

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate**

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

**Radicación Número:** 11001-03-28-000-2013-00011-00  
11001-03-28-000-2013-00012-00  
11001-03-28-000-2013-00008-00  
(Acumulados)

**Demandantes:** Rodrigo Uprimny Yepes y otros

**Demandado:** Acto de reelección de Alejandro Ordóñez Maldonado - Procurador General de la Nación

**Naturaleza:** Nulidad Electoral

***Reiteración de sentencia de Unificación de jurisprudencia por importancia jurídica<sup>1</sup>***

Agotadas las etapas procesales y audiencias que exige el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante CPACA-, procede la Sala a fallar, en única instancia, las demandas electorales, acumuladas mediante auto del 21 de agosto de 2013<sup>2</sup>, presentadas por el señor Rodrigo Uprimny Yepes y otros, contra el acto de elección contenido en el Acta No. 33 del 27 de noviembre de 2012 de Alejandro Ordóñez Maldonado, como Procurador General de la Nación.

## I. ANTECEDENTES

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

### 1. Los Hechos

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

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

<sup>1</sup> Este fallo constituye sentencia de unificación en los términos del artículo 270 del CPACA.

<sup>2</sup> Folios 525 – 531 del Cuaderno 3

<sup>3</sup> Folios 56 – 79 del Cuaderno 1

<sup>4</sup> Folios 1 – 173 del Cuaderno 3

<sup>5</sup> Folios 12 – 18 Cuaderno 2

<sup>6</sup> Folios 145 – 212 Cuaderno 1

<sup>7</sup> Folio 57 Cuaderno 1, folio 11 Cuaderno 3

2. Como consecuencia del anterior mandato constitucional, la Corte Suprema de Justicia adelantó los trámites pertinentes con el fin de postular a un candidato que integraría la terna de la cual el Senado elegiría al supremo director del Ministerio Público<sup>8</sup>.
3. Los Magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, Javier Zapata Ortiz y Jorge Mauricio Burgos Ruíz de la Corte Suprema de Justicia manifestaron encontrarse impedidos para participar en la decisión de elegir candidato por dicha Corporación para que conformara la terna de Procurador General de la Nación, en virtud de contar con familiares laborando en dicho ente de control<sup>9</sup>.
4. El 30 de agosto de 2012 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no aceptó los impedimentos expuestos por los Magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, Javier Zapata Ortiz y Jorge Mauricio Burgos Ruíz y postuló al cargo de Procurador General de la Nación período 2013-2017 al Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, quien para la fecha desempeñaba el cargo mencionado<sup>10</sup>.
5. Al Senado de la República fueron presentados como candidatos para la elección de Procurador General de la Nación los doctores Alejandro Ordóñez Maldonado por la Corte Suprema de Justicia, Orlando Gallo Suárez por el Consejo de Estado y María Mercedes López Mora por la Presidencia de la República<sup>11</sup>.
6. En sesión del 27 de noviembre de 2012 del Senado de la República se declararon impedidos para intervenir en la elección del Procurador General de la Nación los Senadores Edgar Espíndola, Daría Galvis, Milton Rodríguez, Juan Carlos Vélez, Héctor Julio Alfonso, Luís Fernando Velasco, Musa Besaile, Alexander López Maya, Armando Benedetti, Álvaro Ashton, Karime Mota, Eduardo Enríquez, Hernán Andrade, Myriam Paredes, Jorge Londoño, Gloria Inés Ramírez, Honorio Galvis, Martín Morales, Carlos Baena, Astrid Sánchez, Nora García, Sammy Merheg, Mauricio Ospina, Antonio Guerra, Jorge Hernando Pedraza, Efraín Torrado, Fuad Char, Félix Valera, Maritza Martínez, Oscar Mauricio Lizcano, Fernando Tamayo, Juan Lozano, Juan Fernando Cristo, Jesús Ignacio García, Carlos Ferro, Manuel Guillermo Mora, Jaime Durán, Jorge Hernando Pedraza, José Francisco Herrera<sup>12</sup>.
7. La subcomisión del Senado de la República, conformada por los congresistas Juan Carlos Restrepo Escobar, José Iván Clavijo Contreras, Luís Fernando Duque García, Samuel Benjamín Arrieta Buelvas, Iván Leónidas Name Vásquez y Manuel Mesías Enríquez Rosero, conceptuó negar los impedimentos presentados por los senadores señalados en el punto anterior, lo cual fue acogido por la Plenaria de dicha Cámara<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Folio 57 Cuaderno 1

<sup>9</sup> Folio 59 Cuaderno 1, folio 11 Cuaderno 3

<sup>10</sup> Folio 59 Cuaderno 1, folio 11 Cuaderno 3

<sup>11</sup> Folio 12 cuaderno 3, folio 57 Cuaderno 1

<sup>12</sup> Folios 12 y 270-271 del Cuaderno 3

<sup>13</sup> Folios 12, 278 del Cuaderno 3

8. El 27 de noviembre de 2012 María Mercedes López Mora, candidata postulada por el Presidente de la República, renunció a la terna<sup>14</sup>.
9. El Senado de la República, en sesión plenaria del 27 de noviembre de 2012, eligió al Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación para el período 2013-2017 con 80 votos de los 93 emitidos. El resto de los votos emitidos quedaron distribuidos así: 6 votos en blanco, 5 votos para María Mercedes López Mora, 2 votos para Orlando Gallo Suárez<sup>15</sup>.

## 2. Cargos de nulidad

Fueron sintetizados en la audiencia inicial así<sup>16</sup>:

### 2.1. Proceso 2013-00008

**PRINCIPAL:** El demandante adujo que el **Senado de la República carecía de facultades para reelegir como Procurador General de la Nación** a quien estaba en ese momento ejerciendo el cargo, por no existir norma expresa que así lo autorizara.

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

- i. **Violó el principio de igualdad** cuando decidió elegir a “*puerta cerrada*” a la persona que postularía como Procurador General de la Nación período 2013-2017, pues la Corporación **debía adelantar un proceso de selección entre varios candidatos**, como en oportunidades pasadas lo había realizado, es decir, **irrespetó el acto propio y la confianza legítima que había generado, incurriendo en desviación de poder** para favorecer la continuidad en el cargo del Dr. Ordóñez Maldonado y por ende la de los familiares de los Magistrados que laboran en el ente de control.
- ii. **Trasgredió los artículos 209 de la Constitución Política y 40 de la Ley 734 de 2002, al votar por un candidato que había nombrado a los familiares de los Magistrados que debían postularlo**; lo cual quebrantó el principio de imparcialidad, además de atentar contra la transparencia y la moralidad, porque se generó un beneficio en cabeza del servidor público que tenía la función de decidir.
- iii. Además de los cargos de nulidad que elevó con ocasión de la actuación de la Corte Suprema en su calidad de órgano postulante, formuló un cargo por infracción de normas superiores, porque, a su juicio, el acto de elección violó los artículos 13 y 276 de la Constitución Política y el 3º del Decreto 262 de 2000, ya que **la elección de Procurador General de la Nación se hizo de terna que no se conformó de forma coincidente en el tiempo por los órganos constitucionalmente llamados a ello,**

---

<sup>14</sup> Folios 683-684 Cuaderno 3

<sup>15</sup> Folio 112 Cuaderno 3

<sup>16</sup> Folios 635 – 638 Cuaderno 3

generando así un favorecimiento para el primero de los postulados, que para el caso fue el Dr. Ordóñez Maldonado.

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

## 2.2. Proceso 2013-00011

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

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

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

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

## 2.3. Proceso 2013-00012

La parte actora del expediente 2013-00012 manifestó que **algunos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Senadores de la República se encontraban inmersos en conflicto de intereses por contar con familiares que laboran en la Procuraduría General de la Nación**, lo que les impedía participar en la postulación y en la elección del doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, situación que desconoció, además, el artículo 40 de la Ley 734 de 2002.

A su juicio, es inconstitucional postular y reelegir a quien ejercía el cargo de Procurador General de la Nación porque: (i) **dicho servidor público fue investigado penalmente por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y es el llamado a investigar a los Senadores de la República**; y (ii) los **Magistrados y Senadores que contaban con familiares al interior del ente de control estaban impedidos para participar en la postulación y en la elección del Procurador General de la Nación.**

### **3. Pretensiones<sup>17</sup>**

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

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

### **4. Trámite Procesal**

Mediante auto del 22 de marzo de 2013 se admitió la demanda radicada con el No 2013-00011<sup>18</sup>.

A su vez, por auto del 27 de junio de 2013, se hizo lo propio con el libelo introductorio identificado con el número 2013-00012<sup>19</sup>.

Finalmente, por auto del 27 de junio de 2013 la Sección Quinta admitió la demanda identificada con el número 2013-00008 y negó la solicitud de suspensión provisional<sup>20</sup>.

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

### **5. Contestación de las demandas**

#### **5.1. El demandado**

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

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

---

<sup>17</sup> Folio 56 Cuaderno 1, folio 14 Cuaderno 2 y folio 2 Cuaderno 3

<sup>18</sup> Folios 244 -246 del Cuaderno 3

<sup>19</sup> Folios 114 – 115 Cuaderno 2

<sup>20</sup> Folios 236 – 249 Cuaderno 1

<sup>21</sup> Folios 249 y siguientes Cuaderno 3, folios 116 y siguientes Cuaderno 2 y folios 250 y siguientes Cuaderno 1

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

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

El Congreso de la República fue estricto en aplicar la Ley 5ª de 1992, de forma tal que resolvió los impedimentos y las recusaciones planteadas, luego de someter el tema al estudio de dos comisiones -una accidental que rindió informe ante la Plenaria para los impedimentos y otra del Comité de Ética para las recusaciones- por lo que el procedimiento se ajustó al debido proceso<sup>23</sup>.

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

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

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

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

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

El apoderado del Dr. Ordóñez Maldonado alegó que la norma constitucional señalada no contempla una inhabilidad para asumir una dignidad pública, sino que se ocupa de *“regular una prohibición de efectuar nombramientos”*. Agregó que las únicas inhabilidades que establece la norma aludida se refieren a los casos en los cuales ha sido condenado por delitos que afecten el patrimonio del Estado, e

---

<sup>22</sup> Folios 292 – 294 Cuaderno 1 y folios 204 – 221 del Cuaderno 2

<sup>23</sup> Folios 491 – 494 Cuaderno 3

<sup>24</sup> Folio 495 Cuaderno 3

igualmente para quien haya dado lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial<sup>25</sup>.

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

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

El apoderado del Dr. Ordóñez Maldonado arguyó que **no existe norma que prohíba la reelección del Procurador**. Argumentó que tanto era así que, precisamente, en el Congreso se habían impulsado proyectos de actos legislativos que prohibían la reelección del Procurador, sin que aquellos hubiesen sido aprobados.

### **5.2. La Corte Suprema de Justicia**

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

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

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

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

### **5.3. El Senado de la República**

El Presidente del Senado de la República para el período 2012-2013, mediante apoderado, contestó las demandas con los siguientes argumentos<sup>26</sup>:

Alegó que **la elección del demandado** como Procurador General de la Nación **se efectuó de acuerdo con la Constitución y la Ley**, por cuanto este cumplía con los requisitos para ocupar dicha dignidad.

---

<sup>25</sup> Folios 501 – 506 Cuaderno 3

<sup>26</sup> Folio 264 – 322 Cuaderno 3

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

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

- i. Que **no es clara la existencia de conflicto de intereses** cuando los Congresistas ejercen la función electoral, como sí lo es en su función legislativa;
- ii. Además, sostuvo que *“aunque pueda afirmarse que existe un interés actual por cuanto existen procesos disciplinarios activos en contra de varios senadores, no existe un interés cierto y real, toda vez que no es posible demostrar que con una u otra decisión que se tomara, dichos procesos fueran archivados, se terminaran o se recibiera beneficio alguno”*.

