

Bogotá, marzo de 2013

Señores magistrados y magistrada
Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo
Consejo de Estado
E.S.D

Ref: Acción electoral de nulidad contra el acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia nombró como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura al doctor Pedro Octavio Munar Cadena, por violación del artículo 126 de la Constitución Política.

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes y Paula Rangel Garzón, ciudadanos colombianos, director e investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia; identificados como aparece al pie de nuestras firmas, actuando en nombre propio y con fundamento en los artículos 139, 149, 164 y 275 a 296 (Disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral) del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), presentamos ante este Despacho Judicial **ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL** contra el acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia eligió como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura al doctor Pedro Octavio Munar Cadena, el día 13 de noviembre de 2012, por vulneración del artículo 126 de la Constitución Política.

Para fundamentar la presente acción electoral de nulidad, identificaremos con precisión cuáles son las pretensiones de esta acción (I); mencionaremos los hechos en los que se fundamentan tales pretensiones (II); plantaremos el cargo concreto que se eleva contra el acto administrativo demandado, así como los fundamentos de derecho en los que se apoya (III); señalaremos las razones por las cuales esta acción procede (IV); indicaremos las pruebas que aportamos al proceso en calidad de anexos (V), y señalaremos las pruebas que solicitamos que se practiquen (VI).

I. PRETENSIONES

La presente acción electoral pretende obtener la nulidad del acto administrativo a través del cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sesión del 13 de noviembre de 2012 eligió al doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; y posteriormente el 24 de enero del año 2013 confirmó su nombramiento. La razón de esta petición es que la elección del magistrado Munar violó el artículo 126 porque quienes participaron en la elección desconocieron la prohibición de nombrar en un cargo público a quien ha intervenido en su elección, y en este caso, varios de los magistrados que eligieron al doctor Munar habían sido elegidos previamente por él, o con su participación. En efecto, si el artículo 126 prohíbe a un funcionario usar el poder de designación para nombrar a los familiares de quien intervino en su propia elección, es obvio que, con mayor razón, le está prohibido nombrar a la persona que directamente intervino su elección.

Así las cosas, es conveniente señalar que, por medio de esta acción electoral, se ataca la elección del doctor Pedro Octavio Munar Cadena como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura. En sentido estricto, el objeto de esta acción es la nulidad de los actos administrativos de elección, y no una demanda contra la persona del doctor Pedro Octavio Munar Cadena. A continuación presentamos nuestras pretensiones:

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo por el cual los magistrados de la Corte Suprema de Justicia eligieron como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura al doctor Pedro Octavio Munar Cadena, el día 13 de noviembre de 2012.
2. Que se declare la nulidad del acto administrativo por el cual los magistrados de la Corte Suprema de Justicia confirmaron el nombramiento del doctor Pedro Octavio Munar Cadena, el día 24 de enero del 2013.
3. Que como consecuencia de lo anterior se ordene a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia la repetición de la elección del magistrado del Consejo Superior de la Judicatura sin violar el artículo 126 de la Constitución Política.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

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 Rugeles, la Corte Suprema de Justicia adquirió competencia para nombrar al reemplazo de los dos referidos integrantes de esa corporación.
2. Para ocupar la vacante, la Secretaría General informó a través de un comunicado de prensa que se elegirían a los dos nuevos magistrados del Consejo Superior de la

Judicatura y podría postularse quien estuviese interesado. Para la designación, cada sala especializada postularía algunos nombres y luego la Sala Plena votaría.

3. Antes de la votación para elección de los magistrados, en sala plena, los magistrados de la Corte Suprema discutieron si era posible nombrar a quienes hubiesen intervenido en su elección, pues persistía la duda de si esto era una violación al artículo 126 de la Constitución. Hubo dos posiciones encontradas: la que consideraba que dicha conducta estaba prohibida; y la que no encontraba prohibición. La primera postura respaldada por un grupo de magistrados consideraba que si el artículo 126 censura la designación de los familiares de quienes han intervenido en su propia elección, con mayor razón reprocha la designación de la persona que intervino en su elección. Consideraban además que dicha conducta es odiosa frente a la moralidad y la igualdad. Y que si es posible prohibir lo más (designación de familiares de quien fue competente para el nombramiento) está prohibido lo menos (designar directamente a quien fue competente en el nombramiento). Por su parte, quienes consideraban que no existía prohibición decían que la ley no contempla de forma expresa dicha conducta, por lo tanto, en virtud del principio de taxatividad y de legalidad, no exista dicha prohibición ni inhabilidad. Estimaban también que no era posible hacer una interpretación extensiva ni analógica; y que el objetivo de hacer dichos nombramientos era que accediera al cargo una persona que conozca la Rama Judicial.¹
4. El 13 de noviembre de 2012, de acuerdo con el comunicado de prensa emitido por la Corte Suprema de Justicia, dicha corporación eligió como magistrados del Consejo Superior de la judicatura a los doctores Pedro Octavio Munar Cadena y Francisco Javier Ricaurte Gómez.
5. En la elección del doctor Pedro Octavio Munar Cadena, tal como consta en el acta 35 del 13 de noviembre de 2012, se sometió a una primera votación los nombres postulados y la votación fue la siguiente: Romelio Leñas Daza Molina (0 votos); Sigifredo Espinosa Pérez (4 votos); Pedro Octavio Munar (11 votos); Eduardo Reina Andrade (1 voto); Roberto Suárez (0 votos); Votos en blanco (3 votos); votos nulos (0 votos); total de votos (19 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 3 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 votos en blanco;

¹ Acta No. 34 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 1 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.eleccionvisible.com/files/Impedimentos%20Corte%20Suprema.pdf>

y cuando se sometió de forma individual el nombre del Dr. Espinosa, él obtuvo 8 votos, 11 votos en blanco. Posteriormente pro petición de la Dr. 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 fueron 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 Dres. 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 Ocatavio Munar Cadena como magistrado de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en reemplazo del Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

6. El 24 de enero de 2.013 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia confirmó el nombramiento del doctor Pedro Octavio Munar Cadena.
7. El doctor Pedro Octavio Munar Cadena fue magistrado de la Corte Suprema de Justicia desde el 1 de noviembre de 2003 hasta el 31 de octubre de 2011.
8. Siendo magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el doctor Pedro Octavio Munar Cadena intervino en la designación de otros magistrados de la Corte Suprema de Justicia, muchos de los cuales, en noviembre pasado, lo designaron para ocupar la vacante del Consejo Superior de la Judicatura. En específico intervino en la designación de: Jorge Mauricio Burgos Ruiz (23 de noviembre de 2010), José Leonidas Bustos (21 de febrero de 2008), Fernando Alberto Castro Caballero (23 de noviembre 2010); José Luis Barceló Camacho (10 de febrero de 2011); Elsy del Pilar Cuello Calderón (10 de mayo de 2007); Ruth Marina Díaz Rueda (13 de julio de 2006); Rigoberto Echeverri Bueno (27 de octubre de 2011); María del Rosario González Muñoz (26 de junio de 2007); Fernando Giraldo Gutierrez, 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).
9. Por consiguiente, como los anteriores magistrados no podían votar por el exmagistrado Munar, entonces sus votos son nulos por quebrantar el artículo 126 de la Constitución, como se explicará ulteriormente en los fundamentos jurídicos de esa demanda. Es pues necesario excluir de la votación a favor del exmagistrado Munar esos votos, y sin ellos es obvio que el magistrado Munar no obtuvo la mayoría requerida, por lo cual su elección es nula.

10. Así pues, finalmente el doctor Munar fue elegido con 16 votos a favor de 19 votos posibles. Si estos datos se revisan en conjunto con los hechos del numeral 8 es evidente que de 19 magistrados, 15 tenían prohibido votar por él pues el doctor Munar había participado en su elección. Y solo tres magistrados se abstuvieron de votar por él: el Dr. Solarte, la Dra. González Muñoz y otro que se desconoce. Los dos primeros hacen parte de ese grupo de 15 magistrados que no podían votar por él, así que menos ellos dos, son 13 votos de otros magistrados sobre quienes recaía la prohibición. Pero suponiendo incluso que uno de los votos en blanco y que se desconoce su nombre efectivamente no podría votar por él, subsisten 12 votos de 12 magistrados efectivamente votaron por el Dr. Munar con violación del artículo 126 de la Constitución. En consecuencia si de los 16 votos que obtuvo el doctor Munar, 12 no pueden contabilizarse a su favor: su elección no obtuvo la mayoría necesaria.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Cargo único: La elección de los nuevos magistrados del Consejo Superior de la Judicatura violó el artículo 126 de la Constitución, en armonía con las normas legales y reglamentarias que definen la mayoría requerida para que la Sala Plena de la Corte Suprema pueda nombrar a alguien.

El artículo 126 de la CP prohíbe a los servidores públicos designar en cargos públicos a los familiares cercanos y a los cónyuges y compañeros permanentes de los funcionarios competentes para intervenir en su designación, y aunque omite expresamente decir que tampoco podrá nombrar directamente a los funcionarios competentes para intervenir en su designación, consideramos que esta conducta también debe entenderse prohibida. Por lo tanto, este cargo se fundamenta en la violación de la prohibición del artículo 126 por parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia cuando eligieron al doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, dado que éste último intervino en la elección de aquellos. Y en el hecho de que al violar esa prohibición constitucional, los votos de esos magistrados son nulos y deben ser restados de la mayoría obtenida, con lo cual la elección del señor Munar se torna nula, por no reunir la mayoría requerida.

Para desarrollar nuestro argumento, comenzaremos por recordar los antecedentes del artículo 126 de la Carta, que son relevantes para este estudio, para luego explicar el alcance de la prohibición que dicha norma establece, mostrando que ésta debe ser interpretada en forma amplia, para luego examinar las posibles objeciones a esa interpretación amplia, más allá de su tenor literal, de dicha prohibición constitucional.

a. Anotaciones: Antecedentes del artículo 126 en la Asamblea Nacional Constituyente.

El artículo 126 de la Constitución tuvo origen en el proyecto presentado por varios constituyentes, entre ellos Carlos Lleras de la Fuente y Abel Rodríguez quienes en la exposición de motivos del articulado sobre los servidores públicos señalaron la importancia de un exigente régimen para los servidores públicos que provenía de algunos proyectos de reforma como el del ex presidente Belisario Betancur quien a través de Augusto Ramírez entregó un “severo régimen para la remoción de servidores públicos y unas claras prohibiciones para evitar la disposición de cuotas personales en los presupuestos públicos y en las nóminas”². Así se introdujo un artículo que no estaba en la Constitución anterior que decía: “En ninguna elección o nombramiento podrán designarse personas que estén ligadas entre sí por matrimonio o que sean parientes en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con quienes intervienen en la elección o nombramiento o han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación. La violación de esta prohibición genera la nulidad del respectivo acto”

Este artículo sufrió modificaciones de la Comisión Codificadora, del Instituto Caro y Cuervo y algunos en sesiones y plenaria, pero el más importante fue el cambio que sufrió cuando pasó de la comisión tercera al primer debate de plenaria, pues se eliminó la prohibición expresa de elegir a quien hubiese participado en la elección o nombramiento de quien debe hacer la elección y se introdujo la prohibición de nombrar a los familiares de dichas personas. La razón del cambio fue que algunos constituyentes aunque aplaudían el artículo, consideraban incongruente que algunos servidores públicos no pudieran nombrar a quienes intervinieron en su elección, específicamente en el caso del Presidente de la República y los alcaldes, pues a su juicio, este artículo obligaba a nombrar a toda la oposición que no intervino en su elección.³ Para evitar que eso sucediera se hizo el cambio señalado.

Es obvio entonces que el constituyente buscaba castigar la conducta de un servidor público que nombra a quien intervino en su designación pero reformó dicho artículo con el único fin de flexibilizar la capacidad de nominación de los servidores públicos de elección popular. No obstante, para no eliminar el reproche que generaba la devolución de favores a través de las facultades de nominación prohibió que se nombre a las personas que tienen lazos con quienes fueron competentes para su designación, pues el objetivo de eliminar las dinastías políticas (como mencionaban los constituyentes) persistía y el cambio del texto fue solo para no generar incongruencias.

² Gaceta No. 68 Pág. 17

³ Ver acta de sesión de comisiones del artículo 126.

Ahora bien, el reproche que fundamenta las prohibiciones “para evitar la disposición de cuotas personales”⁴, se mantiene. Por lo tanto, esta aclaración histórica debe guiar la interpretación obvia que deba hacerse de la norma constitucional, que incluye que si no se trata de servidores públicos de elección popular existe una prohibición de designar en un cargo público a aquellos que intervinieron en su propia designación.

A continuación retomaremos los argumentos de la demanda que de forma autónoma apoyan nuestra afirmación según la cual se violó el artículo 126 cuando los magistrados de la Corte Suprema de Justicia eligieron al doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura.

b. El alcance de las prohibiciones del artículo 126 de la Constitución

El cargo que presentamos se fundamenta en la violación directa del artículo 126 de la Constitución Política que dice lo siguiente:

“Artículo 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” (subraya fuera del texto).

El anterior texto constitucional contiene una imprecisión técnica, pues parece prohibir que los servidores públicos designen a personas vinculadas por lazos de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o por lazos de matrimonio o unión permanente con los servidores públicos competentes para intervenir en su designación, pero no que los servidores públicos designen directamente a los servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Así, una interpretación puramente literal de esta norma lleva un absurdo sobre su contenido, alcance y finalidad, pues prohibiría que, por ejemplo, el director de un establecimiento público para cuya designación era competente otro funcionario público designara en un cargo público a la cónyuge o al hermano de este funcionario público, pero no prohibiría que el director del establecimiento público designara en un cargo al propio funcionario público competente para intervenir en su designación.

