderno principal, folios 32-36.

Pudo comprobar la Sala, asimismo, que, tal como se plantea en la demanda, el doctor Pedro Octavio Munar Cadena participó en la designación de varios de los magistrados que lo eligieron a él para llenar la vacante en el Consejo Superior de la Judicatura y, más concretamente, en la designación de las siguientes integrantes de la Corte Suprema de Justicia que participaron en su elección:

> *Jorge Mauricio Burgos Ruíz (23 de noviembre de 2010); José Leonidas Bustos (21 de febrero de 2008); Fernando Alberto Castro Caballero (23 de noviembre de 2010); José Luis Barceló Camacho (10 de febrero de 2011); Elsy del Pilar Cuello Calderón (10 de mayo de 2011); Fernando Giraldo Gutiérrez, Luis Gabriel Miranda Buelvas y Carlos Ernesto Molina Monsalve (23 de noviembre de 2010); Luis Guillermo Salazar Otero (14 de septiembre de 2011); Julio Enrique Socha (13 de julio de 2006) y Javier Zapata Ortiz (31 de agosto de 2005)*[30]*.*

4.2. Nulidad de los actos mediante los cuales se eligió y confirmó como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura al doctor Pedro Octavio Munar Cadena, por quebrantar el inciso segundo del artículo 126 C.P., tanto como el artículo 209 C.P. y el inciso final del artículo 255 C.P.

El material probatorio aportado al proceso de la referencia permite a la Sala constatar que, en el presente caso, se quebrantó la norma contemplada en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ–, en cuanto magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados en sus cargos con la intervención del doctor Pedro Octavio Munar Cadena, participaron en la elección de este mismo como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura lo que comporta la nulidad de los votos emitidos y, asimismo, la exclusión del resultado, de donde es claro que el doctor Munar Cadena no obtuvo la mayoría indispensable, lo que vicia de nulidad su elección.

Como se dejó planteado en las consideraciones precedentes, la finalidad de la norma desconocida no es otra distinta a la de prevenir la colusión real entre el interés de ser favorecido por la elección a un alto cargo público –ambicionado por muchos– y los intereses generales que buscan elegir al mejor, bajo estricto respeto de los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad y evitando el ejercicio concentrado e ilimitado del poder. Precepto que para el caso que se examina resulta de imposible alcance, si se dejan de observar las condiciones objetivas para acceder a los cargos públicos previstos en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ–.

---

[30] La doctora María del Rosario González y el doctor Arturo Solarte Rodríguez (26 de junio de 2007) votaron en blanco.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la Sala que la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su función electoral, en el asunto que se examina, no solo desconoció la salvaguarda prevista por la norma en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducida en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– que impide a los servidores públicos intervenir en la elección de quien los designó, sino que, en ese orden de ideas, tampoco respetó los principios que informan la función pública y dio pie para que se presentaran prácticas desconocedoras del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos; adicionalmente propició que se introdujera de manera velada la cooptación plena.

En las consideraciones que preceden se recuerda que, a voces del artículo 3º C.P., los poderes públicos deben ejercerse según los términos que la Constitución establece. No obstante, lo que constata la Sala es que en el caso bajo examen ello no sucedió. La elección y confirmación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no se supeditó a las disposiciones constitucionales y en ello le cabe razón a los demandantes.

En ejercicio de su función electoral la Corte Suprema de Justicia pasó por alto el principio de participación democrática amplia, es decir, bajo condiciones aptas para permitir el acceso del mayor número de personas posible, teniendo en cuenta el principio del pluralismo, así como los principios que informan la función pública y velan por que el interés general prime sobre el particular. La elección y confirmación del doctor Munar Cadena quebrantó exigencias de mérito e igualdad en el acceso y propició la acumulación y concentración del poder en unos pocos.

Pese a la existencia de severos requerimientos constitucionales a los que debió sujetarse la elección del doctor Pedro Octavio Munar Cadena, pudo evidenciar la Sala que, lejos de que estas exigencias fueren observadas, lo que ocurrió fue todo lo contrario. Se desconocieron salvaguardas que constituyen el sustento de la legitimidad del acceso a los cargos públicos. En suma, el material probatorio aportado al proceso de la referencia le permite a la Sala concluir que en el presente caso se quebrantó el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ–; asimismo se desconoció el artículo 209 C.P. superior y claramente se vulneró la previsión contemplada en el inciso final del artículo 255 C.P. conforme a la cual los miembros del Consejo Superior de la Judicatura “*no podrán ser escogidos entre los magistrados postulantes”.*

En la medida en que los magistrados que fueron designados como integrantes de la Corte Suprema de Justicia con la participación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena intervinieron en la designación del mismo como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, ello significa que los votos emitidos en el trámite administrativo electoral son nulos y deben ser excluidos del resultado, con lo cual resulta evidente que el doctor Munar Cadena no obtuvo la mayoría indispensable y ello vicia de nulidad su elección.

Debe tenerse en cuenta, ahora, lo mencionado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido de que cuando la vía de acceso al cargo público

no es la elección popular directa y consiste más bien en el ejercicio de la función electoral confiada a ciertas autoridades dentro de la organización estatal, la legitimidad del poder atribuido a quien accede al cargo dependerá, en gran parte, de la sujeción del acto electoral a las exigencias constitucionales, tanto como de permitir a la ciudadanía el ejercicio cabal de los controles democráticos establecidos en el ordenamiento jurídico, para velar porque tales requerimientos se cumplan e impedir que los mismos se hagan nugatorios.

Los electores no pueden defraudar la confianza en ellos depositada, pues, de la manera como ejerzan su competencia, depende la posibilidad de que opere un control democrático indirecto del ejercicio del poder, el que comporta que la elección se realice del modo más objetivo y transparente posible garantizando, en todo caso, que **i)** el acceso al cargo se efectúa en condiciones de igualdad, equidad y mérito y, por consiguiente, **ii)** al margen del favoritismo sustentado en el intercambio de favores y prácticas clientelistas.

En fin, las consideraciones realizadas por la Sala con proyección de una unificación jurisprudencial llevan a verificar que el ejercicio de la función electoral como vía de acceso a las altas magistraturas en el Estado se encuentra reglado por el marco constitucional, legal y reglamentario. Su resultado no puede, por tanto, contrariar la integración de los máximos órganos estatales, acorde con los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad. Hacerlo, significa una desviación del poder y, en el asunto sub judice, da lugar a que los actos expedidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia para elegir y confirmar la elección del doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se declaren nulos por quebrantar el inciso segundo del artículo 126 C.P.; el artículo 209 C.P. y el último inciso del artículo 255 C.P.

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

RESUELVE

DECLÁRASE la nulidad de los actos de elección y confirmación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena proferido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 13 de noviembre de 2012 y el 24 de enero de 2013, respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese a las partes, a los intervinientes, a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa y al Ministerio Público. Cúmplase. Ejecutoriada la presente providencia, archívense las diligencias.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Vicepresidenta

HERNÁN ANDRADE RINCÓN **GERARDO ARENAS MONSALVE**

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS **LUCYJEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

SUSANA BUITRAGO VALENCIA **STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ **ENRIQUE GIL BOTERO**

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZARANGUREN **SANDRA LISSET IBARRA**

CARMEN TERESA ORTÍZ DE RODRÍGUEZ **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ **DANILO ROJAS BETANCOURTH**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA **OLGA VALLE DE DE LA HOZ**

GUILLERMO VARGAS AYALA **ALFONSO VARGAS RINCÓN**

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO **LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Comedidamente me permito explicar la aclaración al voto que emití en favor de la sentencia de la referencia, sentencia que, a partir de una interpretación jurídica integral del artículo 126 de la Constitución Política, determinó que los magistrados no pueden designar en cargos públicos a quienes antes intervinieron en la designación propia. De ese modo, la sentencia terminó por anular la elección del señor Munar Cadena como miembro del Consejo Superior de la Judicatura, debido a que él mismo había en el pasado intervenido en la escogencia de muchos de los magistrados que luego votaron por él para investirlo como miembro de ese consejo.

En la sentencia se afirma que la elección o el nombramiento de un servidor público es un acto administrativo reglado, sujeto a estrictas exigencias necesarias para darle transparencia, imparcialidad e igualdad al proceso de vinculación de los particulares a la función pública. Y eso es parcialmente cierto. Me explico: en general, me parece que debemos llamar ***designación*** **a**l acto por el cual se le confiere la calidad de servidor público a un particular que, por ende, ingresa al servicio.

Teniendo en cuenta ciertos caracteres de los órganos competentes para eso, la susodicha ***designación*** cambia de nombre. Si son órganos unipersonales decimos que ese órgano nombró a fulano como empleado o servidor público. En cambio, si el órgano es colegiado decimos que alguien fue elegido como empleado o servidor público. El pueblo funge como una suerte de órgano colegiado y decimos que el pueblo ***eligió*** presidente, gobernador o alcalde. Y eso denota lo que ocurre en realidad. El nombramiento proviene de un órgano unipersonal que con solo expresar su voluntad configura el acto. En un órgano colegiado es preciso contabilizar una suma de voluntades y será una determinada mayoría la que haga la designación, esto es, el órgano colegiado no nombra, sino que elige, pero sí designa.

Pero ambos órganos escogen entre varias opciones. Y aquí radica el punto de si la designación es un acto jurídico reglado o discrecional.

El acto administrativo tiene varios elementos y uno es el que sirve de apoyo para clasificarlo en discrecional o reglado. Se trata del elemento contenido u objeto. Los

demás elementos quizás permitan otras clasificaciones del acto, pero no esto de acto reglado o discrecional.

La competencia formal del órgano, los procedimientos previos, la forma, la motivación y la finalidad del acto son elementos reglados. Pero el contenido no siempre. Si el órgano tiene libertad de configuración del objeto o del contenido del acto, el acto es discrecional. Empero, si el órgano carece de esa libertad y solo tiene una opción válida, el acto deviene reglado.

Los nombramientos que resultan de un concurso de méritos no son discrecionales: son reglados, pues el órgano no puede escoger entre varios de modo que cualquier candidato puede ser válidamente designado.

Las designaciones hechas, por elección o nombramiento, entre un conjunto de aspirantes son discrecionales.

La afirmación categórica de la sentencia en el sentido de que “el acto de elección o nombramiento” es reglado no es precisa. El procedimiento sí puede ser reglado, pero la designación misma no.

Pero aun el acto discrecional no escapa al control, pues los principios generales de derecho, la proporción de medio a fin, la razonabilidad, etc., son límites al ejercicio de los poderes discrecionales.

En el presente caso se halló que el designado por la corte como magistrado fue escogido con violación de una norma constitucional, el artículo 126, que, en consonancia con otras normas, incluidas las que contienen los principios de la función pública, señalan que quien intervino en la designación de alguien no puede esperar que ese alguien lo nombre o lo designe en un cargo público, puesto que eso no favorece la igualdad, la transparencia y la probidad de las funciones estatales.

Si bien la designación no podía recaer en la persona del señor Munar Cadena, eso no hacía reglado el acto de elección de magistrados, pues estos siempre se escogen entre un universo de aspirantes, no muy grande, pero hay siempre la oportunidad de escoger y eso torna al acto en un acto discrecional, no totalmente, pues los actos totalmente discrecionales no existen, pues ya expliqué que la discrecionalidad tiene límites.

Se anuló el acto de designación de Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura porque la Corte violó de forma directa el artículo 126 de la Constitución, que prohíbe la elección de personas que antes me eligieron a mí.

Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Fecha *ut supra*

SALVAMENTO DE VOTO
Consejera: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

No comparto la decisión mayoritaria de la Sala de declarar la nulidad de los actos de elección y confirmación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena, como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, actos proferidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 13 de noviembre de 2012 y el 24 de enero de 2013.