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

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

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

## 6. La audiencia inicial

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

---

<sup>27</sup> Folios 601 – 604 Cuaderno 3

<sup>28</sup> Folios 628 - 647 Cuaderno 3

## 7. Alegatos de conclusión

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

### 7.1. Parte demandante

#### 7.1.1. Proceso 2013-0011

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

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

Por otro lado, alegaron de conclusión como se enuncia a continuación<sup>30</sup>:

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

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

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

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

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

---

<sup>29</sup> Folios 1020 y siguientes Cuaderno 4

<sup>30</sup> Folios 1022 y siguientes Cuaderno 4

Consideraron que *“la violación de la Constitución por parte del Procurador General afecta la legalidad y constitucionalidad de su [segunda] elección”*. De lo contrario, la norma constitucional se quedaría sin peso, pues si se comprueba que existió la violación, pero al mismo tiempo se legitima la elección del funcionario que desconoció esa prohibición, no se cumple el objetivo de la norma.

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

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

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

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

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

### **7.1.2. Proceso 2013-0012**

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

---

<sup>31</sup> Folios 1040 y siguientes del Cuaderno 4

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

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

### **7.1.3. Proceso 2013-0008**

El demandante allegó un memorial<sup>32</sup> en el que manifestó que *“el acervo recaudado dentro del expediente confirma los cargos de la demanda signada por mí (...)”*.

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

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

### **7.2. El dr. Alejandro Ordóñez Maldonado**

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

- El Senado sí está facultado para reelegir al Procurador, toda vez que no existe prohibición al respecto;
- El procedimiento para terner al Procurador obedeció a las normas vigentes que rigen la materia, las cuales no establecen un término para hacerlo, y
- Tampoco existe un trámite especial;
- La intervención de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en la postulación y de Senadores en la elección, que tenían familiares laborando en la Procuraduría, o eran investigados por esta, no genera la nulidad de la elección, porque el procedimiento adelantado para negar los impedimentos en uno y otro caso, fue el establecido en el ordenamiento jurídico para ello, de manera que no podían excusarse de cumplir su función, es decir, tenían el deber de participar en la postulación o elección, respectivamente;
- La prohibición del artículo 126 no afecta la elección de aquel que nombra a los familiares de quienes intervinieron en su propia designación, y comoquiera que las inhabilidades son taxativas, no es posible extenderla a estas situaciones;
- La renuncia de uno de los postulados no genera la nulidad de la elección, máxime cuando, para el caso en estudio, esta no fue debidamente aceptada.

---

<sup>32</sup> Folio 1043 Cuaderno 4

### **7.3. El Senado de la República**

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

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

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

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

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

### **9. Integración de la Sala de la Sección Quinta**

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

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

El mencionado sorteo se realizó el 28 de mayo del mismo año y como resultado de este le correspondió actuar como conjuces a los doctores Ricardo Hoyos Duque y Jaime Córdoba Triviño<sup>36</sup>.

El doctor Córdoba Triviño, mediante escrito del 5 de junio manifestó encontrarse impedido para conocer de este proceso<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Folios 1071 AL 1077 siguientes Cuaderno 4

<sup>34</sup> Folios 1080 – 1083 Cuaderno 4

<sup>35</sup> Folio 1097 Cuaderno 3

<sup>36</sup> Folio 1107 Cuaderno 4

<sup>37</sup> Folios 1117 y 1118 del Cuaderno 4

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

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

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

- La elección demandada *“ostenta motivos más que suficientes para considerar que la decisión judicial al respecto es de la mayor trascendencia jurídica y social”* pues el Procurador General de la Nación es el Jefe del Ministerio Público y a este organismo le competen importantes funciones constitucionales de control frente a la Rama Judicial y disciplinarias respecto de los servidores públicos.
- La Sala Plena ha asumido el conocimiento de asuntos relacionados con las sanciones que ha impuesto la Procuraduría General de la Nación por su importancia, nacional, regional o local.
- Resulta más transparente y equitativo *“por la dignidad del funcionario” que se le dé igual tratamiento al que se le dio a los asuntos relacionados con la Fiscalía General de Nación, razones suficientes para propender por la estabilidad y credibilidad institucional”*.

Agregó que el sustento de esta petición era distinto al analizado en sesión del 29 de abril de 2014, pues en esa oportunidad se solicitó que se asumiera el conocimiento del asunto para *“unificar jurisprudencia”*, y no por importancia jurídica o trascendencia social como en esta ocasión.

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

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

---

<sup>38</sup> Folios 1122 – 1132 del Cuaderno 4

<sup>39</sup> Folios 1144A – 1151 del Cuaderno 4

<sup>40</sup> Folio 1208 Cuaderno 4

## **12. De los impedimentos manifestados y las recusaciones formuladas**

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

### **12.1. Impedimentos**

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

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

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

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

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

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

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

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

### **12.2. Recusaciones formuladas**

---

<sup>41</sup> Folio 1202 Cuaderno 4

<sup>42</sup> Folios 1203 – 1204 Cuaderno 4

<sup>43</sup> Folio 1199 Cuaderno 4

<sup>44</sup> Folio 1287 – 1289 Cuaderno 5

<sup>45</sup> Folios 1194 – 1197 Cuaderno 4

<sup>46</sup> Folio 1193 Cuaderno 4

<sup>47</sup> Folio 1191 Cuaderno 4

<sup>48</sup> Folio 1199 Cuaderno 4

<sup>49</sup> Folio 1697 – 1701 Cuaderno 5

<sup>50</sup> Folios 1707 – 1708 Cuaderno 5

<sup>51</sup> Folios 1723 – 1725 Cuaderno 5

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

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

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

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

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

- Mediante auto del 12 de mayo de 2015 la Sala decidió negar la recusación presentada contra el Magistrado Alberto Yepes Barreiro<sup>55</sup>.
- Mediante providencia del 23 de junio de 2015 se declaró fundado el impedimento presentado por el Magistrado Danilo Rojas Betancourth y se ordenó su separación del conocimiento del *sub judice*<sup>56</sup>.
- En auto del 23 de junio de 2015 se declaró fundado el impedimento manifestado por la Magistrada María Elizabeth García y se ordenó separarla del estudio del asunto<sup>57</sup>.
- Mediante auto del 23 de junio de 2015 se rechazó la recusación presentada contra la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez por animadversión y se declaró no probada respecto de las demás causales invocadas<sup>58</sup>.
- En auto de 25 de agosto de 2015 la Sala Plena del Consejo de Estado se abstuvo de pronunciarse respecto de los impedimentos manifestados por los doctores Enrique Gil Botero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y Bertha Lucía Ramírez de Páez y frente a la recusación presentada respecto de aquellos, y también en contra de los doctores Alfonso Vargas Rincón, Susana Buitrago Valencia y Marco Antonio Velilla, por carencia actual de objeto, debido a que todos los Magistrados en mención se retiraron de la Corporación por vencimiento del período constitucional o por renuncia debidamente presentada y aceptada<sup>59</sup>.

---

<sup>52</sup> Folios 1209 - 1218 Cuaderno 4

<sup>53</sup> Folios 1165 – 1180 Cuaderno 4

<sup>54</sup> Folios 1165 – 1180 Cuaderno 4

<sup>55</sup> Folios 1376 – 1389 Cuaderno 5

<sup>56</sup> Folios 1453 – 1458 Cuaderno 5

<sup>57</sup> Folios 1447 – 1452 Cuaderno 5

<sup>58</sup> Folios 1436 – 1446 Cuaderno 5

<sup>59</sup> Folios 1734 – 1741 Cuaderno 5

- Se declaró fundado el impedimento formulado por el Consejero Roberto Augusto Serrato Valdez mediante auto del 25 de agosto de 2015 y se ordenó separarlo del conocimiento del caso concreto<sup>60</sup>.
- En auto del 8 de septiembre de 2015 se declaró infundado el impedimento presentado por Hernán Andrade Rincón<sup>61</sup>.
- La Sala declaró fundado el impedimento presentado por el consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa en auto del 22 de septiembre de 2015 y se ordenó su separación del conocimiento del asunto<sup>62</sup>.
- A través de auto del 22 de septiembre de 2015 se encontró infundado el impedimento presentado por la doctora María Claudia Rojas Lasso<sup>63</sup>.
- Con auto de 13 de Octubre de 2015 la Sala declaró infundado el impedimento manifestado por la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez<sup>64</sup>.
- Mediante providencia de 13 de octubre de 2015 la Sala declaró infundado el impedimento manifestado por el Magistrado Guillermo Sánchez Luque<sup>65</sup>.
- En proveído de 6 de septiembre del 2016, se declaró infundada la recusación formulada por la parte demandada contra los Magistrados Stella Conto Díaz del Castillo y Alberto Yepes Barreiro.
- Por auto de 7 de septiembre de 2016, se declaró infundada la recusación formulada contra la Magistrada Rocío Araujo Oñate.

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

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **1. El Acto demandado**

---

<sup>60</sup> Folios 1742 – 1748 Cuaderno 5

<sup>61</sup> Folios 1749 – 1752 Cuaderno 5

<sup>62</sup> Folios 1803 – 1808 Cuaderno 6

<sup>63</sup> Folios 1799 – 1802 Cuaderno 6

<sup>64</sup> Folios 1986 – 1989 Cuaderno 6

<sup>65</sup> Folios 1990 – 1992 Cuaderno 6

<sup>66</sup> Es de resaltar que al momento en que se adopta la presente decisión, los consejeros Gerardo Arenas Monsalve, Rafael Vergara Quintero y Olga Mélida Valle de la Hoz, se desvincularon de la Corporación dada la terminación de su período constitucional. Así mismo, se dio el ingreso del doctor Cesar Palomino Cortés, como integrante de la misma.

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

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

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

## 2. Excepciones

En el proceso 2013-00011, el Senado de la República en la contestación de la demanda<sup>71</sup> propuso las excepciones de: (i) inexistencia de vulneración del régimen de recusaciones e impedimentos por conflicto de intereses; (ii) inexistencia de conflicto de intereses cuando el Senado de la República ejerce función electoral; (iii) inexistencia de vulneración del artículo 126 de la Constitución Política; (iv) inexistencia de vulneración de derecho alguno de los candidatos que conformaron la terna y (v) falencias probatorias de la demanda.

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

## 3. Pruebas relevantes

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

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

---

<sup>67</sup> Folios 145 – 212 Cuaderno 1

<sup>68</sup> Folio 2 Cuaderno 3

<sup>69</sup> Folio 14 Cuaderno 2

<sup>70</sup> En Sentencia T-945 de 2009 se afirmó que los actos de trámite son “*aquellos que no expresan en concreto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que Cuaderno preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo*”.

<sup>71</sup> Folios 270 – 321 Cuaderno 3

<sup>72</sup> Folio 45 del Cuaderno 1

- Fotocopia de una página del periódico “*El Espectador*” de fecha 25 de junio de 1994 en la que se encuentra inserto de la convocatoria pública hecha por la Corte Suprema de Justicia a través de la cual se hizo un llamado a la población para postularse a conformar la terna de Procurador General.<sup>73</sup>
- Fotocopia de una página del periódico “*El Espectador*” de fecha 4 de septiembre de 2000 en la que obra la convocatoria pública hecha por la Corte Suprema de Justicia convocando a la ciudadanía a postularse para conformar la terna de Procurador General.<sup>74</sup>
- Fotocopia de una página un periódico, no se precisa el nombre ni la fecha, en la que se encuentra inserto el aviso de la convocatoria pública hecha por la Corte Suprema de Justicia para terner a una persona como candidato a Procurador General.<sup>75</sup>
- Acta No. 33 de 2012 de la Sesión de la Plenaria del Senado celebrada el 27 de noviembre de 2012 obrante a folios 45 a 112 del expediente 2013-0012.<sup>76</sup>
- Acta de la sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 30 de agosto de 2012.<sup>77</sup>
- Copia del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, esto es, del Acuerdo No. 006 de 2002.<sup>78</sup>
- Documentos presentados por quienes conformaban la Corte Suprema de Justicia en el año 2012, en los que se informa si al momento de la postulación efectuada tenían familiares laborando en la Procuraduría General de Nación<sup>79</sup>.
- Escrito presentado por la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda en la que afirma que al momento de postular al demandado al cargo de Procurador General de la Nación trabajaba en dicha entidad su sobrina la señora Sandra Lucía Salazar Díaz<sup>80</sup>.
- Hoja de vida de la señora Sandra Lucía Salazar Díaz remitida por la Procuraduría General de la Nación<sup>81</sup>.
- Documento en el cual el Magistrado Jorge Mauricio Burgos afirma que su cónyuge, Doris del Socorro Noreña Flórez, para la época de la elección se desempeñaba como como Procuradora Judicial II.<sup>82</sup>

---

<sup>73</sup> Folio 46 del Cuaderno 1

<sup>74</sup> Folio 47 del Cuaderno 1

<sup>75</sup> Folio 48 del Cuaderno 1

<sup>76</sup> Dicho documento también se encuentra en los folios 145 a 212 del Cuaderno 1 y a folios 106 a 242 del Expediente 2013-00011

<sup>77</sup> Visible a folios 49 a 55 del Cuaderno 1 y 61 a 6 del Cuaderno 3.

<sup>78</sup> Folios 2 a 36 del Cuaderno 1

<sup>79</sup> Ver folios 681 al 690 del Cuaderno 3, y folios 860 al 896 del Cuaderno 4.

<sup>80</sup> Folio 682 Cuaderno 3

<sup>81</sup> Folios 993-995 Cuaderno 3

<sup>82</sup> Folio 682 cuaderno principal

- Hoja de vida de la señora Doris del Socorro Noreña Florez remitida por el Ministerio Público<sup>83</sup>.
- Escrito en el cual el Magistrado Javier Zapata Díaz afirma que en la Procuraduría General de la Nación trabaja la señora Olga Lucía Cadavid Castro como profesional grado 17 con quien está emparentado en el 2º grado de afinidad<sup>84</sup>.
- Hoja de vida de la señora Olga Lucía Cadavid Castro remitida por el Ministerio Público suscrita el 29 de agosto de 2011<sup>85</sup>.
- Certificación de 20 de mayo de 2013, suscrita por el jefe de la división de gestión humana de la Procuraduría General de la Nación, donde consta que la Dra. Olga Lucía Cadavid Castro, identificada con la cédula de ciudadanía número. 43.086 238 de Medellín, **se encuentra vinculada a esta entidad desde el día 5 de septiembre de 2011** y en la actualidad ocupa el cargo de profes. universitario grado 17, código 3PU-17, en la seccional de investigaciones especiales Antioquia con sede en Medellín, **en provisionalidad**<sup>86</sup>.
- Hoja de vida de la señora Ana Josefa Velasco de Bustos, esposa del Magistrado José Leónidas Bustos en la Procuraduría General de la Nación<sup>87</sup>.
- Nombramiento hecho por el señor Alejandro Ordóñez Maldonado, en calidad de Procurador General de la Nación, en el cual designó a Ana Josefa Velasco de Bustos como Procuradora Judicial II 134 Administrativa de Bogotá<sup>88</sup>.
- Fotocopia de la manifestación de impedimentos manifestados por los senadores Jesús Ignacio García Valencia, Carlos Ferro Solanilla, Manuel Guillermo Mora, Jaime Enrique Durán, Jorge Hernando Pedraza, José Francisco Herrera, Miriam Paredes Aguirre y Félix José Valavera<sup>89</sup>.
- Renuncia de la Dra. María Mercedes López a su candidatura<sup>90</sup>.

#### 4. Fijación del litigio

Los problemas jurídicos que fueron definidos en la fijación del litigio<sup>91</sup> son los siguientes:

---

<sup>83</sup> Folios 996 – 998 Cuaderno 3

<sup>84</sup> Folio 778 Cuaderno 3

<sup>85</sup> Folios 1002 – 1005 Cuaderno 3

<sup>86</sup> Folio 477 del Cuaderno 3

<sup>87</sup> Cuaderno de pruebas

<sup>88</sup> Folio 180 Cuaderno de pruebas

<sup>89</sup> Folios 903 – 911 Cuaderno 3

<sup>90</sup> Folios 683 – 684 Cuaderno 3

<sup>91</sup> Folio 638 Cuaderno 3

1. Si el doctor Ordóñez Maldonado no podía ser reelegido Procurador General de la Nación, según el **artículo 126 de la Constitución Política**. Aspecto que incluye el análisis de la postulación.
2. Si el Senado de la República tenía **competencia** para reelegir al Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, en razón a que no existe norma expresa que así lo autorice.
3. Si la **renuncia** de uno de los postulados o de los candidatos a la terna de Procurador General de la Nación conllevaría a su **desintegración** y por ende, a la nulidad de la elección del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado que se produjo sin la recomposición de la misma.
4. Si el **procedimiento** para la postulación al cargo de Procurador General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia **es discrecional o reglado**, y si existe una regla temporal para que los órganos constitucionalmente llamados a realizar la postulación para ese cargo la lleven a cabo.
5. **Si la Corte Suprema de Justicia utilizó el procedimiento adecuado** para postular al Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado al cargo de Procurador General de la Nación.
6. Si la **intervención de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la postulación, y de Senadores de la República**, en la designación, que tenían familiares laborando en la Procuraduría General de la Nación, o se hallaban investigados por ella, **generaría la nulidad de la elección del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado**.

### III. ESTUDIO DE LOS CARGOS

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

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

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

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

El acto de postulación descrito es de aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han denominado preparatorios, comoquiera que la legalidad de este tipo de actos sólo puede estudiarse a través del control al acto definitivo. Por tanto,

su examen se hará al estudiar la legalidad del acto de elección contenido en el Acta No. 33 del 27 de noviembre de 2012.

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

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

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

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

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

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

Según los demandantes, con la postulación del demandado, los Magistrados intervenían indirectamente en el nombramiento de sus familiares, "...teniendo en cuenta que se trata de cargos de libre nombramiento y remoción (sic)...", razón

---

<sup>92</sup> Folio 40, cuaderno 3

por la cual tenían un interés específico en que el doctor Ordóñez se mantuviera en la Procuraduría.

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

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

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

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

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

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

El **Senado de la República**<sup>95</sup>, por su parte, en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión<sup>96</sup>, señaló que no se precisó o demostró si tales nombramientos son en cargos de libre nombramiento o remoción o por el contrario si se trataba de cargos de carrera administrativa, indicó que tampoco se aportaron

---

<sup>93</sup> Folio 501 a 506, cuaderno 3

<sup>94</sup> Folio 1064 al 1069, cuaderno 4

<sup>95</sup> Folio 314, cuaderno 3

<sup>96</sup> Folio 1075, cuaderno 4

documentos con los que se demostrara que los funcionarios nombrados no cumplían con los requisitos para ocupar los cargos. Igualmente, adujeron que los nombramientos a los que se hace referencia se realizaron con posterioridad o con anterioridad a las decisiones tomadas por las entidades que participaron en la designación y elección del Procurador General de la Nación.

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

## **2. Fijación del litigio**

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

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

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

## **3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **3.1. Alcance del artículo 126 constitucional**

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

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

Sea lo primero advertir que uno de los ejes y fundamentos principales sobre los cuales se cimentó la Constitución Política de 1991 fue el de evitar y eliminar del ordenamiento jurídico colombiano fenómenos como el nepotismo<sup>98</sup> y el clientelismo<sup>99</sup>, pues el cambio constitucional tenía como objetivo propender por un

---

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

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

<sup>99</sup> Con base en las posturas de Foster (1961: 1173-1192), Legg and Lemarchand (1972: 149-178), Landé (1973: 103-127), Schmidt, Guasti, Landé and Scott (1977: 13-20) el profesor Jorge Agudelo Cruz, define el clientelismo “ *como aquellas relaciones informales de intercambio recíproco y mutuamente benéfico de favores entre dos sujetos, basadas en una amistad instrumental, desigualdad, diferencia de poder y control de*

sistema más democrático y transparente en el cual el acceso a los diferentes cargos del Estado, se hiciera no sólo en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos, sino que además permitiera una transformación radical para dejar de lado los favoritismos e incentivar que en la función pública prevalecieran valores como el mérito, la transparencia y la igualdad.<sup>100</sup>

Así pues, con el firme propósito de erradicar el nepotismo, el clientelismo y cualquier otra forma de favoritismo en el acceso a los cargos públicos, el constituyente erigió una disposición tendiente a eliminar dichas prácticas, la cual en su tenor original<sup>101</sup> establecía:

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

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

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

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

Tal prohibición, dada su finalidad, cobija igualmente la situación de quien ocupando un cargo ha designado parientes –en los grados indicados– de los integrantes de las Corporaciones que deben intervenir en su designación para un nuevo período en el mismo cargo. La situación objetiva descrita impedía esa

---

*recursos, en las que existe un patrón y un cliente: el patrón proporciona bienes materiales, protección y acceso a recursos diversos y el cliente ofrece a cambio servicios personales, lealtad, apoyo político o votos.”*

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

<sup>101</sup> Dicho artículo fue modificado por el Acto Legislativo No.02 de 2015.

designación, porque implica la transgresión de esa prohibición y, por ende. Esa prohibición apareja la nulidad del acto electoral por contrariar los presupuestos axiológicos que informan el artículo 126 constitucional. En otras palabras, que estaba prohibido el “yo te elijo, tú me eliges”.

**Segundo.** El artículo 126 Superior proscribía que los servidores públicos con poder de nominación, **designen a los familiares**, en los grados descritos en la norma, **de las personas que tuvieron competencia para intervenir directamente en su designación**. Se trata, entonces, de una prohibición expresa contenida en la literalidad de la norma respecto de la cual no es necesario adelantar ningún ejercicio interpretativo o de complementación, contrario a lo que ocurre con el tercero de los escenarios que prevé la norma objeto de análisis.

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

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

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

Señalaron textualmente los constituyentes: “*la incompatibilidad debe extenderse hasta el cuarto grado civil de consanguinidad, los primos, y en relación con las postulaciones (...)*”<sup>103</sup>. También expresaron la necesidad de incluir no sólo el nombramiento de empleados sino de la facultad para “*concurrir a su elección*”<sup>104</sup>.

---

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

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

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

En este aspecto los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente<sup>105</sup> resultan, por decir lo menos, ilustrativos en su intención diáfana de “desnepotizar la Administración Pública o el Servicio Público” al “impedir que las familias se tomen los empleos.”

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

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

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

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

*“Si la nueva redacción no explicitó lo obvio, esto es, que un servidor público no puede utilizar su poder de designación para beneficiar o agradecer a aquellos que lo nombraron en su cargo, lo cierto tiene que ver con que, leída la norma a la luz de los preceptos constitucionales, no cabe sino concluir la presencia de esta salvaguarda. Lo contrario, esto es, admitir que una norma constitucional cuya finalidad consiste en garantizar transparencia y en evitar el tráfico de favores se opone al nombramiento de los parientes del nombrado, pero acepta que éste sea designado por quien él mismo ayudó a elegir, sería absurdo. Precisamente esta última conducta es a toda luz la más lesiva.*

(...)

*El análisis de la norma, a la luz del conjunto de preceptos constitucionales, permitiría concluir que si designar al familiar, al cónyuge o compañero (a) permanente es reprochable, lo es porque genera los mismos vicios que designar al propio servidor público. En consecuencia, no habría razón para sostener que la norma autoriza que un servidor público intervenga en la elección de una persona gracias a la cual está ocupando el cargo.”<sup>109</sup>*

---

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

<sup>106</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Demando: Pedro Octavio Munar Cadena

<sup>107</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00006-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>108</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. CP. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>109</sup> ibídem

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

*“Las restricciones impuestas a la competencia para elegir, previstas en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– no se limitan a los vínculos de consanguinidad, maritales o de unión permanente, entre elector y aspirante. Incluyen la condición de este último de elector del primero, pues, de no ser ello así, el conflicto de intereses de un posible “yo te elijo tú me eliges” i) atenta contra el ejercicio desconcentrado del poder público; ii) genera conflicto de intereses y se presta para clientelismo; iv) afecta el principio de transparencia, v) pone en tela de juicio la imparcialidad y vi) quebranta el derecho de acceder a los empleos públicos en condiciones de mérito, igualdad y equidad. Desconociendo en un todo los artículos 126, 209 y 255 constitucionales.”*

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

- a. Prohibición de nombrar a los familiares en los grados previstos en la norma.
- b. Prohibición del “yo te elijo, tú me eliges”, pues está proscrito al servidor público, directamente o por indirecta persona nombrar, elegir, designar, postular a los familiares de aquellas personas que lo eligió, nombró, postuló o designó.
- c. Prohibición de “tu nombras a mis familiares, luego yo te nombro, designo, postulo o elijo”

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

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

### **3.2. Análisis del caso concreto**

---

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

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

### 3.2.1. En el Senado de la República

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

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

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

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

Contenido	Senador	Folio
Informó que desde hace más de 11 años trabaja en la Procuraduría General de la Nación su esposa.	Jesús Ignacio García Valencia	903
Señaló que tenía un familiar en el 4º grado de consanguinidad en el ente de control desde el año 2009, pero no precisa si el cargo es de carrera o de libre nombramiento y remoción	Carlos Ferro Solanilla	904
Adujo que tenía un familiar en la Procuraduría. No preciso el vínculo con su pariente.	Manuel Guillermo Mora	905
Argumentó que tenía dos familiares en el ente de	Jaime Enrique Duran	906

<sup>112</sup> Folios 903 a 911 del Cuaderno 1 A

control, los cuales estaban en el 4º y 2º grado de consanguinidad.

Manifestó que tenía un familiar en el 4º grado de consanguinidad, pero que aquel ingresó a la Procuraduría por carrera.

Jorge Hernando Pedraza 907

Señaló su pariente en el 2º grado de consanguinidad estaba en el ente de control en un cargo de libre nombramiento y remoción.

José Francisco Herrera 908

Afirmó que su pariente en el 1º grado civil, Viviana Rodríguez Robledo, trabajaba en el Procuraduría

Miriam Paredes Aguirre 909

Argumentó que tenía en el ente de control un familiar en el 4º grado de consanguinidad

Félix José Valavera 910-911

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

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

### 3.2.2. Corte Suprema de Justicia

Cosa distinta ocurre en la entidad postulante, escenario en el que la Sala encuentra que, sin ninguna duda, se vulneró el artículo 126 Superior, toda vez que está plenamente acreditado en el proceso que el Procurador General de la Nación designó a los familiares de personas competentes para intervenir en su postulación, con lo cual se inhabilitó, como a continuación se estudia:

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

Sobre el punto resulta absolutamente relevante poner de presente que el Decreto Ley 262 de 2000 y las sentencias C-401, 402 y 409, todas de 2001, han explicado

que la planta de la Procuraduría General de la Nación es global y que: *"con fundamento en los artículos 278-6 y 279 de la Constitución ha afirmado la competencia de la ley para la determinación de la estructura de la Procuraduría y la creación, fusión y supresión de empleos. Y que a partir de ese ejercicio el Procurador realice la correspondiente provisión"*.

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

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

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

En efecto, los miembros de esa Corporación tienen el deber constitucional de concurrir conjuntamente con el Presidente de la República y el Consejo de Estado a la postulación, de forma tal que intervienen directamente en la formación del acto de elección del Procurador General de la Nación, pues sólo en el evento en que los competentes para postular concurren a designar candidatos se entenderá conformada la terna respecto de la cual el Senado de la República ejercerá su función electoral.

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

**(iii) Nombramiento de parientes de los competentes para intervenir en la designación:** Para afirmar que se materializó la prohibición es necesario acreditar, además, que el dr. Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación designó a los parientes en los grados establecidos en la norma de quienes

---

<sup>113</sup> Dicha disposición señala lo siguiente: "Artículo 185. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.

El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.

PARAGRAFO. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1o. de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000. Las sentencias C-077 de 2004 y C-785 de 2005, en las que los apartes subrayados fueron declarados exequibles.

eran competentes para intervenir en su designación. Al respecto obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

- Escrito presentado por la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda en el que afirma que al momento de postular al demandado al cargo de Procurador General de la Nación trabajaba en dicha entidad su sobrina la señora Sandra Lucía Salazar Díaz<sup>114</sup>.
- Hoja de vida de la señora Sandra Lucía Salazar Díaz en la Procuraduría General de la Nación<sup>115</sup>.
- Decreto 2132 del 1º de junio de 2012<sup>116</sup> a través del cual se efectuó el nombramiento de la sobrina de la Magistrada en el ente de control, por la Procuradora General (E), para un cargo de libre nombramiento y remoción.
- En el folio 682<sup>117</sup> obra documento en el cual el Magistrado Jorge Mauricio Burgos afirma que su cónyuge, Doris del Socorro Noreña Flórez, para la época de la elección se desempeñaba como Procuradora Judicial II.
- Hoja de vida de la señora Doris del Socorro Noreña Flórez en el Ministerio Público<sup>118</sup>.
- Escrito en el cual el Magistrado Javier Zapata Díaz afirma que en la Procuraduría General de la Nación trabaja la señora Olga Lucía Cadavid Castro como profesional grado 17 con quien está emparentando en el 2º grado de afinidad<sup>119</sup>.
- Hoja de vida de la señora Olga Lucía Cadavid Castro en el Ministerio Público, la cual está firmada el 29 de agosto de 2011. (fls. 1002-1005)
- Hoja de vida de la señora Ana Josefa Velasco de Bustos, esposa del Magistrado José Leonidas Bustos<sup>120</sup>.
- Nombramiento efectuado por el dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, en calidad de Procurador General de la Nación, de Ana Josefa Velasco de Bustos como Procuradora Judicial II 134 Administrativa de Bogotá<sup>121</sup>.
- Certificación del 20 de mayo de 2013, suscrita por el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, donde consta que la dra. Olga Lucía Cadavid Castro, identificada con la cédula de ciudadanía número. 43.086 238 de Medellín, **se encuentra vinculada a esta entidad desde el 5 de septiembre de 2011** y en la actualidad ocupa el cargo de profesional universitario grado 17, código 3pu-17, en la

---

<sup>114</sup> Folio 681, Cuaderno 3.

<sup>115</sup> Folios 993 a 995, cuaderno 4.

<sup>116</sup> Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/06-2013.pdf>

<sup>117</sup> Cuaderno 3.

<sup>118</sup> Folios 996 a 1001 cuaderno 4.

<sup>119</sup> Folios 777 y 778 del cuaderno 3.

<sup>120</sup> Folios 1 al 229 del cuaderno de pruebas.

<sup>121</sup> Folio 180 del cuaderno de pruebas.

seccional investigaciones especiales de Antioquia con sede en Medellín, **en provisionalidad**<sup>122</sup>.

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

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

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

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

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

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

---

<sup>122</sup> Folio 477 del cuaderno 3.

<sup>123</sup> Fl. 681 del cuaderno 4.

<sup>124</sup> Fls. 993-995 del cuaderno 3.

<sup>125</sup> Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/06-2013.pdf>, a través del cual se efectuó el nombramiento de la sobrina de la Magistrada en el ente del control.

## b) El nombramiento del pariente del Magistrado Javier Zapata

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

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

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

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

Finalmente, la certificación del 20 de mayo de 2013, suscrita por el jefe de la división de gestión humana de la Procuraduría General de la Nación, hace constar que *“La Dra. OLGA LUCÍA CADAVID CASTRO identificada con la cédula de ciudadanía número. 43.086 238 de MEDELLÍN, de acuerdo a la información registrada en el sistema de información administrativo y financiero SIAF, se encuentra vinculada a esta entidad desde el día 5 de septiembre de 2011 -fecha para la cual el demandado ya se desempeñaba como Procurador General de la Nación- y en la actualidad ocupa el cargo de PROFES. UNIVERSITARIO GRADO 17, código 3PU-17, en la SECCIONAL INVEST. ESPECIALES ANTIOQUIA con sede en MEDELLÍN, en provisionalidad -según lo explicado párrafos arriba los nombramientos en provisionalidad, en los términos del artículo 185 del Decreto 262 de 2000 corresponde hacerlos al señor Procurador General de la Nación-”*.

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

Con fundamento en lo expuesto, **la Sala ha logrado verificar el desconocimiento del artículo 126 Superior en relación con los parientes de dos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que, tuvieron competencia para intervenir en la designación del demandado, pero, es más,**

<sup>126</sup> Fl. 778 Cuaderno principal

<sup>127</sup> Fls. 1002-1005 Cuaderno principal

**no sólo tuvieron esa competencia sino que, además, cierta y materialmente la ejercieron en la sesión en la que la postulación tuvo lugar.**

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

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

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

Lo anterior por cuanto a folio 180 del expediente se evidencia que, mediante Decreto de nombramiento N° 416 de 2010, el dr. Ordóñez Maldonado designó directamente, el 19 de febrero de ese mismo año, en el cargo de Procurador Judicial II 134 administrativa de Bogotá que para el momento de los hechos tenía naturaleza de libre nombramiento y remoción, a la esposa del Magistrado Bustos, señora Ana Josefa Velasco de Bustos.

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

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

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

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

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

Lo anterior adopta mayor fuerza, si se tienen en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado, antes citadas, que constituyen precedente judicial y que establecieron que: *“cuando el acceso a los cargos públicos se da por una vía distinta a la elección popular directa, deberá responder a estrictas exigencias de objetividad y transparencia que garanticen, en todo caso, que i) el acceso al cargo se efectuó en condiciones de igualdad, equidad y mérito y, por consiguiente, ii) al margen del favoritismo sustentado en prácticas indebidas como el conflicto de intereses y el clientelismo.”*<sup>128</sup>

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

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

En consecuencia, la Sala se releva de estudiar los demás cargos que fueron planteados en las demandas acumuladas y que constituyeron el objeto de la

---

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

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

fijación del litigio, por lo que declarará la nulidad del acto de elección de Alejandro Ordóñez Maldonado, como Procurador General de la Nación, período 2013-2017.

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

**RESUELVE:**

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

**Vicepresidente**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**Aclara voto**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Aclara Voto**

**HUGO BASTIDAS BÁRCENAS**

**Salva el voto**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Aclara Voto**

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

**Salva el voto**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Aclara voto**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**Aclara voto**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**Aclara voto**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Aclara voto**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Aclara voto**

**CESAR PALOMINO CORTÉS**

**Aclara voto**

**CARMELO PERDÓMO CUÉTER**

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**Salva el voto**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Salva el voto**

**GUILLERMO VARGAS AYALA**

**Aclara voto**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**Aclara voto**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**Ausente**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Aclara voto**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

**Salva el voto**



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: 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 Ricaurte<sup>130</sup> y Pedro Munar<sup>131</sup> 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 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

---

<sup>130</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2013-00006-00.

<sup>131</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2013-00015-00.

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*<sup>132</sup>, jurídicamente, significa *nombrar* por lo que no puede apelarse, como lo hace la mayoría, a otras expresiones como la postulación.

Acudir a la definición que sobre *designar*<sup>133</sup> 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.

---

<sup>132</sup> Designar: *destinar para un cargo o función; nombrar para empleo público o privado; denominar; indicar, señalar, mostrar; formar un designio plan o propósito*. Cfr. CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta.

<sup>133</sup> *Señalar o destinar a alguien para determinado fin*. Cfr. <http://dle.rae.es/?id=D5s74KK>, consultada el 16 de septiembre de 2016.

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

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

5. El Acto Legislativo 2 del 1 de julio de 2015 modificó el artículo 126 de la Constitución para ampliar las prohibiciones a los servidores públicos, que desde entonces no pueden nombrar, contratar ni "postular" a sus parientes. Tampoco pueden nombrar, postular ni celebrar contratos estatales con quienes intervinieron en su postulación o designación ni con los parientes de estos.

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

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

De ahí que la nulidad de la elección del Procurador General de la Nación vulnera el debido proceso, porque desconoce el artículo 29 de la Constitución, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme con leyes

preexistentes al acto que se le imputa. Si las normas solo disponen para el porvenir, los jueces al aplicarlas no pueden formular "interpretaciones retroactivas", pues al hacerlo desconocen las más mínimas garantías, entre otras, el principio de legalidad.

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

El artículo 23, numeral 1, literal c, de la Convención dispone que todos los ciudadanos deben gozar del derecho y de la oportunidad para tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. El numeral 2 de la misma norma prevé que por vía legal se reglamenta el ejercicio de los derechos y oportunidades para el acceso a las funciones públicas.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene determinado que corresponde únicamente a la ley<sup>134</sup> 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

---

<sup>134</sup> Cfr., entre otras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 6 de agosto de 2008, *Caso Castañeda Gutman vs. México*.

funcionarios judiciales, una vez elegidos o nombrados, nombrar o postular para cargos a quienes participaron de su designación o sus familiares.

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

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

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

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

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

9. Recientemente<sup>135</sup>, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo negó la solicitud de pérdida de investidura contra un representante a la Cámara, pues no encontró probada la causal de violación al régimen de conflicto de intereses.

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

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

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

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

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

---

<sup>135</sup> 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.

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.

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**



## **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**