⁴ Así se señaló en la exposición de motivos del artículo

Esta interpretación es no sólo absurda sino incompatible con la finalidad de la norma, la cual busca garantizar, coloquialmente hablando, que los servidores públicos no paguen favores a las personas competentes para su designación, una vez designados, mediante el nombramiento en cargos públicos de estas personas o de sus familiares cercanos, cónyuges o compañeros permanentes. Así, la norma busca prohibir prácticas clientelistas e incluso corruptas, mediante las cuales la intervención en la designación de un servidor público por parte de otro se viera condicionada a que aquél designara en un cargo público a éste o a un allegado suyo, o fuera “recompensada” o “pagada” por aquél con este “favor”. Por tanto, para evitar que la interpretación de esta prohibición constitucional conduzca a absurdos, es fundamental interpretarla en el sentido de que la misma también aplica respecto del propio servidor público competente para la designación de aquel funcionario público en cabeza del cual recae la prohibición.

En ese sentido, el artículo 126 de la CP prohíbe a los servidores públicos designar en cargos públicos a los funcionarios que son competentes para intervenir en su designación, así como a los familiares cercanos y a los cónyuges y compañeros permanentes de éstos. Por lo tanto, este cargo se fundamenta en la violación de la prohibición del artículo 126 por parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia cuando eligieron al doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, dado que éste último intervino en la elección de aquellos.

Ahora bien, esta afirmación parece tener una objeción que consiste en que las prohibiciones e inhabilidades son taxativas y deben ser de interpretación restrictiva; y que bajo ese supuesto, los servidores públicos no tendrían prohibido nombrar a los funcionarios competentes para intervenir en su designación, aunque sí tendrían prohibido nombrar a los familiares de los competentes para elegirlos. A continuación responderemos a esta objeción con tres argumentos que de forma autónoma respaldan nuestra interpretación y dejan sin fundamento la objeción, a saber: primero, es posible hacer una interpretación de las normas que contienen prohibiciones incluyendo supuestos que están implícitos en las mismas, conforme a criterios lógicos de interpretación, como lo ha señalado la propia jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia; segundo, existe una diferencia entre las prohibiciones para particulares y para servidores públicos, siendo posible interpretar más allá de su tenor literal las prohibiciones que recaen sobre estos últimos, siempre y cuando esa interpretación (que no es distinta a la aplicación analógica) sea necesaria para satisfacer los propósitos para los cuales fue establecida la prohibición; y tercero, la prohibición del artículo 126 puede no generar una responsabilidad individual de los funcionarios pero sí una nulidad del acto pues atenta contra los principios de la función pública y bienes constitucionales especialmente protegidos como la moralidad pública, la igualdad y el interés especial de erradicar el nepotismo y el clientelismo de la administración.

c. La interpretación de las normas que contienen prohibiciones e inhabilidades

En este apartado responderemos a la principal objeción a nuestro argumento para solicitar la nulidad del acto de elección que considera que no está prohibido a los funcionarios públicos nombrar a quien fue competente en su elección. Para ello señalaremos qué ha dicho la jurisprudencia al respecto y qué pautas jurisprudenciales deben aplicarse en el caso concreto.

Un antecedente importante es la sentencia que decidió que la elección del actual magistrado de la Corte Constitucional Nilson Pinilla presentada por varios ciudadanos por violación a la ley de cuotas y por violación al artículo 126 de la Constitución, este último porque el doctor Pinilla intervino en la designación de quienes posteriormente lo eligieron como magistrado de la Corte Constitucional. En dicha ocasión la demanda también señaló que la prohibición del artículo 126 traía implícita la prohibición de nombrar a quien hubiese intervenido en su propia elección, más no solo a sus familiares. La demanda explicó que el artículo 240 de la Constitución⁵ que exige a los nuevos magistrados de la Corte Constitucional no haber sido magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o Ministros en el último año, no es excluyente con el cumplimiento del artículo 126 pues los dos artículos traen condiciones diferentes que deben cumplir las elecciones de los magistrados de la Corte Constitucional.

La sentencia se concentró en el cargo de violación a la ley de cuotas y respondió rápidamente, casi sin argumentación, el cargo relativo a la violación del artículo 126 constitucional diciendo que las inhabilidades como prohibiciones debían interpretarse de forma restrictiva y no podían ampliarse a conductas no descritas; y que además, en el Código Único Disciplinario no existía ninguna norma que señalara que la conducta reprochada por los demandantes fuera una inhabilidad, incompatibilidad o impedimento para elegir o acceder al cargo. Literalmente así lo señaló el Consejo de Estado:

“Dado que las inhabilidades, en cuanto son prohibiciones, deben aplicarse de manera restrictiva (artículo 31 del Código Civil), no puede ampliarse el alcance de la inhabilidad en comentario a hechos no previstos en la norma constitucional, como los que plantean los demandantes, pues, no está probado parentesco alguno entre los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el demandado, razón suficiente para desestimar el cargo.

⁵ El artículo 240 de la Constitución dice: “No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado”

Por lo demás, la Ley 734 de 2002 o Código Único Disciplinario (artículos 35 a 41) no prohíbe la conducta descrita por los actores ni la prevé como causal de inhabilidad, impedimento o incompatibilidad para desempeñar cargos públicos. De otra parte, la Ley 270 de 1996 tampoco prohíbe a los funcionarios judiciales escoger algún candidato que haya intervenido en su designación, ni consagra inhabilidad, impedimento o incompatibilidad por ese hecho (artículos 150, 151 y 154). En consecuencia, no hubo impedimento alguno de los Magistrados de la Corte Suprema que postularon para la terna al demandado, quien, a su vez, había intervenido en su designación, ni del demandado mismo.”⁶

La sentencia aplica un principio válido según el cual la interpretación de las causales de inhabilidad debe ser restrictiva y no caben aplicaciones analógicas de dichas causales. Sin embargo, consideramos que dicha aplicación para desestimar el cargo no estuvo debidamente fundamentada. Esto, porque la interpretación restrictiva que debe guiar la materia de inhabilidades e incompatibilidades, no implica que una norma nunca pueda ser objeto de interpretaciones y que solo obligue el tenor literal de la misma. El Consejo de Estado en esa sentencia confundió entonces la aplicación analógica de una inhabilidad para un particular con la interpretación extensiva del tenor literal de una prohibición, cuando dicha interpretación extensiva es necesaria para satisfacer el propósito de la norma y evitar que su aplicación conduzca a absurdos. Mucho más cuando la misma jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia ha admitido que en algunos casos pueden ampliarse las prohibiciones, más allá de los casos literales de la norma.

Vale resaltar algunas decisiones judiciales que han ampliado las prohibiciones o inhabilidades en las que aplica la interpretación restrictiva. Por ejemplo, la decisión del Consejo de Estado cuyo Consejero Ponente fue el doctor Ricardo Hoyos Duque que concluyó que la prohibición de los servidores públicos de contratar con el Estado, incluye la prohibición de presentar propuestas de licitación. En esa decisión es de resaltar que la Corporación afirmó que si bien la interpretación analógica está prohibida en materia disciplinaria, sí es posible interpretar la norma para entender su contenido:

“En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente. Esto significa que la interpretación finalista o teleológica, debe conducir al intérprete a cobijar aquellas situaciones que están insitas en el supuesto lógico de la norma”⁷

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Fecha: 23 de septiembre de 2008. C.P. Héctor J. Romero Díaz

⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Bogotá., once (11) de septiembre de dos mil tres (2003).

Acto seguido, la sentencia cita una decisión de la Corte Suprema de Justicia que sostiene que si bien no es posible hacer una interpretación analógica, si es posible hacer una interpretación extensiva cuando por lógica hay una hipótesis no literal, pero implícita en la norma. Así transcribe el Consejo de Estado la sentencia:

“Las normas que establecen excepciones pueden ser objeto de interpretación extensiva pero no de aplicación analógica. No repugna a la naturaleza de las normas excepcionales la interpretación extensiva, cuando aparece que la hipótesis cuestionada está incluida por modo claro, aunque implícito, en la misma norma.”⁸ (Se transcribe con subrayas que hizo el Consejo de Estado)

Así pues, es posible aceptar que existen hipótesis implícitas en las normas disciplinarias y que las normas en estos casos deben ser objeto de interpretación, pues como concluye el Consejo de Estado en la decisión previamente referenciada:

“(…) la interpretación de normas que establecen prohibiciones no puede realizarse en forma absurda o con desconocimiento de las situaciones que están insitas en el supuesto lógico de la ley.”⁹

En ese sentido, existen múltiples decisiones. A continuación señalaremos cuatro decisiones más en las que los jueces se han visto obligados a interpretar la norma que debe regirse por interpretación restrictiva para darle sentido.

La primera decisión es del Consejo de Estado también del Consejero Ricardo Hoyos Duque del 27 de enero de 1998 que hace una interpretación lógica del artículo 179 numeral 5 de la Constitución que dice que no podrán ser congresistas “*Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política*” (Subrayas propias). La interpretación lógica de la sentencia consiste en decir que aunque en la norma constitucional solo se hace referencia expresamente al tercer grado de consanguinidad, debe entenderse que se incluye también el primer y segundo grado; pues de lo contrario esto llevaría a una interpretación absurda pues una persona podría ser congresista a pesar de ser el hijo o el hermano de un funcionario que ejerza autoridad civil o política, pero no si es sobrino del mismo. Así mismo, la sentencia justifica su interpretación en el propósito constitucional que pretende evitar que se use el poder que se

⁸ Sentencia proferida el 27 de marzo de 1958.

⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Bogotá, once (11) de septiembre de dos mil tres (2003).

tiene cuando se hace parte del Estado con fines electorales.¹⁰ Acto seguido, la sentencia advierte:

“Una interpretación ad absurdum significaría aceptar que la inhabilidad se configura frente a los aspirantes que tienen tíos o sobrinos que desempeñan cargos con autoridad política o civil y no frente a los hermanos, padres o abuelos en la misma situación, donde la relación afectiva que es la razón de ser de la inhabilidad es mas (sic) estrecha.

De allí que resulte razonable para el interprete sostener que si se configura la inhabilidad cuando se tienen tíos o sobrinos que desempeñan cargos con autoridad política o civil, con mayor razón (argumento de menor a mayor) la inhabilidad existe en tratándose de padres e hijos, hermanos, nietos o abuelos por cuanto los lazos afectivos son mayores.

Se trataría, por tanto, más de un error de redacción que de una explícita exclusión por el constituyente de la causal de inhabilidad que se discute.”

Esta decisión ha sido retomada en diferentes ocasiones, en una de ellas en la sentencia del 11 de febrero de 2008¹¹ del Consejero Enrique Gil Botero, que enfrentó el argumento de taxatividad de las inhabilidades y de prohibición de interpretación extensiva, afirmando que se trata de una interpretación lógica y que no es una interpretación extensiva porque el tercer grado de consanguinidad incluye el primero y el segundo; diferente sería que se incluyera el cuarto o quinto. Así lo señaló textualmente la sentencia:

“Este entendimiento, que a primera vista podría descalificarse porque interpreta ampliamente una causal de inhabilidad, en realidad no produce este efecto, por dos razones: i) en primer lugar, porque sólo interpreta lógicamente la misma, sistema hermenéutico admisible para este tipo de normas, pues no es igual interpretación extensiva o la analógica, que la lógica, a la cual siempre debe acudir el operador jurídico, y con mayor razón el juez. ii) De otro lado, tampoco es válido pensar que se trate de una interpretación extensiva, pues, para la Sala, en esta inhabilidad se comprenden los parentescos en segundo y primer grado de consanguinidad –porque el tercer grado los contiene–; criterio que no amplía la norma, abarcando lo que no cabe en ella; lo que sí ocurriría si se pretendiera incluir el cuarto, quinto o más grados de consanguinidad.”¹²

La segunda, es una decisión del Consejo de Estado sobre las elecciones en el municipio de Guática que deben guiarse también por causales taxativas y deben ser de aplicación restringida. Los Consejeros debían interpretar la Ley 96 de 1985 según la cual, la introducción extemporánea de los pliegos electorales en el arca triclave es causal de

¹⁰ Para este fin, la sentencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque del 27 de enero de 1998 cita la Gaceta Constitucional, No. 79, página 16.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de febrero de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹² *Íbidem*.

nulidad. En este caso, la introducción del acta, que hace parte de los pliegos no ocurrió nunca. Por lo tanto, hubo una falta absoluta que no se ajusta a las causales taxativas de nulidad que solo prevén la introducción extemporánea. El Consejo de Estado concluyó que la rigidez de las causales de nulidad no podía llevar al absurdo de sancionar la extemporaneidad en la entrega de las actas y no castigar la no entrega, pues si se condena un comportamiento *leve* (extemporaneidad), claramente, y con mayor razón, esto es a *fortiori*, debe condenarse el más *grave* (falta absoluta). Para mostrar el importante análisis de esta Corporación citaremos en extenso la sentencia:

“Ciertamente las causales de nulidad son taxativas y de interpretación restringida, de suerte que no admiten analogía. Pero la aplicación de la citada causal al caso que se examina no sería por la vía de la extensión analógica, con base en una relación de semejanza entre el hecho previsto y el no regulado, sino porque la lógica impone la conclusión de que si son nulos los pliegos electorales que fueron introducidos extemporáneamente en el arca triclave, a *fortiori*, lo son los que nunca fueron depositados en ella.

De modo que esa tácita previsión legal, es decir, la comprensión implícita por la ley de esa modalidad extrema de su violación, se deduce de ella por un imperativo lógico, de razón, que rechaza la posibilidad de que se sancione con la nulidad el incumplimiento parcial de su mandato y en manera alguna el total o absoluto, el más leve, en términos relativos, y no el más grave quebrantamiento de la norma.

La razón exige que la forma extrema de ese incumplimiento del mandato legal de introducir los pliegos electorales en dicha arca dentro de cierto término, tenga por lo menos la misma sanción.

Se podría decir, en suma, que en el hecho explícitamente indicado por la ley (haber llegado tarde) está implícita la extrema condición del mismo (no haber llegado nunca). Estima la Sala que una rígida hermenéutica de las causales de nulidad no puede conducir al absurdo de que sean nulas las Actas de Escrutinio introducidas en el arca triclave un segundo después de las once de la noche y válidas las que nunca estuvieron en ella.”

Nótese la similitud de este caso con el tema abordado en la presente demanda sobre el alcance de la prohibición constitucional establecida por el artículo 126 de la Carta pues el problema es prácticamente el mismo. Así, como sería absurdo que fuera nula la elección si se introdujo tarde en el arca triclave el acta de escrutinio pero no aquella en donde nunca se introdujo dicha acta, sería totalmente absurdo que la interpretación del artículo 126 fuera que un funcionario A no puede nombrar al familiar de B, que fue quien lo nombró, pero en cambio si pudiera nombrar a B. Y por ende, así como hay que interpretar la causal de nulidad de la Ley 96 de 1985, según la cual ésta prevé la no inclusión del pliego electoral (a pesar de que literalmente solo hable de la introducción extemporánea del mismo), debe interpretarse el artículo 126 constitucional en el sentido de que la prohíbe que el servidor

público nombre a quien lo nombró (a pesar de que literalmente solo hable de nombrar a los familiares de quien lo nombró).

La tercera decisión muestra que incluso en materia penal, la Corte Suprema de Justicia ha extendido prohibiciones a casos no contemplados taxativamente en la ley en una materia en donde rige el principio de legalidad en forma particularmente estricta, como es en materia penal. Esto sucedió en una sentencia del 2011 del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero¹³ en la que en aplicación del numeral 8 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 que prohíbe conceder beneficios o subrogado judicial o administrativo a los procesados por delitos de abuso sexual contra menores de edad,¹⁴ la Corte decidió que debe extenderse la prohibición anterior a las peticiones de libertad provisional, de suerte que los procesados por dichos delitos no podrán obtener la libertad provisional en razón del artículo 199 de la ley 1098 de 2006. Para ello, la Corte retomó la decisión de un magistrado de Sincelejo que señalaba:

“...el Magistrado del Tribunal de Sincelejo recalcó en el contenido del numeral 8 del artículo 199 del estatuto en mención y lo ponderó al lado del párrafo de dicho artículo 2 y la decisión del 17 de septiembre de 2008, como también de las consideraciones atinentes a la protección y prevalencia de los intereses de los menores, según lo ordena la Constitución Política, y fue de esta manera como concluyó, entonces, en que la intención del legislador fue la de excluir de cualquier prebenda a los procesados por ciertas conductas punibles - entre ellas las constitutivas de abuso sexual- en perjuicio de los menores, motivo por el cual debe entenderse incluida la concesión de la libertad provisional”

Por esta razón, en dicha sentencia, la Corte Suprema de Justicia negó la libertad por vencimiento de términos a un procesado y reconoció que interpretó la norma de forma conjunta con otras, así:

“La prohibición extendida a la libertad provisional obedece a una interpretación del numeral 8° del artículo 199 de la norma en cuestión al advertir que —Tampoco procederá ningún otro beneficio y fruto de una hermenéutica sistemática del precepto para los asuntos regidos por la Ley 906 de 2004, en tanto sí fue contemplada para los tramitados por la Ley 600 de 2000, como se señala en su párrafo transitorio”¹⁵

Más allá de lo discutible que sea la decisión, es evidente que existió un ejercicio de interpretación para incluir la libertad provisional en las prohibiciones que tienen los

¹³ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

¹⁴ Dice el artículo numeral 8 del artículo: “Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva”

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal. M.P. María del Rosario González Muñoz. 30 de mayo de 2012. Exp: 37668.

procesados por cierto tipo de delitos, siendo esta una prohibición que no estaba taxativa en la norma que ahora la incluye. Lo cual contrasta con el principio de interpretación restrictiva que también aplica en materia penal, e incluso, de forma más estricta. No obstante, la sala penal de la Corte Suprema de Justicia no ha sido ajena a ello, pues ha reconocido la necesidad de interpretar el contenido de una prohibición más allá de lo que aparentemente se desprende de su estricto tenor.

La cuarta decisión es un caso similar de la Corte Suprema de Justicia relacionado con el porte de armas de fuego en donde ese tribunal extendió ese tipo penal a los acompañantes de quienes incurran en ese comportamiento. En diferentes sentencias, por ejemplo la de 24 de abril de 2003, la Corte Suprema de Justicia en sala de casación penal, fallando en el proceso N 17618 (MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón) confirma la jurisprudencia del mismo tribunal (MP. Ricardo Calvette Rangel) acerca del porte ilegal de armas, donde se extiende el alcance del verbo portar, ampliando el delito a coautoría para quienes sin llevar el arma acompañan a quien la porta.

Estos ejemplos demuestran que es posible una la interpretación más allá del tenor literal de estas normas de prohibiciones y que esto no implica una aplicación analógica de estas prohibiciones sino una interpretación extensiva, conforme al propósito de las prohibiciones.

En suma, todas estas decisiones demuestran que la taxatividad y la interpretación restrictiva deben imperar en el derecho disciplinario y en derecho penal, pero esto no pugna con que en algunos casos puedan extenderse las prohibiciones más allá de su tenor literal, con el fin de interpretarse el sentido lógico de las mismas, lo cual a veces no se obtendría si solo se hiciera una interpretación literal.

Por lo tanto, cuando la norma no tiene en su literalidad hipótesis que sean lógicas y necesarias para el sentido de la norma, estimamos que puede hacerse una interpretación para ampliar el alcance con el fin de darle eficacia jurídica a la prohibición implícita. Esto, no desconoce el mandato de que en principio la interpretación de las prohibiciones debe ser restrictiva y existe igualmente una prohibición de analogía. Nuestro planteamiento es que, en principio, el intérprete debe atenerse al tenor literal de las prohibiciones, salvo que aparezca claro que esa interpretación literal restrictiva conduce a contradicciones y es incompatible con el propósito mismo de la prohibición. Esta conclusión es aún más clara cuando la interpretación literal restrictiva implica la sanción de hechos menos graves mientras que permite la validez de hechos mucho más graves.

En consecuencia, consideramos que una interpretación lógica del artículo 126 de la Constitución permite concluir que ésta contiene una hipótesis que consiste en que está prohibido nombrar a las personas que intervienen en la designación del funcionario

público. Si aplicamos el argumento del Consejo de Estado en el caso de los pliegos que no se depositaron en el arca triclave al caso concreto debería aplicarse la hipótesis implícita del artículo 126 de la Constitución. Así las cosas, si se sanciona una conducta que podríamos denominar *leve*, cuando prohíbe que los funcionarios nombren a familiares de quienes intervinieron en su elección, a fortiori debe prohibirse la conducta más *grave* de nombrar directamente a las personas que intervinieron en su elección.

Así mismo, si el constituyente encontró reprochable la conducta de un funcionario que nombra los familiares de quien fue competente para nombrarlo, no es menor el reproche cuando nombra directamente a quien lo nombró.

Por todo esto, solicitamos al Consejo de Estado que declare que en virtud del artículo 126 constitucional existe una prohibición a los funcionarios públicos de nombrar a quienes han intervenido en su elección; y con ello, declare la nulidad del acto de elección del doctor Pedro Octavio Munar Cadena en tanto fue elegido por los magistrados de la Corte Suprema en cuya elección el participó.

d. Diferencia entre prohibiciones para un servidor público y prohibiciones para los particulares

Un argumento suplementario para sustentar nuestra interpretación del artículo 126 de la Carta, que desarrollamos en este escrito, es la diferencia entre las prohibiciones para particulares y para funcionarios públicos, siendo posible interpretar más allá de su tenor literal las prohibiciones que recaen sobre estos últimos, siempre que sea necesaria para satisfacer los propósitos para los cuales fue establecida la prohibición. Y en el caso concreto, demostraremos que del artículo 126 se desprende una prohibición (no para un particular sino para un servidor público) de nombrar a quienes han sido competentes para intervenir en su elección.

El artículo 6 de la Constitución señala que los particulares son responsables por infringir la Constitución y la ley; y los servidores públicos lo son por lo mismo, y por omisión o extralimitación de sus funciones.¹⁶ Así pues, la responsabilidad de los servidores públicos es mucho más amplia y adicionalmente, deben actuar bajo ciertos principios constitucionales y legales, pues de lo contrario también son responsables, a saber: igualdad,

¹⁶ El artículo 6 de la Constitución dice: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.¹⁷

Los deberes generales de los funcionarios públicos, se traducen también en prohibiciones generales. Así las cosas, el deber de actuar bajo la moralidad pública, genera una prohibición de actuar en contra de ella.

En ese sentido, existe una diferencia entre las prohibiciones de los particulares y las prohibiciones de los servidores públicos, las de los primeros deben estar expresamente en la ley; mientras que las de los segundos, no necesariamente. Esto, porque si todas las prohibiciones de los funcionarios públicos deben estar en la ley, entonces debe haber una enumeración de todas las conductas que puedan afectar los principios generales como la moralidad y la transparencia; y debería estar en la ley cómo se configura la extralimitación y la omisión en cada tipo de conducta, lo cual no es posible.

Ante dicha imposibilidad, para asegurar que un servidor público tiene prohibida cierta conducta en muchos casos es necesario acudir a principios de la función pública y hacer una interpretación de las normas, incluso las que contienen prohibiciones. Por ejemplo, si no existe conducta expresa que prohíba cierta conducta, pero es obvio el daño que ella genera a un bien que debe proteger el servidor público, está prohibida. Lo anterior porque aunque la conducta no esté expresamente prohibida, el servidor público estaría atentando contra un bien protegido y que debe guiar sus actuaciones. Y además, los servidores públicos están sometidos a una prohibición general, que es que no pueden ejercer sino las competencias que les han sido conferidas.

En el mismo sentido, jurisprudencialmente se ha exigido más a los servidores públicos que a los ciudadanos, tanto así que ante dos conductas posibles, deben escoger aquella que cause la menor afectación a los bienes constitucionales:

“Cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de

¹⁷ El artículo 2 de la ley 909 de 2004 dice: “La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.”

quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados.”¹⁸

En el caso concreto, el artículo 126 de la Constitución tiene como fin erradicar el clientelismo y el nepotismo que son contrarios a la moralidad pública y a la transparencia, el mérito y la imparcialidad; y los servidores públicos también deben actuar de acuerdo a estos principios y tienen prohibido su violación. El artículo constitucional enuncia de forma clara algunas conductas prohibidas, tales como nombrar a familiares hasta cuarto grado de consanguinidad, o nombrar a quienes estén unidos por los mismos lazos con personas que hayan intervenido en su designación; pero eso no quiere decir que esa sea la única vía en la que se protege la moralidad pública, pues cuando un funcionario público puede por otra vía atentar contra la moralidad pública, tiene prohibida también dicha actuación.

Si el artículo constitucional reprocha devolver favores a través de la competencia para hacer nombramientos y reprueba expresamente que se devuelvan favores a las personas que nombraron a dicho funcionario, en este caso prohibiendo nombrar a los familiares de los competentes en la designación; con mayor razón debe ser reprochable usar el poder de nombramiento para favorecer directamente a quien en el pasado lo favoreció, pues elemento que se pretende erradicar persiste: beneficiar a quien fue competente en su designación. Esta última conducta tiene la entidad para violar la prohibición constitucional pues contraría el principio que busca proteger: la moralidad pública, la transparencia, la imparcialidad, la independencia y el acceso equitativo a cargos públicos.

Si los servidores públicos deben asegurar el cumplimiento de la moralidad pública, deben tener prohibido también usar su poder de nombramiento para designar a aquellas personas que fueron competentes para nombrarlos. Dicho de otra forma, aunque la conducta no esté expresamente en la norma, es obvio el daño que genera a la moralidad pública y por lo tanto está prohibida. Y en forma genérica les está prohibido realizar actos para los cuales carecen de competencia.

Ahora bien, los principios de moralidad, imparcialidad e independencia no son ajenos a la función de pública y tampoco a la rama judicial. Por ejemplo, diversos instrumentos de derecho internacional promueven que el nombramiento de los jueces se dé bajo estrictos criterios de selección y transparencia. “Cualquier procedimiento de nombramiento debe garantizar la independencia judicial, tanto institucional como individual, y la imparcialidad, tanto objetiva como subjetiva”¹⁹. Al respecto los Principios Básicos de las Naciones Unidas para la Independencia de la Judicatura (principio 10) establece que “Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T 017 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁹ Comisión Internacional de Juristas. Principios Internacionales sobre la Independencia y la Responsabilidad De Los Jueces, Abogados y Fiscales. Ginebra, 2007. Pág. 47.

formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos.” En el mismo sentido el Estatuto Universal del Juez, en el artículo 9 establece que “El ingreso en la carrera y cada uno de los nombramientos del juez deben hacerse según criterios objetivos y transparentes fundados en su capacidad profesional. Cuando esto no esté ya asegurado por otras vías como consecuencia de una tradición establecida y probada, la elección debe estar asegurada por un órgano independiente integrado por una parte sustantiva y representativa de jueces.”

En conclusión, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia tenían prohibido elegir a quienes intervinieron en su propia elección pues por conductas más leves la Constitución Política ha considerado agredida la moralidad pública, la transparencia y la imparcialidad; y si es su función salvaguardarla debieron abstenerse de haber hecho dicho nombramiento.

Por lo tanto, el criterio de taxatividad no es excusa para no haberse abstenido de hacer dicho nombramiento, por lo cual en el caso concreto debió haber un impedimento, aceptado por la Sala, en la elección del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena al Consejo Superior de la Judicatura.

Otra razón fundamental por la cual una interpretación de este tipo frente al tenor literal de una prohibición constitucional se encuentra más justificada frente a un servidor público, mientras que es más problemática (sin estar totalmente excluida) frente a un particular tiene que ver con el punto que destacamos anteriormente que es el siguiente: los particulares en un Estado de derecho, como es Colombia (CP art 1) están en un régimen de libertad, según el cual, tienen derecho a hacer todo aquello que no les esté prohibido (CP art, 7) mientras que un servidor público actúa dentro de un régimen de competencias limitadas, pues sólo puede hacer aquello que le está permitido (CP art, 7). Por consiguiente, cuando uno interpreta ampliamente, esto es más allá de su tenor literal, una prohibición constitucional frente a un particular, dicha interpretación puede ser problemática pues afecta la cláusula general de libertad de los particulares. Pero ese riesgo no existe frente a los servidores públicos pues ellos están sometidos en un Estado de derecho a un principio general de competencias limitadas, Tratándose de servidores públicos debe entenderse que “toda facultades no concedida, se entiende prohibida”.²⁰

Así lo desarrolla un doctrinante mexicano cuando señala que las prohibiciones tácitas “se desprenden de las normas que atribuyen a un poder la titularidad de una facultad de forma

²⁰ Arteaga Nava, Elisur. Las prohibiciones en la Constitución Naturaleza y Principios Interpretativos. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt2.pdf>

exclusiva (...) si a un poder ente u órgano se atribuye una facultad o una función de forma privativa, debe entenderse que las restantes autoridades tienen negado intervenir en ella”.²¹

En suma es diferente el principio de taxatividad cuando se aplica a un particular que cuando se aplica a un servidor público, pues en el caso de este último, sus prohibiciones pueden ser más amplias, en tanto sólo tiene permitido hacer lo que está descrito en la ley.

e. La violación a la prohibición implícita del 126 es suficiente para generar la nulidad de un acto administrativo. No es necesario que concurra responsabilidad disciplinaria individual.

En este apartado expondremos por qué debe diferenciarse la responsabilidad disciplinaria individual de los funcionarios, de los actos que se han constituido bajo una prohibición constitucional; así como los efectos de cada uno. Esto, porque no siempre decretar la nulidad de un acto administrativo por violación de una prohibición constitucional implica decretar responsabilidad disciplinaria.

La violación a una prohibición constitucional no debe coincidir necesariamente con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos, pues son diversas las formas en las que se puede incurrir en una prohibición constitucional y esto es razón suficiente para decretar la nulidad del acto administrativo.

En el caso concreto, la elección de una persona por funcionarios que ella previamente había elegido es un acto de nepotismo que prohíbe la Constitución, si bien no expresamente, bajo una interpretación del sentido de la norma es posible llegar a esa conclusión. Si la Constitución prohíbe las prácticas de nepotismo o amiguismo en el artículo 126 constitucional, y prohíbe que se devuelvan favores de elecciones a través del nombramiento a los familiares de quien fue competente para la elección, es completamente reprochable entonces que un funcionario público utilice su poder de nombramiento para beneficiar a quien lo eligió.

No obstante, no es aceptable que si esto no se traduce en una inhabilidad específica no pueda ser objeto de nulidad la elección. Por lo tanto, a nuestro juicio, en dichos casos aunque no exista responsabilidad disciplinaria, la violación a la prohibición constitucional debe tener eficacia jurídica y generar la nulidad del acto de nombramiento. Lo que consideramos que puede suceder es que, se decrete la nulidad de la elección, aunque no se verifique responsabilidad disciplinaria de quienes expidieron el acto, pues por diversas razones pudieron no haber vulnerado su régimen disciplinario.

²¹ Ibid

Por ejemplo, puede suceder que un magistrado presenta su impedimento para participar en una elección porque existe una prohibición constitucional para ello; sin embargo su impedimento no es aceptado por la Sala Plena y debe votar. En ese caso no existe responsabilidad disciplinaria individual, pues no podía el magistrado hacer mayor esfuerzo por cumplir la Constitución. Pero ello no es óbice para que no sea posible declarar la nulidad del acto si los impedimentos fueron rechazados de forma equivocada.

En la sentencia que decidió sobre la elección del doctor Nilson Pinilla como magistrado de la Corte Constitucional, se desechó el argumento de violación del artículo 126 de la Constitución, entre otras razones porque no existía ninguna inhabilidad para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia al respecto. En dicha ocasión el Consejo de Estado dijo:

“Por lo demás, la Ley 734 de 2002 o Código Único Disciplinario (artículos 35 a 41) no prohíbe la conducta descrita por los actores ni la prevé como causal de inhabilidad, impedimento o incompatibilidad para desempeñar cargos públicos. De otra parte, la Ley 270 de 1996 tampoco prohíbe a los funcionarios judiciales escoger algún candidato que haya intervenido en su designación, ni consagra inhabilidad, impedimento o incompatibilidad por ese hecho (artículos 150, 151 y 154). En consecuencia, no hubo impedimento alguno de los Magistrados de la Corte Suprema que postularon para la terna al demandado, quien, a su vez, había intervenido en su designación, ni del demandado mismo.”²²

A nuestro juicio, incluso cuando no existe responsabilidad disciplinaria (sea porque la conducta no fue descrita en el régimen disciplinario o porque expresado el impedimento, este no fue admitido); un acto administrativo puede violar una norma constitucional y esto es razón suficiente para solicitar su nulidad. Así lo ha dispuesto el Código Administrativo cuando señala que los actos administrativos serán nulos cuando violen las disposiciones en las cuales deban fundarse, en este caso, la violación fue de una disposición constitucional. Así señala el artículo 137 de la ley 1437 de 2011:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”

La ley no exige que además de la violación de la ley en la que debía fundarse, quien expidió el acto haya incurrido al mismo tiempo en una inhabilidad y tenga una responsabilidad disciplinaria individual. Consideramos que si bien la responsabilidad

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Fecha: 23 de septiembre de 2008. C.P. Héctor J. Romero Díaz

disciplinaria puede existir cuando se expide un acto que viola una norma superior; no es necesario que esta exista para que se compruebe la violación.

En el caso concreto, cuando los magistrados de la Corte Suprema de Justicia eligieron a una persona que los había elegido previamente, es necesario distinguir la eventual responsabilidad disciplinaria que puedan tener, de la violación a la norma constitucional que entraña la elección. La primera se discute en el plano del derecho disciplinario y requiere que los magistrados presenten su impedimento al momento de la elección; y será la sala plena quien decida sobre ellos. La segunda, consiste en que independientemente del régimen disciplinario, un acto de nepotismo en el cual los servidores públicos eligen a quien previamente los eligió, es una violación a la prohibición constitucional. Dicho esto, consideramos que así no exista una conducta que sanciones disciplinariamente a quienes fueron elegidos por el doctor Munar y posteriormente participaron en su elección como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura.

f. Violación de la Constitución en el caso concreto y nulidad de la elección

En conclusión solicitamos que se declare que en la elección del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena, algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia violaron el artículo 126 constitucional y por lo tanto, la elección no cuenta con los votos válidos suficientes y debe ser declarada nula.