Teniendo en cuenta que la Sala mantuvo los argumentos expuestos en la sentencia del 15 de julio del 2014, en la que se discutió la legalidad de la elección del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez y frente a la cual manifesté mi salvamento de voto, procedo a reiterar los motivos por los cuales me aparté de la decisión en esa oportunidad.

Debo precisar que en el artículo 126 CP no está incluida la limitación de intervenir en la designación o elección de quien fue el elector, pues como lo expondré, ni la Asamblea Constituyente ni hasta el momento en que se dicta la sentencia objeto de salvamento, se había estudiado la posibilidad de considerar incluida esa restricción para las elecciones de los magistrados de las Altas Cortes, como se verá. El Título VIII de la Constitución – De la Rama Judicial- contiene una normativa especial que regula los requisitos, prohibiciones y otras limitaciones para ser magistrado, razón por la cual, era impensable la necesidad concordar esas disposiciones con el artículo 126 CP; sin embargo, en la práctica y con el

paso de los años lo que se ha demostrado es que las elecciones pueden permitir el pago de favores o la concentración del poder.

Entonces, en ese contexto normativo y fáctico es posible concluir que, desde el punto de vista filosófico y ético y de la concordancia del artículo 126 CP con los principios previstos en el artículo 209 CP, el ejercicio de la función electoral no puede propiciar la concentración del poder ni afectar los principios de transparencia, imparcialidad y el derecho de acceder a los empleos públicos en condiciones de mérito, igualdad y equidad.

En esas condiciones, mi desacuerdo radica en que se afirme en la sentencia que el inciso segundo del artículo 126 CP incluye la restricción a la competencia para elegir, no sólo a los ascendientes o descendientes del elector sino al propio elector pues, insisto, la norma no hizo referencia expresa a esta limitación y la cual surge sólo a partir de un análisis a la luz de los principios constitucionales contenidos en el artículo 209 CP. Además no puede desconocerse que el criterio que ahora expone la Sala le dio un giro de 180° al artículo 126 de la Constitución Política de 1991, esto es, 23 años después de su expedición, razón por la cual, tampoco comparto que esta interpretación haya sido aplicada de manera inmediata y al caso concreto lo cual, a mi juicio, vulnera los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima.

Precisadas así, de manera general, las razones por las cuales me separé de la decisión mayoritaria de la Sala, procedo ahora a exponer los argumentos en que se sustentan.

1. Verdadera génesis del artículo 126 de la Constitución Política

La sentencia al analizar el origen del artículo 126 CP y sus cambios en la Asamblea Nacional Constituye afirma lo siguiente:

> ***«Esta disposición surgió durante la Asamblea Nacional Constituyente con el propósito claro de impedir que los servidores públicos nombren a quien intervino en su designación****. Con ello se buscó evitar la transacción de cuotas personales como determinantes del acceso a los cargos de elección popular o vía acto administrativo electoral. (…)»*[31]*. (Negrillas fuera de texto)*

---

[31] **Primer párrafo página 19**

Debe precisarse que la redacción del artículo 126 CP no surgió en la Constitución de 1991, pues el artículo 156 de la Constitución de 1886, modificado por el Acto Legislativo 01 de 1945, ya preveía en similares términos al actual artículo 126 CP, lo siguiente:

> ***ARTICULO 156.*** *En ninguna elección o nombramiento hecho por funcionarios judiciales o del Ministerio Público, podrán designarse personas que sean* ***parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad con alguno de los Magistrado o Jueces que intervienen en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación****.*

Como se advierte, la anterior disposición era aún más pertinente para el caso de las elecciones o designaciones que debían hacer los funcionarios judiciales, pero dicho texto, al igual que ocurre con el actual artículo 126 CP, solo hacía referencia a los parientes de quienes intervenían en la elección y no incluía tampoco la limitante de designar o elegir a quien intervino en la elección del ahora elector[32].

Entonces, aunque la Asamblea Constituyente quiso incluir en el artículo 126 CP que *«en ninguna elección o nombramiento podrán designarse personas que […] han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación»,* lo cierto es que, como se señala en la sentencia, la Asamblea advirtió que tal redacción *«generaría en los casos de elección popular —en particular para el presidente, los gobernadores y alcaldes—* ***el problema consistente en que los popularmente elegidos sólo podrían nombrar a aquellos que no intervinieron en su elección, es decir, a los integrantes de la oposición****. Con el fin de superar este escollo, se introdujo una modificación con el espíritu de dejar plasmado que el servidor público elegido por votación popular no puede nombrar a personas que sean familiares o cónyuges de aquellos que lo designaron»[33]. (Negrillas fuera de texto)*

---

[32] Resulta pertinente tener en cuenta que, el doctor Álvaro Tafur Galvis no aceptó la designación hecha por el Consejo de Estado para hacer parte de la recién creada Corte Constitucional, precisamente con fundamento en la limitante del **parentesco** que traía el artículo 154 de la Constitución de 1886. Al respecto, un medio de comunicación informó lo siguiente: *"Algunas fuentes dijeron, sin embargo, que el jurista considera que aún subsiste una prohibición consagrada en la Carta de 1886* ***que impide que en la elección de un funcionario judicial pueda tener injerencia un familiar suyo.*** *Tafur recordó a sus allegados que* ***su padre hizo parte del Consejo de Estado y participó en la elección de algunos de los magistrados que ahora lo eligen a él.*** *El artículo 174 (sic) de la anterior Constitución señalaba: En ninguna elección o nombramiento hecho por funcionarios judiciales o del ministerio público podrán designarse personas que sean parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad con alguno de los magistrados o jueces que intervienen en la elección o nombramiento, o con los que han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación"*.

[33] **Pág. 19 segundo párrafo**

Por consiguiente, en las discusiones de la Asamblea Constituyente, la consideración sobre el elector no se refirió al asunto discutido en este caso concreto, porque la preocupación se manifestó únicamente frente a los elegidos por voto popular y en relación con los parientes del elector, en ese sentido, el artículo 126 CP es la materialización del querer del Constituyente y la fórmula que, desde la Carta de 1886 y hasta ahora, se entendía suficiente para combatir el clientelismo en las instituciones.

En esas condiciones, lo cierto es que en el artículo 126 CP no quedó incluida la prohibición de intervenir en la designación o elección de quien fue el elector, como tampoco se puede deducir de su tenor literal, como expresamente lo reconoce la decisión mayoritaria de la Sala, pues es necesario trascender de su literalidad y analizarlo a la luz de principios y valores insertos en la Carta para entender incluido al funcionario elector.

2. La integración normativa del artículo 126 CP con la normativa que rige la elección de los magistrados de las Altas Cortes

Ahora bien, para comprender por qué hasta este momento no se consideró como limitante a la función electoral, la de elegir a quien participó en la elección o designación de quien ahora es elector, es necesario realizar una verdadera integración normativa con todos los preceptos que rigen la elección de los magistrados de las Altas Cortes, para reafirmar que la única inhabilidad expresa estaba referida a los parientes del elector y, por tanto, era impensable, hasta ahora, que pudiera incluirse al propio elector.

En la sentencia objeto de este salvamento, la integración normativa que se utilizó para entender el verdadero alcance del artículo 126 CP, se restringió a lo previsto en el Preámbulo y en los artículos 1º, 2º, 3º, 209 y 255 de la Constitución, así se indicó en las consideraciones:

> *«Como se dejó señalado, las disposiciones en mención –**artículo 209 C.P. e inciso final del artículo 255 CP- contribuyen junto con los referentes valorativos y principios consignados en la Constitución[34] a precisar el***

---

[34] En este punto se refiere al Preámbulo y arts. 1, 2 y 3 CP, a que hace alusión la sentencia en el segundo párrafo de la página 23 cuando dice: *«El Preámbulo y los artículos 1º y 2º de la Constitución, hacen patente la aspiración de constituir una sociedad dentro de un "marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo", instituido a partir de un Estado social de derecho, pluralista, dado a la prevalencia del interés general. Igualmente, el artículo 3º CP prescribe la actuación de los poderes públicos en consonancia con esos valores y principios fundantes por lo que su ejercicio se justifica y será válido única y exclusivamente si gira alrededor de la concretización de tales mandatos».*

> ***sentido y alcance del inciso segundo del artículo 126 CP*** *y respaldan el punto de vista según el cual la norma allí consignada debe interpretarse de manera integral en el contexto de todas las disposiciones constitucionales concordantes, de donde se concluye que su entendimiento no puede contraerse a la literalidad de la norma»*[35].

Sin embargo, como se señaló, el artículo 126 CP establece únicamente la prohibición de nombrar a los parientes del elector y no puede perderse de vista que el artículo 126 CP había sido interpretado hasta hoy, en su sentido literal, para entender que solo cobijaba a los parientes y no al propio elector.

Lo anterior tenía también su sustento en que se había considerado que el constituyente había establecido un conjunto normativo del cual podía inferirse que se había cerrado la puerta para que los magistrados de Altas Cortes pudieran ocupar otros cargos bien sea en la misma Rama Judicial o en la Rama Ejecutiva, en ese contexto, nunca se pensó que existiera otra limitación subyacente en el artículo 126 CP, como ahora se plantea con la decisión mayoritaria de la Sala, esto es, 23 años después de expedida la Carta.

Los límites y restricciones que operan para la elección de los Magistrados de las Altas Cortes, así como para que puedan acceder a otros cargos, están contenidos en los artículos 197, 232, 233, 239 y 240 CP, con lo cual también se entendía que no existía la posibilidad de una «cooptación plena», pues dichas normas cierran la puerta para que los mismos integrantes de las Cortes se postulen magistrados para conformar otra Corporación, máxime si se tiene en cuenta que cuando el Constituyente quiso imponer limitaciones a quienes intervienen en la elección o postulación de un candidato, así lo dispuso expresamente en el artículo 267 CP *in fine,* que prevé:

> ***Art. 267.*** *Ejercicio del control fiscal y el Contralor General de la República. (…) En ningún caso* ***podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos****.*

Así pues, los artículos de la Constitución antes indicados y que regulan las elecciones de los magistrados, disponen lo siguiente:

---

[35] **Pág. 25 segundo párrafo**

ARTICULO 197. *Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente: Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos".*

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente *quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179,* ***ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:*** *Ministro, Director de Departamento Administrativo,* ***Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura****, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcaldes.*

ARTICULO 233. *Los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado* ***serán elegidos para un período de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso****.*

ARTICULO 239. *La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.*
Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.
Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

ARTICULO 240. No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado*.*
(Negrillas fuera de texto)

Adicionalmente, debe resaltarse que los requisitos para ser Magistrado, contenidos en el Título VIII de la Carta[36], como el periodo y la edad de retiro forzoso, permiten concluir que el acceso a estos cargos debe suponer para el elegido alcanzar la cúspide en su carrera profesional y con ello terminar su ejercicio público, lo cual reafirma que ese debe ser el sentido que orienta la elección en estos cargos. No obstante, no puede desconocerse que tal finalidad

---

[36] **CP. Art. 232.** Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere: 1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio. 2. Ser abogado. 3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. 4. Haber desempeñado, durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. **PARAGRAFO.** Para ser Magistrado de estas corporaciones no será requisito pertenecer a la carrera judicial.

en la práctica no se ha cumplido, pues estos cargos se han utilizado como peldaño para acceder a otra alta Corte e incluso a otros cargos por fuera de la Rama Judicial, lo cual ha llevado a una concentración del poder.

En esas condiciones, teniendo en cuenta que la decisión mayoritaria de la Sala parte de la necesaria e indispensable integración normativa, debe precisarse que dicha concordancia no podía estar limitada, como quedó planteado en la sentencia, únicamente a lo dispuesto en el Preámbulo, arts. 1 a 3º CP y, en especial, en los artículos 209 CP (principios de la función pública) y 255 CP (calidades para ser miembro del Consejo Superior Judicatura), sino que debía tenerse en cuenta todas las demás normas constitucionales que también tienen relación con la elección de los magistrados de las Altas Cortes, lo cual permitía contextualizar un elemento que considero era muy importante en la decisión, esto es, por qué hasta ahora se había interpretado que la Carta regulaba de manera detallada y expresa la elección de los integrantes de las Cortes y no existía la posibilidad de incluir alguna otra limitante al acto de elección.

Ahora bien, aunque comparto la conclusión de la sentencia objeto de este salvamento, de que el artículo 126 CP no se podía interpretar únicamente a la luz del nepotismo, sino que era necesario una integración normativa de los principios previstos en la Constitución, debo insistir en que esta interpretación que hace la Sala, sin duda, le da una nueva visión al precepto o, en otras palabras, un giro de 180º, al artículo 126 CP respecto del cual se había considerado hasta hoy como una «prohibición» a la cual no podía dársele una interpretación analógica ni extensiva, para ahora nutrir esta disposición de un sentido ético y filosófico que irradia la Carta, pero lo cierto es que ni el artículo 126 CP ni las demás normas constitucionales que se transcribieron preveían la limitación del propio elector.

En consecuencia, solo puede hablarse de una verdadera integración normativa si se analizan las normas antes citadas y las implicaciones que en la interpretación del artículo 126 CP han tenido dichos preceptos –y que se echan de menos en la sentencia objeto de este salvamento- durante toda la vigencia de la Carta hasta hoy, es decir, que a esos preceptos y a su interpretación literal se restringía lo que hasta ahora se había entendido por los requisitos y demás presupuestos para ser elegido magistrado de una Alta Corte.

Solo en el anterior contexto puede partirse válidamente de la premisa que trae la sentencia, esto es, que el artículo 126 CP no podía ser visto sin tener en cuenta todo el conjunto de normas antes enunciado y que permite concluir que, con el transcurso de los años, lo que se ha evidenciado es la concentración del poder y la posibilidad de pasar de una alta Corte a otra.

3. El análisis del artículo 255 CP y sus implicaciones en el análisis del caso concreto.

La sentencia hace referencia al artículo 255 CP en los términos que se transcriben a continuación:

Página 14:

«Con el fin de resolver el problema jurídico, la Sala expondrá los motivos que justifican una interpretación integral del inciso en cuestión [inciso segundo del art. 126 CP] (…). Así las cosas, observará el siguiente orden propositivo: i)El derecho fundamental de acceso a cargos públicos –art. 40 superior- no es absoluto.(…) (ii) la génesis del artículo 126 constitucional y la sujeción de los actos de elección a los principios que orientan la función pública y a los dirigidos a impedir la concentración del poder en un órgano creado con el propósito de mantener la autonomía e independencia judicial –artículos 209 y 255 C.P.-; iii) (…)».

Página 24:

«De las dos disposiciones constitucionales en mención [arts. 209 y 255 CP], se deriva que el acto de elección o nombramiento es reglado y debe supeditarse al cumplimiento de estrictas exigencias encaminadas, entre otras, a: i) asegurar el derecho a 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; iv) asegurar el equilibrio constitucional».

«Así mientras el acto de elección debe cumplir de manera estricta con los principios que informan la función pública contemplados en el artículo 209 C.P., la salvaguarda contemplada en el inciso final del artículo 255 C.P. exige mantener el delicado equilibrio de "frenos y contrapesos" que busca el constitucionalismo, evitando que en el nombramiento de altas magistraturas se generen prácticas clientelistas de intercambio de favores que propician la concentración del poder en unos pocos».

«En fin, el aludido precepto [art. 255 CP] no tiene propósito diferente al de garantizar que el acto de elección cumpla los principios democrático y pluralista, al paso que hace patente el objetivo constitucional de impedir la concentración del poder y evitar que se generen círculos viciosos en la conformación del mismo. Esto es así, porque el concepto de Estado democrático exige que se garantice la participación y el pluralismo y, a la par, se asegure la materialización

del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, lo que debe ocurrir de manera objetiva asegurando procesos en los que impere la transparencia».

Página 25:

«Como se dejó señalado, las disposiciones en mención – artículo 209 C.P. e inciso final del artículo 255 C.P.- contribuyen junto con los referentes valorativos y de principio consignados en la Constitución a precisar el sentido y alcance del inciso segundo del artículo 126 C.P. y respaldan el punto de vista según el cual la norma allí consignada debe interpretarse de manera integral en el contexto de todas las disposiciones constitucionales concordantes, de donde se concluye que su entendimiento no puede contraerse a la literalidad de la norma».

Página 39:

«Bajo esa perspectiva, las restricciones impuesta a la competencia para elegir, previstas en el inciso segundo del artículo 126 C.P.- reproducido en 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 al clientelismo; iv) (sic) 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».

Página 40:

«Conclusión que se ve reforzada con el mandato contemplado por el artículo 255 C.P., en cuanto prevé que los miembros del Consejo Superior de la Judicatura no podrán ser escogidos entre los magistrados de las mismas corporaciones postulantes, lo que evidencia que se habrá de estar vigilante para que la designación de los magistrados de la Sala Administrativa no recaiga entre quienes integran el órgano elector».

«El propósito principal de la norma citada consiste en impedir la concentración del poder en algunos y evitar que se introduzca la práctica de la cooptación plena, proscrita por la Constitución de 1991. Esto es así, porque el concepto de Estado democrático exige que se garantice la participación y el pluralismo y, a la par, se asegure la materialización del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, lo que debe ocurrir de manera objetiva, asegurando procesos en los que impere el mérito y la transparencia y no el clientelismo ni el intercambio de favores, ajenos a los principios que rigen la función pública».

De lo anterior se advierte, que el análisis que hizo la sentencia respecto del artículo 255 CP, estuvo referido a resaltar que la finalidad de la norma apunta a evitar el pago de favores, el clientelismo y la concentración del poder.

Sin embargo, a mi juicio, en el estudio de la limitación prevista en el artículo 255

CP que establece *«Los miembros del Consejo Superior no podrán ser escogidos entre los magistrados de las mismas corporaciones postulantes»,* es decir, que se refiere a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional, considero que eran relevantes dos aspectos y que no son advertidos con suficiente profundidad en la decisión mayoritaria de la Sala, a pesar de la necesaria integración normativa para entender el verdadero alcance del artículo 126 CP. Estos aspectos son los siguientes:

3.1. Antecedentes de la Constitución.

Revisados los antecedentes de la Carta de 1991, se advierte que el artículo 255 CP fue incluido porque en ese momento de las discusiones, se había pensado que el Consejo Superior de la Judicatura evaluaría el rendimiento de jueces y magistrados a cualquier nivel, entonces se podría presentar un conflicto entre los electores y el elegido, pues este último iba a vigilar sus actuaciones.

Lo anterior se deduce de la siguiente intervención: *«Mal podrían estar representados los magistrados de la Corte y del Consejo de Estado, si ellos son objeto de control por parte del Consejo [Superior de la Judicatura], tanto disciplinaria como para efectos de su permanencia en los cargos, o sea, porque también creo que este organismo debe controlar el rendimiento de todos los magistrados a todos los niveles»*[37]*.*

En ese contexto fue que se redactó el artículo 255 CP, pero posteriormente el artículo 178 CP[38] dispuso que corresponde a la Cámara de Representantes, a través de la Comisión de Acusaciones, acusar ante el Senado a los Magistrados de altas Cortes y si se determina la existencia de delitos la Corte Suprema de Justicia es la competente para su juzgamiento. (art. 235 num. 2º CP)[39].

---

[37] Antecedentes de los artículos 254 a 257 de la Constitución. Pág. 17, 11 de abril de 1991.

[38] **ARTICULO 178.** La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales: 1. (…) 3. **Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales,** al Presidente de la República o a quien haga sus veces**, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado** y al Fiscal General de la Nación. 4. **Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado.**

[39] **ARTICULO 175. En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:**
1. El acusado queda de hecho suspenso de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida.
2. **Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.**
3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

En esas condiciones, la inclusión del artículo 255 CP obedeció a una intención que finalmente no se materializó en la Carta, pues el juez natural de los magistrados en ejercicio es la Cámara de Representantes (ente acusador) y el Senado o la Corte Suprema de Justicia (juzgamiento). Adicionalmente, los Magistrados de Altas Cortes al no tener superiores jerárquicos y no pertenecer a la carrera administrativa, no están sujetos a las calificaciones integrales que debe realizar el Consejo Superior de la Judicatura[40].

3.2. Finalidad actual de la norma

En la sentencia objeto de este salvamento, se hace especial énfasis en la existencia de un favorecimiento o relación de beneficio entre el elegido y el elector, en los siguientes términos:

> *«Como ya se había anunciado arriba y ahora se confirma, 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.***
> *(…)*
> *iii) A los argumentos semántico, sistemático y teleológico se suma uno 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***

---

4. El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, al menos, de los votos de los Senadores presentes.
ARTICULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1. (…)2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3.

[40] **L.270/96. ARTICULO 171**. **EVALUACION DE EMPLEADOS.** Los empleados de carrera serán evaluados por sus superiores jerárquicos anualmente, sin perjuicio de que, a juicio de aquéllos, por necesidades del servicio se anticipe la misma.

La calificación insatisfactoria de servicios dará lugar al retiro del empleado. Contra esta decisión proceden los recursos de la vía gubernativa.

L.270/96. ARTICULO 172. **EVALUACION DE FUNCIONARIOS.** Los funcionarios de carrera serán evaluados por la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura. Los superiores funcionales del calificado, remitirán de conformidad con el reglamento, el resultado de la evaluación del factor calidad, el cual servirá de base para la calificación integral.

La evaluación de los Jueces se llevará a cabo anualmente y la de los Magistrados de los Tribunales cada dos años.

La calificación insatisfactoria en firme dará lugar al retiro del funcionario. Contra esta decisión proceden los recursos de la vía gubernativa

***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**».*[41]

Entonces, de acuerdo con la relación de beneficio mutuo o interés que, según la decisión mayoritaria de la Sala puede existir entre el elegido y el elector en razón del cargo que ocupa y el desarrollo de sus funciones de las cuales pudieran favorecerse en algún ámbito, debe precisarse que en el caso concreto se trata del elector (magistrado de la Corte Suprema de Justicia) respecto de su elegido (magistrado del Consejo Superior de la Judicatura).

En ese contexto, las funciones que desempeña el elegido como miembro de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, ningún beneficio directo le puede reportar a su elector (magistrado de la Corte Suprema de Justicia)

Lo anterior, porque la única relación que puede tener el Consejo Superior de la Judicatura con las funciones que desarrolla la Corte Suprema están restringidas a enviar la lista de los magistrados para reemplazar vacantes en dicha Corporación, sin que de ello pueda derivarse un beneficio o utilidad directa para el elector, pues tanto la inclusión en las listas como la posterior elección no recae solamente en uno de los miembros sino que es colegiada[42].

La Sala Administrativa también tiene funciones presupuestales y de planeación de la Rama Judicial, pero los magistrados de ninguna Corte manejan recursos públicos[43].

Tampoco se observa algún beneficio o posible favorecimiento que pudiera representar al elegido magistrado del Consejo Superior de la Judicatura por tener a su elector en la Corte Suprema de Justicia.

Así pues, el único beneficio o forma de devolverle el favor al elector sería nombrando parientes de éste, situación que es la que ya está contemplada en la norma y que no es la situación fáctica planteada en el caso analizado por la Sala.

---

[41] **Pág. 29**
[42] **CP. Art. 256.** Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: 1.(…). 2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.3. (…). 4. (…). 5. Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al Gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso.
[43] **CP. Art. 256**

No obstante lo anterior, la prohibición de que los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura no puedan ser escogidos entre los magistrados de las corporaciones postulantes, que no es el caso, debe ser entendido también en su sentido finalístico y es el de cerrar la puerta a que los magistrados pasen de una Corporación a otra y se garantice así el derecho de acceder a los empleos en condiciones de mérito, equidad e igualdad e impedir la concentración de poder.

4. La sentencia del 23 de mayo de 2008 de la Sala Plena Contenciosa, constituye un precedente jurisprudencial en relación con el alcance y aplicación del artículo 126 CP

No comparto lo afirmado en la página 30 de la sentencia objeto de salvamento, que hace referencia a la sentencia del 23 de septiembre de 2008 de la Sala Plena en la que se estudió la legalidad del acto de elección del Dr. Nilson Pinilla, donde se sostiene que si bien existe similitud con este caso, *«(…) si se hace una lectura detenida del fallo, puede constatarse fácilmente que el análisis se centró en el cargo relacionado con la vulneración de la ley de cuotas y apenas se dedicó un pequeño párrafo al artículo 126, examen del que, de manera alguna, puede derivarse una posición de la Corporación sobre este aspecto y que prácticamente se convierte en un pronunciamiento de pasada u* obiter*, en este caso, por la ausencia de argumentación y de fundamentación jurídica que exhibe. (…)»*[44].

Al respecto debe señalarse que, si bien la razón fundamental para solicitar la elección en el caso de Nilson Pinilla estuvo centrada en la vulneración de la Ley de Cuotas, también hizo parte de la argumentación de uno de los demandantes, quien hoy también es actor en esta misma demanda – Rodrigo Uprinmy-, la violación al artículo 126 CP y, por tanto, constituyó un cargo autónomo para solicitar la nulidad de la elección, así lo expuso el demandante en la demanda:

> *«El acto de elección y, subsidiariamente, el acto intermedio de la Corte Suprema,* ***son nulos por violación del artículo 126 de la Constitución Política, por cuanto algunos de los Magistrados de la Corte Suprema que escogieron al demandado como miembro de la terna, estaban inhabilitados, porque éste, en su condición de Magistrado de la misma Corporación, intervino en la designación de sus nominadores. La inhabilidad también cobijó al demandado, puesto que no podía ser escogido por quienes él había designado o había intervenido en su designación.***

---

[44] **Pág. 36**

La prohibición del artículo 126 de la Constitución no se opone a la del 240 ibídem, conforme al cual no pueden ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes dentro del año anterior se hubieran desempeñado como Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, porque el primero busca evitar el pago de favores y prácticas corruptas por el hecho de que un funcionario designe en cargos públicos a quienes tienen competencia para intervenir en su designación; y, el segundo, garantiza la independencia de los Magistrados de la Corte Constitucional y la separación de los poderes públicos». (Negrillas fuera de texto).

En ese sentido, en la sentencia de la Sala Plena que decidió la demanda, una vez se negó el cargo de violación de la Ley de cuotas se asumió el estudio de este cargo de violación del art. 126 CP para concluir lo **siguiente**:

«El artículo 126 de la Carta Política dispone que los servidores públicos no pueden nombrar como empleados a personas con las que tengan vínculos de parentesco, matrimonio o unión permanente con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Y, señala que no pueden designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.
Dado que las inhabilidades, en cuanto son prohibiciones, deben aplicarse de manera restrictiva (artículo 31 del Código Civil), no puede ampliarse el alcance de la inhabilidad en comentario a hechos no previstos en la norma constitucional, como los que plantean los demandantes, pues, no está probado parentesco alguno entre los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el demandado, ***razón suficiente para desestimar el cargo»****. (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Como se advierte, la Sala en dicha oportunidad analizó este cargo de manera autónoma y sentó su criterio frente a la interpretación del artículo 126 CP, criterio que si bien fue sucinto y concreto, su extensión no es lo que permite afirmar que se trate de un *obiter dicta*, ni mucho menos puede aceptarse que se afirme en el proyecto que existe «ausencia de argumentación y fundamentación», por el solo hecho de que no haya sido extenso su estudio.

Según la sentencia C-241/10, el «*obiter dicta*» significa *«o lo que se dice "de paso" en la providencia;* ***esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las "consideraciones generales",*** *las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver.* ***El obiter dicta, no tiene fuerza vinculante y como se expresó, constituye criterio auxiliar de interpretación»****. (Negrillas fuera de texto)*

En ese contexto, no puede considerarse *obiter dicta* lo dicho por la Sala Plena en la sentencia del 23 de septiembre de 2008 respecto del artículo 126 CP, porque analizado este cargo, la Sala encontró que por esa razón no procedía la nulidad de los actos demandados, entonces el análisis si tiene una relación directa y constituye, en consecuencia, *ratio decidendi*, que como lo afirma la Corte en la sentencia citada, constituyen *«los argumentos contenidos en las sentencias que guardan relación directa y neural con la parte resolutiva y, que por lo mismo, se convierten en precedente obligatorio, denominado ratio decidendi».*

La decisión objeto de este salvamento, además, sostiene que *«**un solo caso fallado no constituye precedente**, por lo queda abierta la posibilidad de que la Sala ratifique el criterio expuesto en la oportunidad traída a colación o lo cambie, sin que para esto último medie una carga argumentativa suficiente. Así las cosas, **mientras no se presente un segundo caso que corrobore lo expuesto** en el asunto anterior, no es dable hablar de la existencia de precedente judicial, ni mucho menos de jurisprudencia aplicable al caso (…)»*[45]

Al respecto, debo insistir en que la sentencia del 23 de septiembre de 2008 si constituye un precedente jurisprudencial al caso concreto, sin embargo, debe también tenerse en cuenta que es el único pronunciamiento que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha realizado sobre el artículo 126 CP porque es la única vez que ha sido puesto a consideración de la Sala su interpretación y alcance frente a casos concretos. La misma decisión mayoritaria de la Sala reconoce esta situación, al sostener *"solo hay único caso en donde se analizó e interpretó el artículo 126 CP"*[46], cuando indica que no existe quebrantamiento de la confianza legítima.

En esas condiciones, constituye el único precedente o referente sobre la interpretación de la norma ha realizado esta Corporación y a la cual acudieron, por ser pertinente al caso, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia al momento de analizar los impedimentos que fueron alegados por algunos integrantes de esa Corte para hacer parte de la votación en la que se elegiría a uno de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y de la que hacía parte el doctor Pedro Octavio Munar Cadena.

---

[45] **Pág. 37**
[46] **Pág. 37**

Entonces, visto en contexto lo anterior, es decir, que los magistrados de la Corte se remitieron a la sentencia del 23 de septiembre de 2008 y que este es el único precedente, porque lo es, lo cierto es que estos aspectos no son tenidos en cuenta en la decisión de la Sala Plena y, por tal razón, le impiden analizar la situación en toda su integridad y lo llevan a concluir que no se desconoció el principio de confianza legítima[47].

Estimo además, que la sentencia objeto de este salvamento es incoherente cuando sostiene en un párrafo que "**un solo caso fallado no constituye precedente**" y luego, a renglón seguido, afirma que *«Para que pueda hablarse de precedente, se requiere un caso igual o bastante similar a otro resuelto con anterioridad. (…)»*[48]. En el *sub examine* los dos casos son similares y, por tanto, debe tenerse en cuenta la sentencia del 23 de septiembre de 2008 como precedente jurisprudencial.

No se discute lo que dice la sentencia en cuanto a que pueda rectificarse la jurisprudencia, pero eso tiene unas consecuencias en cuanto a la seguridad jurídica y la confianza legítima, pues se insiste, esta es la primera vez, después de 23 años de expedida la Carta, que se hace una interpretación diferente del artículo 126 CP, lo cual explicaré más adelante.

5. No se incluyó en la sentencia, la decisión de negar los impedimentos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia al momento de hacer la votación.

De manera consecuente con lo explicado en el punto anterior, considero que era relevante en el caso concreto, resaltar que la Corte Suprema de Justicia si tuvo en cuenta en el momento de la elección, la interpretación que correspondía darle al artículo 126 CP, al punto que con fundamento en esta norma, algunos magistrados se declararon impedidos para participar y finalmente votaron en blanco. Precisamente, para analizar el artículo 126 CP se remitieron a lo dicho por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 23 de septiembre de 2008 y, con base en este precedente jurisprudencial, les fueron negados los impedimentos.

Esta situación hace más evidente que la decisión de darle una nueva interpretación al artículo 126 CP y que se introduce apenas con este

---

[47] **Pág. 37**
[48] **Pág. 37**

pronunciamiento de la Sala Plena del Consejo de Estado, transforma el entendimiento que se le venía dando al precepto constitucional desde la expedición de la Carta de 1991 y que se ratificó con la sentencia de la Sala Plena del 23 de septiembre de 2008, situaciones todas estas que al ser unidas, les brindó a los miembros de la Corte Suprema de Justicia la confianza legítima y la seguridad jurídica de que tal como está redactado el artículo 126 CP, no había lugar a entender que debía incluirse al elector dentro de la inhabilidad prevista en la norma.

6. La decisión de la Sala debió tener en cuenta los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima

Teniendo en cuenta todo lo anterior debe precisarse que el doctor Munar fue elegido el **13 de noviembre de 2012**, fecha para la cual puede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo había expuesto su criterio en cuanto al artículo 126 CP en la sentencia del **23 de septiembre de 2008** y ésta jurisprudencia se mantuvo inmodificable hasta hoy.

Lo anterior, no puede ser ignorado ahora por la Sala pues es innegable que con su pronunciamiento se genera una posición disímil a la que ya había sido sostenida y, con base en la cual, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia concluyeron que no existía prohibición para votar por el doctor Munar.

En esas condiciones, en situaciones como la que analizó la Sala, cobran vigencia principios como la confianza legítima, la buena fe y la seguridad jurídica, con miras a respetar la actuación de quienes orientados por el criterio jurisprudencial dominante, en este caso el de la Sala Plena, en el sentido de que el hecho que el artículo 126 CP no incluía al elector, confiaron en que dicha jurisprudencia era la aplicable para efectos de determinar si podían postular y elegir al doctor Munar.

La *buena fe* es un principio general de derecho consagrado en la Constitución Política de 1991 para gobernar las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares[49]. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional[50], este principio consiste en:

---

[49] CP. Art. 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

[50] **C-131/04**

> *"**una exigencia de** honestidad, **confianza**, rectitud, decoro y **credibilidad que otorga la palabra dada**, **a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas**, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; (…) En pocas palabras, la buena fe **incorpora el valor ético de la confianza** y significa que **el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos**. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico".* (Negrillas fuera de texto).

En este sentido, la *buena fe* como soporte del sistema jurídico está inmersa en la jurisprudencia, pues a través de ella los jueces interpretan las leyes y con base en sus pronunciamientos se orienta la forma en que serán aplicadas. Por consiguiente, la jurisprudencia contribuye a imprimir certeza y seguridad jurídica a las relaciones entre las autoridades y los particulares.

Del principio de buena fe emana el de la confianza legítima, que la Corte Constitucional ha considerado como su proyección[51] y consiste en que *"el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar"*[52].

Explica la jurisprudencia constitucional 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, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente*[53]*. De allí que* ***el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación***[54]*".* (Negrillas fuera de texto).

---

[51] C-1094/09
[52] C-131/04
[53] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 17 de diciembre de 1992, *asunto Holtbecker*, en J. Boulouis y M. Chevallier, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, París, Dalloz, 1993, p. 77. En este fallo el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima se definía como la situación en la cual se encuentra un ciudadano al cual la administración comunitaria, con su comportamiento, le había creado unas esperanzas fundadas de que una determinada situación jurídica o regulación no sería objeto de modificación alguna.
[54] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 8 de junio de 1977, asunto Merkur. en J. Boulouis y M. Chevallier, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, París, Dalloz, 1993, p. 218. En esta sentencia el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima podía llegar a ser vulnerado

El principio de la confianza legítima fue desarrollado por la jurisprudencia alemana y recogido con la finalidad especial de proteger al administrado frente a los cambios intempestivos y bruscos que en su ámbito de influencia pudieran generar las autoridades administrativas, pretendiendo protegerle de situaciones en las que el administrado carece de un derecho adquirido y se genera por tanto, una ventana para que las autoridades intervengan en la situación para dar lugar a una modificación adversa al ciudadano.

