



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
SENTENCIA CE-SUJ



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

Radicado número: 11001032800020130001500
Actora: Paula Alejandra Rangel Garzón y otro
Asunto: Acción de nulidad electoral

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 Judicatura¹.

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.

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 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 Rugeles. 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 sí 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 concurren 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 correspondía³.

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

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.

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

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 textual.

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 1987⁴, 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

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.

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 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 jurídica⁵, 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 confirmar al doctor Pedro Octavio Munar Cadena

⁵ Artículo 111 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 oportunidad⁶.

2.1. El derecho fundamental de acceso a cargos públicos –art. 40 C.P.– no es absoluto; en todo caso, debe acompañarse 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

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.

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 provisiones 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.:

“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 4^o 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.

⁷ Gaceta No. 68 Pág. 17.

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.

(...)

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 inmediatez y la mecánica legal de las instituciones”⁹.

⁸ Gaceta Constitucional 49^a de 13 de abril de 1991.

⁹ Gaceta Constitucional 50^a 19 de abril de 1991.

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 –LEAJ¹⁰–.

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 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–.

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 impedirle 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 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 democracia¹¹.

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*

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

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 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 general¹². 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 interpretado y comprendido, pues siempre resulta necesario determinar las realidades que se encuentran

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, 1137b, 13 y s.s. Traducción tomada de Martha NUSSBAUM, *La fragilidad del bien*, Madrid, Visor, 1995, p.p. 385-386 –se destaca–.

tras la literalidad de la norma¹³. 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 semántica¹⁴, ni sintáctica¹⁵, 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 lingüística¹⁶, al igual que al tipo de acto de habla o de uso que se realiza con cierta expresión¹⁷.

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

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.

significado de sus enunciados¹⁹. Desde luego, la inversión de 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

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.

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 general²⁰, basada en la estructura de la realidad²¹. 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 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.

²⁰ Robert ALEXANDER, op. Cit., p. 383.

²¹ Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYECA, *Tratado de Argumentación*, Madrid, Gredos, 2000.

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; atenerse únicamente a su tenor literal, de inmediato

²² Ética a Nicómaco, Libro V, 1137e, 13 y s.s. Traducción tomada de Martha NUSSBAUM, La fragilidad del bien, Madrid, Visor, 1995, p.p. 385-386.

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 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 Judicatura²⁴. 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

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

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.

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.

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 2008²⁵, 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.

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–.

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.

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 iudice 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 sí, 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 actas²⁷.

NOMBRE DEL MAGISTRADO	FECHA EN LA QUE TUVO LUGAR LA ELECCIÓN
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 ECHEVERRY BUENO	27 DE OCTUBRE DE 2011
8. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ	26 DE JUNIO DE 2007

²⁷ Cuaderno principal, folio 28.

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 Judicatura²⁸, 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 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 circunstancias²⁹:

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:

²⁸ Cuaderno principal, folio 29.

²⁹ Cuaderno principal, folios 32-36.

“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.

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–.

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

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

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 GÓMEZ ARANGUREN

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

LUIS RAFAEL VERGARA

MORENO

QUINTERO

ALBERTO YEPES BARREIRO

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA**