



CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00 acumulados 00008 y 00012

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Demandado: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

Temas: Procurador General de la Nación-Nulidad de la elección. Nulidad de la elección del Procurador General de la Nación-Aplicación extensiva de los fallos de Ricaurte y Munar. Prohibiciones o inhabilidades-La interpretación debe seguir el principio *pro libertate*. Artículo 126 de la Constitución-Ampliación de los supuestos de la norma a situaciones que no prohíbe. Acto Legislativo 2 de 2015-Aplicación retroactiva viola la Convención Americana de DDHH. Impedimentos decididos por otras corporaciones-Cambio de criterio jurisprudencial sin motivación. Elección del Procurador General de la Nación-No está acreditada la desviación de poder.

SALVAMENTO DE VOTO

La sentencia de 7 de septiembre de 2016 de la Sala Plena del Consejo de Estado declaró la nulidad del acto de elección del señor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, supuestamente "reiterando" ciertas decisiones anteriores. Las siguientes son las razones de nuestro disenso.

1. El artículo 126 de la Constitución Política, vigente al momento de la elección impugnada, prohibía a los servidores públicos nombrar como



empleados a sus hijos, padres, hermanos, tíos, primos, sobrinos, cuñados y al cónyuge o compañero permanente.

También prohibía a los servidores públicos nombrar a personas que tengan los mismos parentescos indicados con servidores públicos competentes para su designación.

2. La Sala declaró la nulidad de los actos de elección de Francisco Ricaurte¹ y Pedro Munar² como magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, al estimar que el artículo 126 de la Constitución también prohíbe a un servidor público nombrar a quien previamente lo nombró, limitación coloquialmente conocida como “*yo te elijo, tú me eliges*”.

Como Francisco Ricaurte y Pedro Munar participaron de la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y estos después los eligieron como miembros del Consejo Superior de la Judicatura, incurrieron -a juicio de la Sala- en la referida prohibición.

3. Las circunstancias de la elección de Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación para el periodo 2013-2017 no encajan en la prohibición que, por vía de interpretación del artículo 126 de la Constitución, fijó la Sala.

Para declarar la nulidad del acto de elección del Procurador Ordóñez, la mayoría extendió equivocadamente la regla creada jurisprudencialmente hasta el punto de crear otra prohibición bien distinta, que se intenta encasillar en la expresión “*tú nombras a mis familiares, luego yo te designo, nombro o postulo*”, que desborda por mucho el mandato del artículo 126 de la Constitución y desconoce que el régimen de

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2013-00006-00.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2013-00015-00.



inhabilidades es taxativo y no puede ampliarse por vía de la interpretación inadecuada del juez.

4. Si bien el artículo 126 constitucional tiene por objeto preservar valores superiores como la moralidad administrativa, la igualdad y busca evitar prácticas indebidas y el conflicto de intereses, lo cierto es que la aplicación de este precepto es de interpretación restrictiva. En efecto, según el principio *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una prohibición, debe preferirse aquella que menos limite el derecho de las personas. No se olvide que al interpretar la ley, lo odioso o desfavorable de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar su interpretación (art. 31 del Código Civil).

La interpretación del artículo 126 de la Constitución que hizo la mayoría deformó su contenido original, pues amplió la prohibición allí dispuesta para abarcar también a los parientes de los servidores públicos que hayan intervenido en la postulación del funcionario elegido.

Quien postula no es el mismo que elige, así se entiende con toda claridad del artículo 276 de la Constitución, que prescribe que el Procurador General de la Nación es elegido por el Senado de la República de candidatos postulados por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Presidente de la República. La "postulación" no estaba prevista en el artículo 126 vigente para la época de los hechos, fue incorporada en la Reforma de Equilibrio de Poderes.

La expresión *designar*³, jurídicamente, significa *nombrar* por lo que no puede apelarse, como lo hace la mayoría, a otras expresiones como la postulación.

³ Designar: *destinar para un cargo o función; nombrar para empleo público o privado; denominar; indicar, señalar, mostrar; formar un designio plan o propósito*. Cfr.



Acudir a la definición que sobre *designar*⁴ trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, para intentar cobijar otras situaciones no previstas por la norma, entraña una ampliación inconstitucional del ámbito restringido del precepto entonces vigente.

El propósito de preservar los presupuestos axiológicos y valores democráticos de participación, en condiciones de igualdad, responsabilidad y transparencia que dice traer la sentencia de la que nos apartamos, con apoyo en criterios jurisprudenciales anteriores no aplicables al caso, contradice valores superiores como la confianza legítima y el principio de la buena fe.