En nuestros días, el principio de confianza legítima brinda *"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"* [55].

Es así como la jurisprudencia constitucional y la contencioso administrativa se han valido del principio de confianza legítima para proteger los derechos fundamentales de los administrados entendiéndolo como un principio, que a pesar de ser derivado de otros, adquiere una "*identidad propia en virtud de las propias reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado"*[56], por lo que la confianza en la administración no es sólo deseable sino además jurídicamente exigible.

La defraudación de la confianza legítima por parte del juez se genera cuando *"el administrado tiene razones plausibles para confiar en la estabilidad de las interpretaciones y discernimientos plasmados en forma repetida e insistente en las decisiones judiciales, las cuales tiene la connotación de "precedentes judiciales" y constituyen fuentes creadoras del derecho*[57]*"*.

El apartamiento de los precedentes jurisprudenciales debe encontrarse debidamente sustentado en una motivación razonable y suficiente, capaz de explicar el abandono de posturas y doctrinas seguidas por el propio órgano judicial

---

por la Comunidad Europea debido a la supresión o modificación con efectos inmediatos, en ausencia de unas medidas transitorias adecuadas y sin que se estuviera ante la salvaguarda de un interés general perentorio.

[5555] VALBUENA HÉRNANDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. Pág. 465.

[56] Ver sentencia SU – 601 de 1999 MP Vladimiro Naranjo.

[57] VALBUENA HÉRNANDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. Pág. 465 y s.s.

en el pasado, pues es claro que el viraje repentino e injustificado de las líneas jurisprudenciales puede llegar a entrañar la violación de derechos, principios y valores de raigambre constitucional. Esa carga reforzada de motivación encuentra su razón de ser en la necesidad de explicitar de manera clara y suficiente los argumentos y motivos que inducen el cambio jurisprudencial, los cuales de manera alguna pueden ser fruto del capricho y la arbitrariedad.

Resulta indiscutible, por lo tanto, que el precedente judicial juega un importante papel argumentativo y persuasivo en el derecho colombiano. Es así como las líneas jurisprudenciales se tratan como si tuvieran autoridad vinculante, lo cual explica que en la práctica muchos casos sean resueltos de conformidad con los mismos criterios que fueron aplicados en casos iguales o similares por el mismo órgano judicial. De esta forma, la Administración de Justicia se vincula de manera positiva y concreta a la aplicación del derecho fundamental a la igualdad, en orden a prevenir la arbitrariedad, la discriminación, la desviación de poder y el favorecimiento indebido e injustificado de unos ciudadanos frente a otros, siendo dable colegir que el respeto de los precedentes consulta un fin constitucionalmente legítimo, pues ninguna razón justifica que en casos iguales o similares, las autoridades acaben adoptando decisiones diferentes.

Como lo anota la doctrina, es de substancial importancia verificar la existencia de los presupuestos de defraudación de la confianza legítima, pues de ello dependerá su reconocimiento y tutela. Son presupuestos para su identificación los siguientes:

Existencia de una base objetiva de la confianza

Al respecto, indican Sylvia Calmes y Pierre Pescatore, que para lograr identificar una situación de confianza protegible, es necesario que existan unos signos externos de carácter concluyente que sirvan de *"base de la confianza"* y tengan la capacidad de generar expectativas razonables, ciertas y plausibles en los administrados.

Es por tanto indefectible que se corroboren *"hechos concluyentes que por su claridad y contundencia permiten inferir, por una parte, la existencia de una voluntad tácita de la administración destinada a producir un efecto jurídico determinado, y por otra, el otorgamiento de la confianza por parte del destinatario de dicha representación".*

Legitimidad de la confianza

La legitimidad se refiere a aquello que es justo, genuino y verdadero, es decir, aquello que se ajusta al derecho o a la razón. Sumado a lo anterior, la legitimidad comporta una idea de justificación, entonces, al referirse a confianza legítima se habla de confianza justificada, al sustentarse en circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan.

Por tanto, se está en presencia de confianza legítima cuando el administrado ha obrado de manera honesta, diligente, cuidadosa y prudente, esto es, que su conducta se haya inspirado en la buena fe exenta de culpa. Y por supuesto, cuando el administrado estaba en la imposibilidad de prever la modificación de los criterios, posturas y reglamentaciones.

La toma de decisiones u oposiciones jurídicas cimentadas en la confianza

Este elemento implica que la confianza fundada en los signos externos manifestados por el Estado, tenga la fuerza suficiente para que el confiante despliegue u omita una conducta que ponga de manifiesto su confianza ante el actuar estatal y que además conlleve una repercusión patrimonial.

La defraudación de la confianza legítima

La defraudación consiste en una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad que genera *"una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados"*[58]
La H. Corte Constitucional ha desarrollado este punto en el siguiente sentido:

> *«(…) es indispensable que las autoridades rompan una promesa o un ofrecimiento formalmente efectuado; que actúen en contravía de lo planteado, variando súbitamente el rumbo de la acción estatal; que desconozcan la estabilidad de determinadas situaciones jurídicas, alterando, desarticulando por sorpresa las esperanzas y previsiones razonables del particular; que modifiquen criterios o doctrinas muchas veces reiterados sin que medie algún tipo de justificación; que deroguen o modifiquen de manera intempestiva las reglas del juego previamente establecidas, (…); en fin que realicen cualquier conducta que signifique una*

---

[58] **Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2002. Magistrado Ponente: Manual José Cepeda Espinosa.**

transgresión de la palabra empeñada y un desconocimiento a las expectativas plausibles del particular».

La no adopción de medida de transición o adaptación

En el cumplimiento de sus fines, el Estado debe introducir ajustes a las normas, planes, programas y políticas de acción, con el objetivo de alcanzar la satisfacción de los anhelos generales[59]. Pese a ello, las autoridades no están legitimadas para efectuar alteraciones de manera arbitraria, sorpresiva o desconsiderada, por lo mismo, cuando estas transformaciones se generan el Estado esta en la *«obligación de proporcionar a los afectados el tiempo y los medios para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación»[60].*

Por tanto, una situación de confianza es o no protegible dependiendo de qué tan necesaria es la adopción de la medida, de qué tanto se impone o no la adopción de medidas de transición, y finalmente, de si se adoptaron medidas de adaptación o ajuste, pues lo contrario se debe restablecer la situación de confianza.

La prevalencia de la confianza legítima frente a otros principios, valores, derechos e intereses de rango constitucional

En aquellos casos en que el principio de confianza legítima entre en contradicción con otros principios, valores, derechos e intereses de rango constitucional, corresponde al juez realizar un ejercicio de ponderación. Si hecho el juicio, el principio de confianza resulta prevalente, debe formular una *"regla de prevalencia condicionada*" para aplicarlo al caso concreto. Como corolario de lo anterior, cuando otros principios luego de una comparación objetiva, resulten de mayor importancia, no podrá protegerse la confianza legítima defraudada.

Por consiguiente, el caso concreto debió fallarse conforme a los principios de buena fe y de seguridad jurídica, en los que se sustenta el de confianza legítima y que constituyen los pilares de las relaciones entre las autoridades y los particulares. Pues si bien la jurisprudencia es susceptible de ser modificada, la Corte Suprema de Justicia tenía razones objetivas para confiar en que no existía limitación en postular y elegir a un elector para otro cargo, pues en ese sentido se

---

[59] LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. La certeza del Derecho. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Pág. 96
[60] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. T. II. Madrid, Civitas, pág. 375 y 376.

había interpretado el artículo 126 CP y existía un pronunciamiento del Consejo de Estado.

En estas condiciones, si la Corte se amparó en el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala Plena Contenciosa, es inaceptable que luego la jurisprudencia proveniente de la misma Corporación, aplique un criterio sin ponderar no solo la situación de incertidumbre a que enfrenta con su decisión a todos aquellos que pueden resultar perjudicados o incursos en la misma situación.

El principio de *buena fe*, en este caso, está reflejado en la credibilidad que otorgó a la Corte Suprema de Justicia el entendimiento simple y que emanaba de la literalidad del artículo 126 CP y la jurisprudencia de la Sala, lo que proyectó en la Corporación electora una *confianza legítima* de que su actuación se ajustaba a la interpretación.

La aplicación del criterio expuesta en la sentencia objeto de este salvamento de voto, si bien no es estrictamente sorpresiva o intempestiva, sólo ahora se expone, entonces era pertinente que en la sentencia aprobada mayoritariamente, se garantizara un mínimo de *seguridad jurídica* teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia se acogió a la interpretación literal del artículo 126 CP y de todas las demás normas relacionadas con las elecciones de los magistrados de las Altas Cortes y ratificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia del 23 de mayo de 2005.

En suma, los principios de la buena fe y de la confianza legítima sirven de fundamento para respaldar la actuación de la Corte Suprema de Justicia, pues si ya la Sala Plena Contenciosa se había pronunciado en un sentido, no es procedente que la misma Sala en aplicación de un criterio -aunque válido y desde todo punto de vista jurídicamente sustentado- contraríe lo dispuesto por ella misma, para dejar sin efectos la elección de una persona por un acto realizado al amparo de la jurisprudencia vigente.

6.1. Solución al caso concreto: Aplicación de la jurisprudencia actual de la Sala Plena Contenciosa. Efecto de la aplicación de los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al decidir la situación planteada se enfrentó al siguiente problema:

1. La elección que recayó en el doctor Munar viola no solo el artículo 126 CP sino otras normas de rango constitucional.
2. La consecuencia jurídica es la nulidad de la elección. *Pero la CSJ* actuó amparada en sentencia proferida por la Sala Plena Contenciosa y el entendimiento que durante 23 años se le había dado al artículo 126 CP.

Ante los anteriores factores que deben ser estudiados, son los mismos principios antes desarrollados los que otorgan la solución ante esta situación y consiste en establecer un *período de transición* para que, en adelante, quienes se postulen y quienes elijan tengan en cuenta que el artículo 126 CP incluye como prohibición no solo a los familiares del elegido sino al elector mismo y así, puedan actuar en un medio jurídico estable y previsible.

En efecto, la Corte Constitucional[61] ha considerado que el principio de la confianza legítima descansa en tres presupuestos:

- La necesidad de preservar el interés general;
- Una desestabilización *cierta*, *razonable* y *evidente* en la relación entre la administración y los administrados, y
- La necesidad de adoptar medidas de carácter transitorio.

En el caso concreto, se cumplen los tres presupuestos. Existe la necesidad de juzgar la elección realizada por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la normativa constitucional, para asegurar la transparencia, la igualdad de acceso a cargos públicos y legitimidad de las elecciones.

Sin embargo, la aplicación de la tesis propuesta en la sentencia conduce, sin duda, a una perturbación en la relación entre las Cortes y entre las Cortes y los administrados, sobre todo por el hecho de que los miembros de la Corte Suprema de Justicia actuaron con base en jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa que, en un caso igual, había estimado que el artículo 126 CP no establecía la prohibición de elegir al elector, para lo cual se puede observar el acta de la sesión de la Sala de la Corte Suprema de Justicia pero que no fue transcrita en la sentencia objeto de salvamento.

---

[61] **T- 084/00.**

Por consiguiente, para salvaguardar los principios en que se funda el sistema jurídico y recuperar la confianza de los administrados con las decisiones de esta Corporación, es necesario, como fórmula de transición, *aplicar la decisión a partir de la fecha de su ejecutoria.* Tal aplicación tiene sustento en el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Carta, que dispone:

> ***ARTICULO 29.*** *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*
> *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*
> *(…)* (Subrayas fuera de texto).

Lo anterior porque, al momento en que el doctor Munar fue elegido magistrado del Consejo Superior, la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y su interpretación sobre la prohibición contenida en el artículo 126 CP, era el criterio preexistente al acto que se juzga, pues la aplicación de la ley también depende de la interpretación que de ésta realizan los jueces en sus sentencias.

7. Conclusiones

- En el artículo 126 CP no quedó incluida la limitación de intervenir en la designación o elección de quien fue el elector.
- Hasta este momento, se entendía que la Carta preveía de manera integral y expresa las restricciones aplicables a las elecciones de los magistrados de las Altas Cortes,
- La realidad ha demostrado que las elecciones de estos cargos han servido para la concentración del poder.
- La concordancia del artículo 126 CP con los principios previstos en el artículo 209 CP, permite sostener que la Constitución repele cualquier mecanismo que facilite la concentración del poder y que vulnere los principios de transparencia, imparcialidad y el derecho de acceder a los empleos públicos en condiciones de mérito, igualdad y equidad.
- La Corte Suprema de Justicia decidió los impedimentos con fundamento en la sentencia del 23 de septiembre de 2008 proferida por la Sala Plena Contenciosa, precedente jurisprudencial que había señalado que el artículo 126 CP no podía ampliarse a supuestos de hecho no contemplados en la

norma, esto es, cuando el candidato ha intervenido en la elección o designación de sus ahora electores.

- Teniendo en cuenta, por una parte, los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima y, por otra, que después de 23 años de expedida la Constitución se hace un análisis profundo y finalístico de la figura del nepotismo, resultaba necesario sopesar estas dos situaciones y, en esas condiciones, aplicar el criterio que ahora expone la Sala Plena Contenciosa a los casos particulares ocurridos con posterioridad a la expedición de la providencia.

En consecuencia, considero que las anteriores razones debieron conducir a que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, modulara los efectos de su decisión, en el sentido de negar la nulidad de los actos demandados y advertir que la interpretación expuesta en esta sentencia sería aplicada a las elecciones que se realicen a partir de su ejecutoria.

Con todo respeto,

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

SALVAMENTO DE VOTO
Consejero: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias, me permito manifestar que me aparto de la sentencia que antecede por las razones que a continuación procedo a enumerar.

1.- No cabe duda que ni de la letra, ni del espíritu del artículo 126 de la Constitución Política es posible establecer la prohibición que llevó a declarar la nulidad de la elección impetrada; se trata de un impedimento no contemplado en

el ordenamiento jurídico colombiano que desconoció la línea jurisprudencial que se había manejado por muchos años hacia el interior de esta corporación.

El artículo 126 de la Constitución Política, prescribe:

> "*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".*

En esa misma dirección, el inciso 4 del artículo 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, señala que los "Magistrados no podrán nombrar a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, parentesco civil o quienes estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Como se observa, ninguna de estas normas contempla de manera expresa como causal de impedimento, el supuesto de hecho por parte del magistrado de elegir o nombrar a quien en su momento intervino en su postulación, designación o elección.

La Sala Plena, así como la Sección Quinta de esta Corporación han desarrollado una línea Jurisprudencial, según la cual en esta materia impera el principio de la taxatividad según el cual nadie está autorizado para acudir a la analogía ni a la extensión para establecer impedimentos, prohibiciones o inhabilidades no señalados en forma expresa por la Constitución y la Ley, como sucedió en la sentencia que antecede.

Obsérvese que tanto la demanda, como en la propia sentencia, se reconocen que la referida prohibición ***no existe expresamente*** .pero que es necesario una interpretación que ***trascienda*** el tenor literal.

En otras palabras, el fallador de instancia se arrogó la patente de desatender el tenor literal del artículo 126 de la C.P. para acomodar a su gusto una prohibición destinada claramente a pulverizar el acto de elección enjuiciado, sin atender las reglas de la ley 153 de 1887 que indica que cuando el tenor literal sea claro el intérprete no puede omitirlo con el pretexto de consultar su espíritu.

En consecuencia, incurre en un error el Consejo de Estado al acudir a interpretaciones finalisticas o extensivas en casos de elecciones donde este tipo razonamientos judiciales no son permitidos.

Sera tan cierto lo aquí expuesto que en la autodenominada **"Reforma al equilibrio de Poderes"** se incluye la prohibición comentada en este escrito.

2.- Como lo exprese en oportunidad anterior[62] es obligación de todas las autoridades públicas, sin excepción, atender el principio de la igualdad al interpretar y aplicar el derecho; evidentemente en tales autoridades está incluida la Rama Judicial mediante sus sentencias, pues ellas condicionan en cierto sentido el actuar tanto de los funcionarios públicos como de los particulares, y de la ciudadanía en general que debe acomodar sus conductas y sus actuaciones a la jurisprudencia como fuente de derecho.

Los principios de la buena fe (artículo 83 de la Carta) y de la confianza legítima para con los administrados, se logran en la medida en que estas autoridades mantengan una línea inalterable de sus precedentes y no sorprendan a los ciudadanos con cambios intempestivos de interpretaciones normativas que desestabilizan expectativas legítimas que los interesados crean con fundamento en conductas, decisiones y comportamientos anteriores de estas mismas autoridades que deciden peticiones o conflictos con supuestos jurídicos y fácticos similares.

Ahora bien, sobre el entendimiento jurídico de la prohibición invocada en este proceso **– violación artículo 126 de la Carta Política -** la jurisprudencia del Consejo de Estado **no ha sido uniforme** frente a casos similares pues está demostrado que la perspectiva jurídica que se manejó por años fue diferente no

---

[62] Salvamento de voto del suscrito en el expediente No. 11001-03-28-000-2010-00098-00, actor Jaime Enrique Serrano Pérez, Magistrada Ponente: Olga Valle de De La Hoz.

solo por vía del precedente judicial sino en actuaciones propias de esta corporación.

En sentencia del 23 de septiembre de 2008 del Consejo de Estado en que se estudiaba la legalidad de la elección del Dr. NILSON PINILLA como Magistrado de la Corte Constitucional con fundamento en haber sido postulado por Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en cuya elección intervino, se dijo:

> *"En el proceso 4047 los demandantes invocaron como vulnerada la norma anterior porque varios de los Magistrados de la Corte Suprema que intervinieron en la conformación de la terna estaban impedidos para incluir al demandado en la misma, dado que cuando fue Magistrado de esa Corporación intervino en su designación. También estaba impedido el demandado, porque intervino en la designación de varios de sus nominadores.*
>
> *El artículo 126 de la Carta Política dispone que los servidores públicos no pueden nombrar como empleados a personas con las que tengan vínculos de parentesco, matrimonio o unión permanente con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Y, señala que no pueden designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.*
>
> *Dado que las inhabilidades, en cuanto son prohibiciones, deben aplicarse de manera restrictiva (artículo 31 del Código Civil), no puede ampliarse el alcance de la inhabilidad en comentario a hechos no previstos en la norma constitucional, como los que plantean los demandantes, pues, no está probado parentesco alguno entre los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el demandado, razón suficiente para desestimar el cargo.*
>
> *Por lo demás, la Ley 734 de 2002 o Código Unico Disciplinario (artículos 35 a 41) no prohíbe la conducta descrita por los actores ni la prevé como causal de inhabilidad, impedimento o incompatibilidad para desempeñar cargos públicos. De otra parte, la Ley 270 de 1996 tampoco prohíbe a los funcionarios judiciales escoger algún candidato que haya intervenido en su designación, ni consagra inhabilidad,*

impedimento o incompatibilidad por ese hecho (artículos 150, 151 y 154). En consecuencia, no hubo impedimento alguno de los Magistrados de la Corte Suprema que postularon para la terna al demandado, quien, a su vez, había intervenido en su designación, ni del demandado mismo.

En suma, la Sala se abstendrá de conocer la legalidad del acto de la Corte Suprema de Justicia, contenido en las actas de Sala Plena de 20 y 24 de abril de 2006, por el cual integró la terna de candidatos de la cual el Senado de la República eligió al demandado como Magistrado de la Corte Constitucional. Por no prosperar ninguno de los cargos de las demandas, se negarán las pretensiones de nulidad del acto de elección del doctor Nilson Pinilla Pinilla como Magistrado de la Corte Constitucional."

Queda demostrado, entonces, que en los últimos años existió hacia el interior de esta Corporación una **interpretación judicial diferente** que no puede ser catalogada como " de pasada" o " un **obiter** " como lo afirma equivocadamente y sin fundamento alguno la sentencia de la que disiento, pues solo basta leer las trascripciones que anteceden para darse cuenta sin mucho esfuerzo de que se trataba de un verdadero precedente judicial (con supuestos de hecho y derecho, premisas y conclusiones) que debió tenerse en cuenta al momento de dictar la presente sentencia.

Además, esta Corporación postulo en su primera elección al actual Procurador General de la Nación.

Se advierte que lo expuesto no obsta para que en forma ordenada y razonable se puedan variar las concepciones jurisprudenciales, pues bien es sabido que el derecho es una ciencia dinámica que varía constantemente de acuerdo con las modificaciones sociales, culturales y económicas de los pueblos. Empero, estos cambios deben tener siempre periodos de transición y efectos hacia el futuro -no retroactivos- para no menoscabar derechos adquiridos y la confianza que los ciudadanos y servidores públicos depositan en las decisiones de sus jueces, lo que se traduce en los principios de la seguridad jurídica y de la igualdad.

Ciertamente, jurisprudencias dispares dentro de una corporación judicial no sólo pueden generar duda dentro de la comunidad a la que se dirigen, sino una confianza legítima de quienes se acogen a cada una de ellas, sin importar la Sala o sección que las profiere, o su preponderancia o jerarquía dentro de la corporación respectiva.

Esa inseguridad que se genera por jurisprudencias opuestas es lo que justifica la adopción de mecanismos y recursos en la búsqueda de la unidad jurisprudencial por razones de seguridad jurídica y de igualdad que reclaman los usuarios de la Rama Judicial; precisamente, este punto lo aborda con gran tino el nuevo código, al identificar con toda precisión lo que debe entenderse por una sentencia de unificación **(Art. 270 y 271 del C.C.A.)** y al establecer adecuados mecanismos judiciales -el recurso de unificación de jurisprudencia- cuyo objetivo es uno solo: la unidad en los fallos ante situaciones similares.

Respecto del principio de la confianza legítima, la Corte Constitucional ha precisado 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"[63].

Igualmente, se ha dicho que "el principio de confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede alterar, de manera súbita, unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica".[64]

Por su parte, el Consejo de Estado consideró que a los alcances del principio de la confianza legítima se recurre para poner a salvo derechos subjetivos ante cambios

---

[63] Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: Corte Constitucional, sentencia T-417 de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; T-046 de 1995; Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo; C-138 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-478 de 1998; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; T- 364 de 1999; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[64] Sentencia C-131 de 2004, M.p. Clara Inés Vargas Hernández.

abruptos en las decisiones de la administración, respetándose la confianza que el asociado ha puesto en sus instituciones, en la continuidad de sus posiciones, la cual no puede ser desconocida porque sí, cuando de por medio existe la convicción objetiva de que una decisión perdurará o se mantendrá en el tiempo.[65]

Por tal razón, la prohibición aquí estudiada, entendida conforme a la nueva jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, debe aplicarse a situaciones que ocurran con posterioridad a dicho pronunciamiento, en virtud al principio de la confianza legítima en que se soportó la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

En otras palabras, cuando se trata de actos generales abstractos e impersonales el **cambio de jurisprudencia** debe operar **de inmediato.** No obstante, cuando se construyen derechos subjetivos los cambios jurisprudenciales no pueden se abruptos e intempestivos sino **modulado**s en respeto a los derecho adquiridos con base en una posición judicial diferente**.**

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Consejero de Estado

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero ALBERTO YEPES BARREIRO

Voté favorablemente la parte resolutiva del pasado 11 de noviembre, proferida en el vocativo de la referencia, porque estoy convencido que las circunstancias del caso sometido a conocimiento de la Sala así lo imponían.

Sin embargo, igual que lo hice frente al caso del doctor Francisco Ricaute[66], proceso que guardaba identidad fáctica con el de la referencia, estimo que el

---

[65] Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Expediente 3461

[66] Expediente110001-0328-000-2013-0006-00. ACUMULADO (2013-0007-00). Actores: Cecilia Orozco Tascón y otros/

principal fundamento para declarar la nulidad de la elección no era el desconocimiento o violación del inciso 2° del artículo 126 Constitución Política, como se sostiene a lo largo de la providencia, sino la desviación de poder por el desconocimiento de los principios axiales descritos en el artículo 209 de la Carta, en específico, los principios de igualdad, imparcialidad y moralidad que irradian la función electoral que le fue conferida a las Altas Corporaciones, como una manifestación de la colaboración armónica entre los poderes y la conformación de la estructura misma del Estado.

En consecuencia, al igual que lo hice en el caso del doctor Ricaute expondré las razones que me llevan a complementar y aclarar la fundamentación que llevó a la Sala a declarar la nulidad de la elección del doctor Munar.

En ese orden de ideas, presentó a continuación las razones por las cuales considero que, en el presente caso, se dio un desconocimiento de los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad consagrados en el artículo 209 de la norma fundamental y que, repito, fundamentan la función y competencias de todas las autoridades públicas, incluida, por supuesto la función electoral.

¿Qué significa "*la moralidad*", erigida en el artículo 209 de la Constitución[67] como uno de los principios que guían el ejercicio de la función pública?

La relación entre moral y derecho es un tema clásico de la filosofía del derecho, a partir del cual se diferencian las distintas escuelas iusfilosóficas; entre ellas el positivismo, que defiende la separación o independencia entre el derecho y la moral, o el antipositivismo, que defiende la existencia de una relación necesaria entre el derecho y la moral.

Para responder la pregunta sobre el alcance del artículo 209 de la Carta no es indispensable tomar partido en este debate teórico, porque el Constituyente de 1991 decidió erigir la moralidad, entre otros, como un principio constitucional que fundamenta el desarrollo del actuar estatal.

Rodrigo Uprimny Yepes y otros. Sentencia de 15 de agosto de 2014.

[67] Artículo 209 de la Constitución: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.
Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

La incorporación de la moralidad, en nuestro ordenamiento bajo la textura de un principio en otros bajo la modalidad de derecho, valor, es un fenómeno extendido en el mundo luego de la segunda guerra mundial y de la execrable experiencia del nacismo. Tanto así que, para algunos, el clásico debate entre iusnaturalismo y positivismo fue superado en lo que hoy en día se conoce como positivismo "incluyente" o "inclusivo", en la formulación de Jules Coleman (2001).

Lo que antes se planteaba como un problema ontológico o metafísico, entre el derecho promulgado por los seres humanos y una realidad moral superior que dotaba de validez o legitimidad al derecho positivo, hoy se plantea en el cómo interpretar la moralidad incorporada en y por el derecho positivo.

Por tanto, de la pregunta abstracta sobre la relación derecho moral se pasa a la pregunta por el alcance del artículo 209 de la Constitución, puesto que este incluye "*la moralidad*", junto a la igualdad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, como principios que irradian la función pública.

Esta aclaración es importante porque nos ahorra interminables debates sobre la naturaleza y el concepto del derecho. Incluso una postura positivista no podría negar el valor normativo reconocido a "*la moralidad*" en el artículo 209 de la Constitución, disposición axial del derecho público colombiano.

Me pregunto: ¿Cómo debemos interpretar el concepto abierto e indeterminado de "*la moralidad*", incluido entre los principios rectores de forma que no se coarten la discrecionalidad necesaria al ejercicio razonable de la función pública?

Para absolver este interrogante, lo primero sea desechar interpretaciones inaceptables. Estas incluyen el *escepticismo valorativo*, para el cual no sería posible precisar el concepto de "*moralidad*" sin incurrir en arbitrariedad y en el recorte ilegítimo de las competencias asignadas a las distintas autoridades del Estado, entre ellas, la función electoral como la que fue encomendada a la Corte Suprema de Justicia para designar dos magistrados del Consejo Superior de la Judicatura.

Según este orden de cosas, para el escepticismo valorativo la moralidad sería un término vacío pese a adoptarse por el derecho positivo, puesto que su contenido solo podría determinarse mediante valoraciones subjetivas de los intérpretes. Bajo este enfoque, las proposiciones morales –hacer u omitir x es "bueno" o "malo"– carecen de verdad o falsedad, no son objetivas, sino que obedecen a las

convicciones, valoraciones o emociones individuales de los sujetos, por lo que no podrían pretender validez o aceptación general.

Esta interpretación no es admisible por varias razones: 1) evade el desafío de determinar el sentido de un concepto abierto o indeterminado, ejercicio con el cual se ven confrontados los intérpretes del derecho; 2) vacía parcialmente el contenido normativo del artículo constitucional; 3) traiciona la intención del Constituyente consistente en regular la actividad administrativa según principios, fines y valores que dotan de legitimidad al Estado; 4) iguala las proposiciones morales a expresiones de deseo, querer o emoción, desconociendo las diferencias lingüísticas y prácticas entre unas y otras: no hacemos lo mismo al decir “es bueno el helado de fresa y malo el de vainilla” que cuando decimos que “ser comprensivo es bueno y malo ser cruel”, puesto que los juicios de gusto y los juicios morales no están a un mismo nivel ni tienen las mismas implicaciones prácticas en la vida colectiva.

Una segunda interpretación inadecuada del término “*moralidad*”, contenido en el artículo 209 de la Constitución se asocia a una atractiva e influyente corriente de pensamiento, identificada con el *no cognitivismo ético*. Al igual que el *escepticismo valorativo*, el *no cognitivismo ético* no tendría mucha importancia si no fuera por su gran poder de convicción. Dos autores se destacan aquí: Georg Moore y Ludwig Wittgenstein.

Según el primero, lo que distingue el uso del término “bueno” en sentido moral es que algo, una acción o alguien es moralmente bueno sí y solo sí ello vale atendidas todas las cosas, o sea, en sentido absoluto, no meramente en sentido relativo, como cuando decimos “este auto es un ‘buen’ auto” o “esta cuchara es una ‘buena’ cuchara”. Una acción sería buena en sentido moral solo si fuera incondicionalmente buena, para todos y en todos los casos.

Lo anterior lleva a Wittgenstein a negar la posibilidad de conocer que algo es moralmente “bueno” atendiendo todas las cosas en el mundo. El uso del término “bueno” en sentido moral carecería así de sentido, ya que no podemos adoptar una perspectiva “fuera del mundo” desde la cual apreciar, cual si se tratara del ojo de Dios, cuando algo o alguien son buenos sin excepción o en sentido absoluto. El término bueno solo tendría significado usado en sentido relativo (Wittgenstein 1990: 37).

Pese a todo lo anterior, es importante anotar que cuando el Constituyente incorporó "*la moralidad*" como uno de los fundamentos del desarrollo de la actividad del Estado (quizás para combatir lo que consideraba prácticas inmorales extendidas), las dudas por la imposibilidad de conocer el contenido de la moralidad se desvanecen. Porque lo que entendamos por *"moralidad"* dependerá ya no del uso incondicionado o absoluto del término bueno, sino de normas convencionales intersubjetivamente acordadas por la comunidad de intérpretes y agentes autorizados para aplicar el ordenamiento jurídico (ver infra "moralidad como calificativo de la acción intencional").

Una tercera interpretación desencaminada del concepto de moralidad contenida en el texto constitucional es aquella que confunde "la moralidad" con una determinada *moralidad positiva*. Una cosa es que el Constituyente haya positivizado (constitucionalizar) la moralidad en relación con el derecho público y darle carácter de principio fundante; asunto diferente es que haya querido llenar de contenido sustantivo dicho concepto.

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[68]) 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.

---

[68] Si bien Kant habla de la "religión" dentro de los límites de la mera razón, lo afirmado por él para la religión con pretensión universal vale para la moralidad. Dice Kant: "La Moral, en cuanto que está fundada sobre el concepto de hombre como un ser libre que por el hecho mismo de ser libre se liga él mismo por su Razón a leyes incondicionadas, no necesita ni de la idea de otro ser por encima del hombre para conocer el deber propio, ni de otro motivo impulsor que la ley misma para observarlo. (…) –Así pues, la Moral por causa de ella misma (tanto objetivamente, por lo que toca al querer, como subjetivamente, por lo que toca al poder) no necesita en modo alguno de la Religión, sino que se basa a sí misma en virtud de la Razón Pura Práctica.– En efecto, puesto que sus leyes obligan por la mera forma de la legalidad universal de las máximas que han de tomarse según ella –como condición suprema (incondicionada de ella misma) de todos los fines–, la Moral no necesita de ningún fundamento material de determinación del libre albedrío, esto es: de ningún fin, ni para reconocer qué es debido, ni para empujar a que ese deber se cumpla; sino que puede y debe, cuando se trata del deber, hacer abstracción de todos los fines. Así, por ejemplo, para saber si yo debo (o también si puedo) ser veraz ante la justicia en mi testimonio o ser leal en caso de que me sea pedido un bien ajeno confiado a mí, no es necesaria la búsqueda de un fin que yo pudiese tal vez conseguir con mi declaración, pues es igual que sea de un tipo o de otro; antes bien aquel que, siéndole pedida legítimamente su declaración, aún encuentra necesario buscar algún fin, es ya en eso un indigno." (Kant 1981: 19-20)

Muchos intentos, unos más afortunados que otros, han buscado precisar la moralidad en sentido formal. Aquí cabe mencionar dos de gran importancia:

Un primer acercamiento a la moralidad "sin compromisos sustantivos" es el ofrecido por Kant al formular el imperativo categórico: "*obra solo según la máxima que puedas querer al mismo tiempo se convierta en una ley universal*" (Kant 1999: 173). La virtud de tal formulación radica en que, sin adoptar contenido específico alguno, establece un criterio crítico útil para excluir toda actuación contraria a la moralidad universal.

La búsqueda de una moralidad basada en la autoridad de la razón, no ya en la autoridad tradicional (del rey o la divinidad como en la antigüedad), permite asociar la moralidad crítica con una sociedad de personas libres e iguales. En esa dirección, Kant asocia la moralidad con la igual consideración y respeto de todos los seres humanos, concebidos como verdaderos "sujetos de derechos", no como súbditos de quien detenta el poder.

La segunda formulación del imperativo categórico reza entonces: "obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio" (189). El reconocimiento de las personas como sujetos de derechos impide su sacrificio en el altar de la utilidad o del bienestar general. Ese es precisamente el valor de la dignidad humana en Kant: la persona es un fin en sí mismo y debe ser tratada como tal.

Un segundo intento de precisar el sentido de la moralidad a partir de un fundamento universalista pero respetuoso de las diferencias sustantivas sobre el bien y el mal se encuentra en la filosofía moral (también denominada "ética") de Ernst Tugendhat. Este autor defiende la moralidad universal a partir del enfoque kantiano, pero enriquecido mediante la filosofía analítica de la acción y la investigación sobre el papel de las emociones en la conducta.

Según Tugendhat, toda la moral puede sintetizarse en un solo enunciado: "¡No instrumentalices a nadie!" (1997: 80-81). Esta concepción universalista de la moralidad supera al contractualismo ético, entre otras razones, porque en ella no se entienden las reglas de manera instrumental. No condicionamos el respeto al otro a que el otro nos respete a su vez. Lo determinante no es lo que me es útil, sino el respeto de los demás, vistos como iguales, lo que impide tratarlos como simples medios para lograr fines particulares.

No trato a los demás de la manera que quiero me traten a mí, o dejo de tratarlos de la manera que no quiero que me traten (regla de oro), sino que los trato de la manera que debo tratarlos en cuanto me someto a la ley universal de igual consideración y respeto de cada quien. Es esta perspectiva kantiana la que inspira a la más influyente teoría de la justicia del siglo XX (Rawls 1995) y que fundamenta la Constitución de 1991 en materia de igualdad real y efectiva a partir del respeto a la autonomía individual.

En el derecho se ha intentado igualmente conciliar la moralidad (como principio formal y universal) y el derecho, con mayor o menor fortuna:

Para Lon Fuller, profesor de Harvard en mediados del siglo pasado, la moralidad del derecho consiste en un conjunto de reglas morales procedimentales, ínsitas en la noción de derecho, sin las cuales no sería posible el derecho, a saber: Para ser derecho, las reglas deben ser generales, promulgadas, no retroactivas, claras, no contradictorias, realizables, estables y congruentes en su aplicación (1964: 39). La ausencia absoluta de alguna de estas ocho características de las reglas no resulta simplemente en un sistema legal ineficiente sino en algo que no puede ser llamado propiamente un sistema jurídico.

Incluso el influyente teórico del derecho H.L.A. Hart, pese a defender la separación entre derecho y moral, sostiene que el derecho sería impensable sin incluir un contenido mínimo de moralidad: "*Así, algo hay en la noción de que el derecho consiste en reglas generales que nos impide tratar de él como si fuera un tema moralmente neutral, sin ninguna conexión necesaria con los principios morales. La justicia procesal natural está, en consecuencia, constituida por los principios de objetividad e imparcialidad en la administración de justicia, que verifican precisamente este aspecto del derecho y que se hallan destinados a asegurar que se apliquen las normas solamente a los supuestos específicos en ellos contemplados o que, al menos, se minimicen los riesgos de desigualdad en tal sentido*." (1980: 73).

La famosa fórmula de Radbruch, según la cual "*la ley extremadamente injusta no es derecho*", refleja igualmente la dependencia del derecho de la moralidad. Influenciado por Hans Kelsen, Gustav Radbruch –filósofo del derecho y ex ministro de justicia en la república de Weimar– sostiene que en materia de valores prima el pluralismo y la subjetividad, no siendo posible condicionar la validez del derecho a visiones o concepciones axiológicas de la vida o el mundo.

No obstante su *no cognitivismo valorativo* (por ser los juicios valorativos algo subjetivo), Rabdruch considera que, por el contrario, sí es posible conocer cuándo una decisión política pretendidamente válida es *manifiestamente* injusta (Rabdruch: 1980: 134-135), por contradecir ella los más evidentes principios de la razón universal (leyes retroactivas, leyes raciales, etc.). Tan influyente ha sido la "*fórmula de Radbruch*" que tribunales penales alemanes han condenado a altos dirigentes políticos de la antigua Alemania Oriental por las muertes en el Muro de Berlín, por considerar extremadamente injustas las normas legales que autorizaban disparar contra las personas en fuga.

Inspirado en la filosofía del lenguaje de J. L. Austin, por una parte, y por la filosofía neokantiana de Gustav Radbruch, Robert Alexy ha venido defendiendo la tesis de la existencia de una relación necesaria entre derecho y moral. Para el teórico de los derechos fundamentales, prueba de dicha relación sería que no puede ser derecho lo que no eleva siquiera una *pretensión de corrección* o lo que, habiéndola elevado, no hace nada para satisfacerla.

Los ejemplos de Alexy, que buscan demostrar la existencia de la relación necesaria entre derecho y moral, remiten a una contradicción performativa del tipo expuesto por Austin en *Cómo hacer cosas con palabras*: Dice alguien: "El gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo". La contradicción consistiría en que quien afirma ver al gato sobre el tapete, no puede al mismo tiempo negarlo diciendo que no cree lo que ve, sin incurrir con ello en una contradicción entre lo que afirma (x) y lo que luego hace (decir que x es el caso).

Se trata de una verdadera contradicción entre lo dicho y lo hecho, ya que el acto de afirmar algo lleva implícita la pretensión de verdad de lo afirmado, la cual no puede ser desechada luego diciendo que no se cree sin incurrir en contradicción.

Alexy adopta la misma estrategia de justificación de Austin al ofrecer dos ejemplos que mostrarían la *relación conceptual* inescindible entre el derecho y la moral. Se pregunta qué tipo de defecto exhiben las siguientes afirmaciones: a) Reza el artículo 1 de una Constitución: "X es una república soberana, federal e injusta" (Alexy 2005: 37); b) Un juez pronuncia el siguiente fallo: "Se condena al acusado en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua" (ídem: 41).

La respuesta de Alexy es que se trata de un defecto conceptual que priva de validez jurídica a las normas conceptualmente defectuosas. Se incurre en una

contradicción performativa al decir que se expide una constitución para una república "*injusta*", porque con el acto de expedir una constitución se eleva una pretensión de corrección, la cual no puede después ser negada sin incurrir en un error conceptual que invalida el acto mismo, desnudándolo como arbitrario. Lo mismo vale para la sentencia judicial dictada con autoridad por un juez que, pese a decir hacer justicia desconoce los principios básicos de la misma, como es basar la decisión en una interpretación que no considere incorrecta.

En conclusión, bajo esta tesis, la incorporación del principio de moralidad como criterio constitucional que condiciona y guía el ejercicio de la función administrativa enfatiza el vínculo entre moralidad y derecho que, de no observarse, puede llevar a la pérdida de validez del acto o decisión que no eleva siquiera una pretensión de corrección o que elevándolo no hace nada para cumplirlo.

Pero quizás la concepción que más difusión e influencia ha tenido en los últimos cuarenta años en relación con el derecho y la moral es la iniciada afines de los sesenta por Ronald Dworkin. Mucho de lo discutido y debatido por el filósofo del derecho americano carece, en el presente caso, de importancia, ya que ha sido el propio constituyente colombiano quien ha introducido la moralidad en el derecho positivo (constitucional y administrativo) en calidad de principio fundamental. Por ello, el debate metafísico u ontológico sobre la verdad de las proposiciones morales puede ser reemplazado por el debate interpretativo sobre el sentido y el alcance del término "*moralidad*" en el artículo 209 de la Constitución.

La tesis de la continuidad entre derecho, política y moral está en el centro del planteamiento de Dworkin (2012). Pero la política y la moral que interesan al autor como elementos necesarios del derecho no deben confundirse con la militancia partisana en una organización política o religiosa. Solo la mejor teoría política o moral disponible en el foro de la razón pública (Rawls 1996: 247 ss) tiene la capacidad de justificar racionalmente las decisiones públicas. Esto porque la tarea del aplicador del derecho no es sacar avante sus intereses o convicciones personales sino hacer del derecho el mejor derecho que puede ser, entendido como un todo coherente e integral.

Esta exigencia finalista, deontológica, que reposa sobre los hombros de los intérpretes del derecho, de contribuir a engrandecer la empresa colectiva de la que todos somos destinatarios y, por lo tanto, únicos responsables, se erige sobre el principio axiomático –también positivizado en diversos artículos constitucionales,

como los artículos 1, 2, 4 o 13 de la Constitución– de igual consideración y respeto de cada persona en el diseño y en el funcionamiento de las instituciones públicas.

La influencia de Kant y Rawls aquí es ciertamente innegable. Consecuencia directa de este enfoque es el ejercicio del poder, en especial por los servidores públicos, bajo la premisa de que las personas tienen derechos y el Estado debe estar al servicio de su realización en condiciones de igualdad, evitando las ventajas o desventajas injustificadas.

Lo anterior exige el examen de todas las normas pertinentes en cada caso, así como de los casos fallados en el pasado (precedentes), de forma que en la solución se respete el principio axiomático de igual consideración y respeto, que la persona sea tratada como un fin en sí mismo y no meramente como un medio, según lo ordenado por el principio de moralidad. Otra consecuencia adicional de la concepción del derecho como integridad (Dworkin 1988: 132 ss) es que el derecho positivo no se reduce a un conjunto de *reglas* reconocibles mediante fuentes sociales compartidas (regla de reconocimiento de Hart), sino que en la práctica también incluye *principios*, como bien lo enseña la descripción de lo que hacen la administración y los jueces del derecho en cada caso.

La inclusión de principios al lado de las reglas en el mejor entendimiento del derecho (incluso reconocido por Hart en el *Postscript*) conduce finalmente a una limitación de la discrecionalidad de las autoridades públicas (Dworkin 1984: 130-134). Esto porque el ejercicio de las competencias administrativas no debe obedecer al uso de prerrogativas estatales sino al ejercicio de la función pública al servicio de los intereses generales y del adecuado cumplimiento de los fines del Estado (artículo 209 de la Constitución).

Desde la perspectiva coherentista del derecho como integridad, el principio de moralidad hace de la actividad administrativa, antes discrecional, una actividad reglada que debe propender a la realización de los fines de la norma. Una actuación omisiva, insuficiente o defectuosa respecto a la persecución de los fines del Estado puede significar la violación de los principios constitucionales cuando la autoridad no satisface las exigencias mínimas (prohibición de insuficiente actuación o *Untermassverbot*) emanadas del orden jurídico en el ejercicio de las competencias constitucionales o legales.

El anterior recorrido teórico permite precisar el sentido del principio de moralidad a que hace referencia el artículo 209 constitucional. La moralidad 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.

El ejercicio de la función electoral por parte de la Corte Suprema de Justicia, cuando en cumplimiento del artículo 254 numeral 1 de la Constitución elige dos de los seis magistrados que integran la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, debe respetar naturalmente, entre otros, los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución.

Ello supone cuidar que en la escogencia del medio para satisfacer dicho fin no se desconozca el igual valor de cada posible candidato como un fin en sí mismo, no meramente como un medio para fines de otros.

Los principios de moralidad e igualdad, exigen que en la provisión de las vacantes en la cúpula de la administración judicial no se margine a las personas que puedan estar calificadas para acceder al desempeño de la función pública pero que no cuentan con la ventaja de haber sido miembros de la corporación cuyos miembros son los electores. Igualmente exige no anteponer al interés general del Estado los intereses particulares emanados de vínculos profesionales o funcionales en la provisión de cargos públicos.

En el caso *sub examine*, la Corte Suprema de Justicia decidió, no mediando trámite o procedimiento alguno que tratara con igual consideración y respeto a todos los posibles postulantes al cargo de magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, elegir como magistrados a colegas magistrados que antes habían participado en la elección de los ahora electores. Esto pese, como bien lo explica la sentencia, a la prohibición expresa contenida en el artículo 77 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia –Ley 270 de 1996[69]–,

---

[69] "**ARTICULO 77**. **REQUISITOS.** Para ser Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta y cinco años; tener título de abogado y haber ejercido la profesión durante diez años con buen crédito. Los miembros del Consejo no podrán ser escogidos entre los Magistrados de las mismas corporaciones postulantes.
Estarán sujetos al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.
Las vacancias temporales serán provistas por la respectiva Sala, las absolutas por los nominadores.
Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura no son reelegibles."

según la cual al Consejo "*no podrán ser escogidos entre los Magistrados de las mismas corporaciones postulantes*".

La moralidad como principio constitucional es un concepto abstracto e indeterminado, pero no por ello carente de valor normativo y vinculatoriedad. Al elegir magistrados al Consejo Superior de la Judicatura los magistrados de la Corte Suprema no podían desatender mínimamente el cumplimiento de tal principio.

Nombrar a colegas o ex colegas magistrados de la misma Corte Suprema de Justicia con fundamento en la facultad de elegir y la discutible supuesta no prohibición expresa –pese al texto del artículo 77 de la ley 270 de 1996 antes citada– resulta violatorio de los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad contenidos en el artículo 209 de la Constitución, puesto que ni siquiera se pretendió acudir a un procedimiento de elección que asegurara la igualdad de trato a los potenciales candidatos.

Al elegir a los magistrados que antes habían participado en la elección de los ahora electores, no solo no elevaron mínimamente una pretensión de actuación conforme al artículo 209 constitucional, sino que además sembraron una sombra de duda sobre la dignidad de la misma administración de justicia, acusada ante la opinión pública de propiciar el intercambio de favores entre altos cargos del Estado, lo cual ciertamente es inaceptable y lesivo de los principios y valores que deben guiar una recta administración de lo público.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones de mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero