

Bogotá, D. C., 10 de octubre de 2016

Doctora  
**MARIA MERCEDES LOPEZ MORA**  
Ciudad.

**ASUNTO:** Concepto sobre los alcances de la inhabilidad contemplada en el artículo 126 de la Constitución Política.

Muy Apreciada Dra. María Mercedes:

Me permito rendir mi opinión profesional sobre los alcances de los incisos 5° y 6° del artículo 126 Superior, luego de la reforma introducida por el Acto Legislativo No 2 de 2015, en concreto, frente a la hipótesis de la nominación como Procurador (a) General de la Nación, de una persona que ha ejercido en propiedad, el cargo de Magistrado de la Sala Disciplinaria del extinto Consejo Superior de la Judicatura.

En mi opinión, no surge la inhabilidad contemplada en los artículos 5° y 6° del nuevo artículo 126 Superior para el caso de una persona que aspira a ser nominada Procurador General de la Nación luego de haber el ejercido el cargo en propiedad de Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura. Ello es así, no solo por el carácter taxativo y de aplicación restrictiva del régimen constitucional de inhabilidades e incompatibilidades ampliamente reiterado por la jurisprudencia sino, además, por las razones que más adelante se reseñaran.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina, tienen claramente establecida la naturaleza restrictiva de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, desde la premisa conforme a la cual la libertad es la regla, máxime cuando esa libertad alude al ejercicio de un prototipo de derecho fundamental, como en este caso el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No sobra, entonces, recordar conforme a las pautas fijadas por la jurisprudencia constitucional, cuales son las propiedades que caracterizan las causales de inhabilidad e incompatibilidad, desde las que se debe hacer el juicio en cada situación fáctica, a saber:

1.-Solo pueden ser establecidas por la Constitución o la Ley (ver, por ejemplo, sentencias C-415/94 y C-1076/02).

2.-Su consagración en norma constitucional o legal debe ser expresa y contar con la tipificación de todos los elementos que integran la respectiva causal, de tal manera que la subsunción de la situación fáctica frente al supuesto normativo sea inequívoca, so pena de infringir quebranto al ordenamiento jurídico. En sentencia C-903 de 2008, al cotejar el rigor

de las inhabilidades para acceder al ejercicio de cargos públicos, la Corte destaca el carácter restrictivo de las inhabilidades

*9. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 40 superior, en desarrollo de la naturaleza participativa del Estado Social de Derecho colombiano (preámbulo y Arts. 1º, 2º y 95, Num. 5, ibídem), por regla general todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho, que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación tiene carácter fundamental, todo ciudadano puede, entre otras facultades, acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (Num. 7).*

*Esta regla tiene excepciones, que consisten en prohibiciones para acceder a los cargos públicos, denominadas inhabilidades, fundadas en razones de interés general, principalmente en los principios de moralidad e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa consagrados en el Art. 209 superior. **Tales excepciones, como tales, deben ser expresas y de interpretación y aplicación restrictiva***" (subraya fuera de texto).

3.-Corolario de lo anterior es el carácter taxativo de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, su aplicación restrictiva y, por vía de consecuencia, la imposibilidad jurídica de su aplicación analógica. La jurisprudencia Constitucional, ha fijado el criterio cuando se trata de dar aplicación a alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, en función de su carácter taxativo, típico y restrictivo, cuando en sentencia T-1039 de 2006 señala que:

*"Se puede concluir entonces que en materia de interpretación de las causales de inhabilidades esta Corporación ha sostenido que para este caso está constitucionalmente prohibida su interpretación extensiva porque afecta el derecho fundamental al debido proceso, al igual que el principio de igualdad y el derecho de acceso a cargos y funciones públicas. **Por lo tanto el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas***" (subraya fuera de texto).

A partir de los anteriores postulados, procede establecer cuales son los elementos de la inhabilidad contemplada en los incisos 5º y 6º del Artículo 126 Superior:

1.-Haber ejercido en propiedad cargos de los taxativamente enumerados en la disposición, que implica la titularidad plena del ejercicio del cargo, esto es, para la plenitud de las condiciones materiales y temporales que el mismo implica. Se excluye, por tanto, el acceso al respectivo cargo por la vía del encargo que se produce ante situaciones de vacancia temporal o definitiva del titular.



2.-Dicho ejercicio en propiedad, es referido de modo taxativo y exclusivo a los cargos de “Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil...”

Puede, entonces, apreciarse que la norma constitucional, es de tipo cerrado, es decir, no deja la más mínima posibilidad de extender el supuesto normativo que regula, a otros cargos diferentes, ni permite asimilación de ninguna índole alguna a otro tipo de cargos o instituciones. Sólo aplica para quienes hayan ejercido dichos cargos, con exclusión de cualquier otro que no se encuentre enlistado en dicha prohibición.