La limitación del derecho fundamental de acceso a la función pública no puede surgir de una interpretación extensiva del juez, sino que debe estar contenida en la misma Constitución.

Ahora bien, como la sentencia es de unificación, conforme al artículo 270 del CPACA, el desconocimiento del postulado *pro libertate* en materia de interpretación de las inhabilidades y prohibiciones puede tener serias repercusiones para la decisión de asuntos futuros, especialmente en materia electoral y de pérdida de investidura. Por ejemplo, se vaticina una buena cantidad de demandas contra actos de nombramiento en la administración pública, acostumbrada a designar personal, sin los rigores que se deducen de esa interpretación.

5. El Acto Legislativo 2 del 1 de julio de 2015 modificó el artículo 126 de la Constitución para ampliar las prohibiciones a los servidores públicos, que desde entonces no pueden nombrar, contratar ni "postular" a sus parientes.

CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta.

⁴ Señalar o destinar a alguien para determinado fin. Cfr. <http://dle.rae.es/?id=D5s74KK>, consultada el 16 de septiembre de 2016.



Tampoco pueden nombrar, postular ni celebrar contratos estatales con quienes intervinieron en su postulación o designación ni con los parientes de estos.

Aunque esa reforma constitucional, se insiste, solo entró a regir el 1 de julio de 2015, el fallo del que nos separamos la termina por aplicar retroactivamente, como se desprende de las justificaciones expresadas sobre el artículo 126 de la Constitución.

Si la modificación de este precepto obedeció a la “constitucionalización” del criterio jurisprudencial fijado por esta Corporación, en la nulidad de las elecciones de los magistrados Ricaurte y Munar, debe aplicarse solo para los hechos acontecidos después de su vigencia, pero no a situaciones anteriores a su vigencia, como la elección del señor Alejandro Ordóñez Maldonado.

De ahí que la nulidad de la elección del Procurador General de la Nación vulnera el debido proceso, porque desconoce el artículo 29 de la Constitución, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme con leyes preexistentes al acto que se le imputa. Si las normas solo disponen para el porvenir, los jueces al aplicarlas no pueden formular “interpretaciones retroactivas”, pues al hacerlo desconocen las más mínimas garantías, entre otras, el principio de legalidad.

6. El artículo dos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a todas las autoridades estatales a ofrecer las garantías necesarias para el efectivo cumplimiento de los derechos y libertades previstos por la misma convención.

El artículo 23, numeral 1, literal c, de la Convención dispone que todos los ciudadanos deben gozar del derecho y de la oportunidad para tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de



su país. El numeral 2 de la misma norma prevé que por vía legal se reglamenta el ejercicio de los derechos y oportunidades para el acceso a las funciones públicas.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene determinado que corresponde únicamente a la ley⁵ señalar las causas para restringir el derecho de las personas al acceso a los cargos públicos.

La nulidad de la elección del señor Alejandro Ordóñez Maldonado trasgrede la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque se declaró con base en una prohibición creada por vía judicial y no por una norma, en este caso constitucional. Además, viola el derecho a elegir y ser elegido, previsto por los artículos 23.1 de la Convención y 40.1 de la CN.

7. La prohibición del artículo 126 de la Constitución para el servidor público es posterior a su designación, pues antes no tiene facultad nominadora, que precisamente es uno de los atributos de su investidura. Este es el entendimiento que el ordenamiento jurídico da a la norma constitucional, como se sigue del artículo 53 de la Ley 270 de 1996, que prohíbe a los funcionarios judiciales, una vez elegidos o nombrados, nombrar o postular para cargos a quienes participaron de su designación o sus familiares.

La prohibición del artículo 126 no puede considerarse intemporal ni puede aplicarse a una situación pasada, porque es imposible para un servidor público anticipar qué autoridad puede llegar a intervenir en un futuro nombramiento suyo. Así, cualquier jefe de una entidad pública tendría que desvincular a todos los empleados que tengan parentesco con servidores públicos que, en un futuro incierto, pudieran intervenir en la designación para un cargo al que hipotéticamente aspira a llegar.

⁵ Cfr., entre otras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 6 de agosto de 2008, *Caso Castañeda Gutman vs. México*.



En este caso, los nombramientos de los parientes de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia fueron anteriores al momento en que esa Corporación postuló al Procurador.

No es razonable exigir al demandado que, cuando hizo los nombramientos, debió prever que la Corte Suprema de Justicia lo iba a postular ante el Senado. Tampoco lo es, exigirle que antes de la postulación de la Corte Suprema de Justicia y para evitar una eventual inhabilidad, debió desvincular a los parientes de los magistrados, pues ¿cuál sería la causa legal para tales despidos?