Esto porque como se demostró en el numeral 7, 8, 9 y 10 de los hechos, de los 16 votos a favor de la elección del doctor Munar como magistrado, 12 votos no pueden ser contabilizados pues se emitieron con violación del artículo 126 de la Constitución. Así las cosas, la elección del doctor Munar no cumple con las mayorías necesarias que exige la Constitución y el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia.

g. Variación del precedente jurisprudencial

Como hemos señalado previamente, existe una sentencia del Consejo de Estado que decidió sobre la elección del magistrado Nilson Pinilla y desestimó un cargo similar de violación al artículo 126 de la Constitución por considerar que las prohibiciones como inhabilidades deben ser taxativas, y que ante la inexistencia de una norma en el Código Disciplinario Único que describa una inhabilidad para los magistrados de elegir a una persona que intervino en su designación, no podía afirmarse que hubo una irregularidad en la elección.

En este escrito enfrentamos los argumentos de la sentencia para demostrar que hubo una violación al artículo 126 de la Constitución por ello solicitamos una variación en el precedente jurisprudencial y se acojan nuestros argumentos, pues si bien el precedente

aporta una seguridad jurídica y debe guiar las decisiones judiciales, la Corporación puede apartarse de su precedente.

Esto es posible en tanto las Corporaciones pueden variar su jurisprudencia cuando “éste contradice la Constitución, es incompatible con las premisas de las que parte para decidir y no es consistente con otras sentencias de la propia Corte sobre la materia.”²³

La sentencia SU 047 de 1999²⁴ señaló que es posible apartarse del precedente cuando: “las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica”.

En este caso consideramos que la decisión que resolvió la demanda interpuesta contra el nombramiento del doctor Pinilla no está debidamente fundamentada e incurre en algunas imprecisiones que demostramos anteriormente; y además usarla en casos siguientes puede generar efectos nocivos en la moralidad, la igualdad y la transparencia de la función pública, así como dejar inoperante una importante disposición constitucional: el artículo 126 de la Constitución. Estimamos necesario que el Consejo de Estado en esta ocasión se aparte del precedente de la sentencia citada.

IV. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN ELECTORAL DE NULIDAD

La presente acción electoral de nulidad contra el acto administrativo por el cual la Corte Suprema de Justicia eligió como magistrado de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura al doctor Pedro Octavio Munar Cadena, el día 13 de noviembre de 2012, procede por las siguientes razones:

En primer lugar, según el artículo 139 del CCA que entró a regir desde el 2 de julio de 2.012:

“Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas [...]”.

²³ Corte Constitucional, sentencia C 266 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda.

²⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero

En segundo lugar, el acto administrativo demandado fue debidamente individualizado en la sección I de esta acción, de conformidad con lo exigido por el artículo 163 del CCA y la causal de violación a la Constitución está prevista en el artículo 137 del CCA.

En tercer lugar, presentamos esta acción ante la autoridad jurisdiccional competente, a saber, la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, tal y como lo establece el artículo 149 inc. 4 del CCA, interpretado a la luz del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999.

En cuarto lugar, esta acción se presenta dentro del término de caducidad previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164, según el cual la acción electoral caduca 30 días después de la elección en audiencia pública, o 30 días después de la confirmación de los nombramientos o elecciones que así lo requieran:

“a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código. En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación;”

En efecto, la elección del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena se hizo el 13 de noviembre de 2.012, pero su confirmación fue el 24 de enero de 2.013. En consecuencia, la caducidad de la acción de nulidad electoral contra ese acto administrativo tendrá lugar después del día 7 de marzo de 2.013. Teniendo en cuenta que, según el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal²⁵ y el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil²⁶, todos los términos consagrados en días en las leyes deberán ser contabilizados como días hábiles. La regla contenida en estas disposiciones legales ha sido aplicada por el Consejo de Estado en numerosas sentencias a las normas del CCA que establecen los términos en días.²⁷

²⁵ Este artículo establece: “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil” (subraya fuera del original).

²⁶ Esta norma indica: “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario” (subraya fuera del original).

²⁷ En cuanto a esto último ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Miren De la Lombana de Magyaroff, 12 de septiembre de 1995; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 30 de agosto de 2002; C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, 14 de agosto de 2003; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 16 de octubre de 2003; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 26 de febrero de 2004.

En quinto lugar, anexamos copia del acta de la elección del día 13 de noviembre de 2.012 y copia del acta de la confirmación del día 24 de enero de 2.013 expedida por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, que fue solicitada a través de un derecho de petición. Esto, con el fin de para cumplir con la finalidad probatoria que exige el artículo 166 del CCA.

V. ANEXOS

1. Partes pertinentes del acta de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre en la que se eligió como magistrado de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura al doctor Pedro Octavio Munar Cadena.
2. Partes pertinentes del acta de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 24 de enero de 2.013 donde se confirmó el nombramiento del doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
3. Certificaciones de asistencia del doctor Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado titular de la Corte Suprema de Justicia a la elección de los actuales magistrados de la Corte Suprema de Justicia que lo eligieron para el Consejo Superior de la Judicatura tal como señalamos en el acápite No. 8 de los hechos.
4. Copia simple del acta del 1 de noviembre de sala plena de la Corte Suprema de Justicia en la que se en la que se discutió la procedencia de los impedimentos en razón de la prohibición del artículo 126 de la Constitución.

VI. PRUEBAS

Consideramos pertinente que se practiquen las siguientes pruebas:

1. Se oficie a la secretaria de la Corte Suprema de Justicia para que expida copia del acta No. 34 de la sala Plena en lo pertinente con la discusión sobre los impedimentos que podrían surgir del artículo 126 de la Constitución.

NOTIFICACIONES

Los demandantes recibiremos notificaciones en la siguiente dirección: Carrera 24 No. 34 – 61 en la ciudad de Bogotá. Tel: 6083605. Correo electrónico: prangel@dejusticia.org

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia podrán ser notificados en el Palacio de Justicia, Calle 12 No. 7 – 65 de la ciudad de Bogotá. PBX: (57 1) 562 2000. Correo electrónico: secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

El magistrado Pedro Octavio Munar Cadena podrá ser notificado en la Calle 12 No. 7-65 en Bogotá. Teléfono: 57-1-5658500. Correo electrónico: info@cendoj.ramajudicial.gov.co

De la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado,

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén
Director de Dejusticia

Paula A. Rangel Garzón
C.C. No. 1.032.401.057 de Bogotá
Investigadora de Dejusticia