3.- La prohibición o restricción consiste en que quien haya ejercido en propiedad alguno de los expresamente citados cargos, no podrá ser reelegido para el mismo, ni tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos. Entiéndase por nominación como el nombramiento, designación o elección de segundo grado de un determinado sujeto para la posesión y ejercicio de un determinado cargo, esto es, el acto con el cual culmina el proceso de postulación y elección de un funcionario con el nombramiento o identificación de la titularidad del mismo, fecha que servirá de referente para medir el tiempo de mínimo un año a que hace alusión la norma bajo estudio.

Dados los anteriores elementos puede apreciarse que el cargo de Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, no forma parte de los supuestos de prohibición considerados en la norma para que se configure la inhabilidad prevista en la citada norma constitucional. Por lo tanto, no existe fundamento para extender sus alcances a la hipótesis que es objeto de estudio, desde el enfoque natural y obvio del carácter taxativo y restrictivo de las inhabilidades e incompatibilidades, que debe ser argumento suficiente para advertir que en el caso que nos ocupa, no confluyen los elementos facticos regulados en los incisos 5º y 6º del artículo 126 de la Constitución.

Por otra parte, también es preciso destacar que de acuerdo con las determinaciones que hizo el Congreso como constituyente derivado, mediante Acto Legislativo No 02 de 2015, no es posible hacer equiparación de la expresión “*Consejo Superior de la Judicatura*” con ninguna otra de las expresiones que, respecto a cargos concretos, hace el inciso 6º del artículo 126 citado.

Recordemos que en el sistema anterior al Acto Legislativo No 02 de 2015, el Consejo Superior de la Judicatura estaba conformado por dos Salas, la Administrativa y la Sala Disciplinaria; y que lo pretendido por el citado Acto Legislativo, de manera inequívoca fue extinguir el mencionado Consejo Superior, para crear dos funciones con dos órganos distintos y autónomos entre sí, como lo fueron el Consejo de Gobierno Judicial; y, por otra parte, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, para el conocimiento de las faltas disciplinarias de los funcionarios y empleados de la rama judicial y de los abogados, con la posibilidad en este último caso, de transferir parte de esta competencia a los colegios de estos profesionales.



Dicho de otra manera, con el Acto Legislativo mencionado, se crearon dos órganos constitucionales diferentes a lo que anteriormente configuraba el Consejo Superior de la Judicatura, con funciones que no son exactamente las mismas, por lo que no resulta lógico ni jurídico, asimilar o volver idénticos un órgano creado, con una autonomía y organización distintas, a las de otro órgano que, por obedecer a una configuración y concepción distinta de la organización y funcionamiento de la Rama Judicial, resulta suprimido por el Constituyente y con el cual pretenda compararse o asimilarse el primero.

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial, es órgano sustancialmente distinto del Consejo Superior de la Judicatura, como que el primero constituye un órgano judicial autónomo que asume, con una visión muy distinta del Constituyente, en parte, algunas de las funciones de una de las dependencias del segundo órgano que fue suprimido del panorama constitucional.

En ese orden de ideas, no es posible ni lo material ni lo formal, tratar como conceptos sinónimos o si quiera asimilables, la expresión “*Consejo Superior de la Judicatura*” con la de “*Comisión Nacional de Disciplina Judicial*”, pues aducen a realidades diferentes y con finalidades diferentes que se explican en los motivos que dieron lugar a la expedición del denominado Acto Legislativo de Equilibrio de Poderes.

Son circunstancias substancialmente distintas haber ejercido el cargo de Magistrado(a) del Consejo Superior de la Judicatura, órgano ya suprimido; que haber ejercido como miembro de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, órgano creado y a la fecha de presente concepto, no integrado, pues sus miembros no han sido nominados. Es concluyente que el querer del Congreso al expedir el Acto Legislativo 02 de 2015, no fue la de incorporar el ejercicio del cargo de Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, como fuente de la prohibición que se estudia.

Dado lo anterior, se puede concluir que la inhabilidad consagrada en el artículo 126 Superior, está concebida para un contexto de aplicación diferente al previsto por la situación anterior a la expedición del Acto Legislativo No 02 de 2015. Esto significa que se estableció para establecer limitaciones de acceso a los órganos constitucionales existentes a partir de su vigencia que, como puede observarse, son diferentes a los que existían antes de su expedición. Como norma que rige a futuro y que establece prohibiciones o restricciones de acceso o permanencia en la función pública, la del artículo 126, debe ser interpretada y aplicada a futuro y con el norte fijado expresamente por el constituyente derivado que, por lo ya señalado en párrafos anteriores, no permite la consideración de otros cargos distintos a los previstos en su texto.

Por otra parte, la causal de inhabilidad que nos ocupa, en su texto se contempla la tipificación plena de los elementos que la comprenden, con exclusión de cualquier otro distinto que esté por fuera de su literalidad. Precisión que, dado su contenido, implicaría que un entendimiento diferente o un complemento de la misma por la vía de la interpretación extensiva, conllevaría indefectiblemente al quebranto o desconocimiento de una norma constitucional de carácter substancial como lo es la del artículo 40 Superior.



Desde la sentencia C-147 de 1998, la Corte Constitucional, ha advertido sobre el carácter fundamental de la posibilidad de acceso en condiciones de igualdad y como derecho ciudadano de acceder al ejercicio de la función pública, como referente de interpretación del alcance de las inhabilidades como restricciones excepcionales a esta prerrogativa de todo ciudadano, cuando sostiene que:

*“Finalmente, no se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta (CP arts 13 y 40) sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos”* (negrilla fuera de texto).

Puede señalarse, en consecuencia, que las inhabilidades para acceder a los cargos públicos, como prohibiciones que se originan en los supuestos fácticos que cada causal describe en el texto constitucional o en el texto de la ley, como limitaciones a derechos, en su alcance, contenido e interpretación se sujetan al principio conforme al cual prevalece la regla de la libertad sobre la regla de la prohibición, con mayor fuerza cuando se trate de casos facticos que no se adecuan a los elementos típicos de la respectiva causal.

En consonancia y con invocación de lo anterior, el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta, en concepto de 30 de abril de 2015, rad. 2015-00058-00 (2251), ha reiterado que:

*Las causales de inhabilidad constituyen limitaciones al derecho fundamental a ser elegido y a acceder a funciones y cargos públicos garantizado por el artículo 40 de la Constitución; es así que la jurisprudencia constitucional y la del Consejo de Estado han señalado que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse de manera que se garantice su más amplio ejercicio, y que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos deben estar consagradas expresamente en la Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre en forma restrictiva.*

(...)

*La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6° de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido, de donde como regla general se infiere que todos los ciudadanos pueden acceder al desempeño de*



*funciones y cargos públicos y que excepcionalmente no podrán hacerlo aquellos a quienes se los prohíbe expresamente la Constitución o la ley.*

Este criterio, conforme al cual la interpretación de las normas sobre inhabilidades es estricta y restrictiva, en la medida en que son excepciones al derecho de las personas a acceder a las funciones y cargos públicos, según postulado del artículo 40 de la Constitución Política, ha sido reiterado por la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-767 de 1998; y por el Consejo de Estado, entre otras, sentencias, las de 16 de julio de 1998, expediente 175; de 17 de agosto de 2000, expediente 2342; de 19 de mayo de 2005, expediente 3688; de 15 de junio de 2006, expediente 3921; 14 de noviembre de 2008, Rad. 73001-23-31-000-2007-00710-01; de 26 de febrero de 2009, Rad. 50001-23-31-000-2007-01107-01; de 13 de diciembre de 2010, Rad. 17001-23-31-000-2009-00077-01; 1º noviembre de 2012 rad. 63001-23-31-000-2011-00311-01; 3 de diciembre de 2015, rad. 2015-00577-01(AC).


En efecto, extender la aplicación de mencionada inhabilidad, a un órgano o a un cargo que no está contemplado dentro de los consagrados en el inciso 6º del artículo 126 Superior, configura una violación al legítimo derecho de acceso a la función pública que, como derecho fundamental, consagran los numerales 1º y 7º del artículo 40 también de la Constitución.

Dicho de otra manera, una aplicación extensiva o diferente de los citados apartes de la inhabilidad prevista en el artículo 126 de la Constitución, como sería la de tomar como referente de aplicación un cargo o institución no previstos en la norma, necesariamente implicaría el desconocimiento para el sujeto afectado, de ejercer materialmente el derecho de acceso a la función pública.

**En conclusión:** Con fundamento en todo lo anterior, se considera que quien haya ejercido como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, no se encuentra inhabilitado para ser elegido o designado en alguno de los cargos señalados en el inciso 6º del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015.

El concepto contenido en el presente escrito es atribuible exclusivamente a quien en su condición de abogado consultor lo suscribe, en consecuencia, no corresponde a ni compromete posturas o manifestaciones institucionales de la entidad académica en la que presta sus servicios como docente.

Atento saludo,



**MARIO ROBERTO MOLANO LÓPEZ**  
C.C.79'313.645 de Bogotá  
T. P. 54794 CSJ.