8. Los demandantes acusaron el acto de elección del demandado por la supuesta violación del artículo 126 de la Constitución y adujeron como causales de nulidad la falta de competencia y la expedición irregular, porque la postulación obedeció a un intercambio de favores entre el Procurador y algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

En este caso no se configuraron estas causales de nulidad, porque el acto acusado se profirió por la autoridad competente y conforme al procedimiento. El hecho en que la sentencia pretende fundar la nulidad, en realidad, corresponde a una desviación de poder, que no se logró probar a lo largo del proceso.

9. Recientemente⁶, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo negó la solicitud de pérdida de investidura contra un representante a la Cámara, pues no encontró probada la causal de violación al régimen de conflicto de intereses.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de octubre de 2015, Rad 11001-03-15-000-2014-03169-00.



En esa oportunidad, la Sala estimó que como el congresista manifestó el impedimento ante el pleno de la Cámara y este fue negado, no se configuró la causal imputada, sin estudiar si la decisión sobre el impedimento fue correcta.

Ese criterio se cambió abruptamente en esta providencia, en contradicción con el artículo 103 del CPACA, que prescribe que, en virtud del principio de igualdad, todo cambio de jurisprudencia sobre el alcance y contenido de una norma debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Aunque los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que tenían parientes vinculados en la Procuraduría General de la Nación manifestaron impedimento para participar en la postulación del demandado y el pleno de la Corporación los negó, la sentencia pasó por alto esa determinación sin mediar razón alguna, descontó los votos de esos magistrados y anuló la elección del demandado por falta de la mayoría reglamentaria en la votación.

El Consejo de Estado no era competente para cuestionar la decisión de la Corte Suprema de Justicia acerca de la forma como negó los impedimentos, pues, como ya lo había señalado en la sentencia antes mencionada, no correspondía estudiar la decisión sobre los impedimentos manifestados.

No debe perderse de vista que el artículo 54 de la Ley 270 de 1996 prescribe que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia se deben tomar con el voto de todos sus miembros, salvo que exista causal legal de impedimento aceptada por la Corporación. También, que el miembro que incumpla este deber sin justa causa incurrirá en causal de mala conducta.



El artículo 40 del Acuerdo 006 de 2002, Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, tiene la misma previsión.

Una vez negado el impedimento, los magistrados estaban en la obligación de votar, porque no tenían causa legal para ausentarse de la votación en la que resultó postulado el demandado, so pena de haber incurrido en causal de mala conducta.

10. La sentencia avaló la imprecisión de los demandantes de que la violación del artículo 126 de la Constitución se produce por circunstancias objetivas, pero luego concluyó que el demandado tenía prohibido nombrar parientes de magistrados de la Corte Suprema de Justicia "para evitar el intercambio de favores", lo cual es un favor de tipo subjetivo que no se probó.

Entonces, se anuló la elección del demandado por desviación de poder de la Corte y del Senado en últimas, pero no se dio cuenta de un solo medio probatorio que soportara ese aserto.

11. El pronunciamiento es contradictorio con las decisiones adoptadas en este proceso, pues se negaron varios impedimentos formulados por algunos de los consejeros de Estado para conocer del asunto, precisamente por tener parientes vinculados a la Procuraduría General de la Nación.



10

Expediente nº.11001-03-28-000-2013-00011-00
Demandante: Rodrigo Uprimny Yepes y otros
Salvamento de voto

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE



11

Expediente nº.11001-03-28-000-2013-00011-00
Demandante: Rodrigo Uprimny Yepes y otros
Salvamento de voto

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00 acumulados 00008 y 00012

Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS

Demandado: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

Temas: Artículo 126 de la Constitución-Ampliación de los supuestos de la norma a situaciones que no prohíbe.

SALVAMENTO ADICIONAL DE VOTO

En sentencias del 15 de julio, radicación 2013-00006 y del 11 de noviembre de 2014, radicación 2013-00015, la Sala declaró la nulidad de los actos de elección de los magistrados Ricaurte y Munar con fundamento en una interpretación extensiva del artículo 126 de la Constitución, al crear una prohibición que no preveía ese precepto.

Como el fallo del 7 de septiembre de 2016 dijo reiterar esa interpretación para declarar la nulidad de la elección del Procurador Ordóñez, nos remitimos a los salvamentos de voto presentados por los consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y Carlos Alberto Zambrano Barrera para sustentar nuestro desacuerdo con el criterio entonces fijado y que en este pronunciamiento se extiende aun más.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA