



Radicado: 11001-03-28-000-2021-00009-00
Actor: RAMIRO BASILI COLMENARES
Demandada: PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrada Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 11001-03-28-000-2021-00009-00
Demandante: RAMIRO BASILI COLMENARES
Demandado: PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA, magistrada de la Corte Constitucional
Temas: Niega pretensiones, inaplicabilidad de normas que se dicen vulneradas.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Una vez agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, se profiere fallo de única instancia, dentro del medio de control electoral ejercido contra el acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, como magistrada de la Corte Constitucional, contenido en el acta de la sesión plenaria presencial del 10 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1. LA PRETENSIÓN

El señor **RAMIRO BASILI COLMENARES** con su demanda electoral solicitó:

“PRETENSIÓN ÚNICA

Se declare la nulidad de la elección de la doctora **PAOLA MENESES MOSQUERA**, elegida para el cargo de Magistrada de la Corte Constitucional, período constitucional 2020-2028, llevada a cabo por la plenaria del Senado de la República, de fecha 10 de diciembre de 2020, escogida de la terna presentada por el señor Presidente de la República, por ser violatoria del ordenamiento constitucional colombiano”.

1.2. LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se expuso que la señora **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** fue elegida por el Senado de la República, magistrada de la Corte Constitucional, período 2020-2028, en sesión de 10 de diciembre de 2020.





El señor presidente de la República elaboró, discrecionalmente, la terna mediante la cual postuló a los candidatos para proveer la vacante del saliente magistrado de la Corte Constitucional **Carlos Bernal Pulido**, quien había sido elegido el 3 de mayo de 2017 y renunció el 7 de agosto de 2020.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora arguyó que el acto electoral incurre transgresión de los artículos 40 numeral 7, 113, 125 inciso 2 y parágrafo, que fue adicionado con el artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2003, 126 inciso 4 y 239 de la Constitución Política porque la terna elaborada por el Presidente de la República no respetó el espíritu democrático de participación popular en el que se inspira la Carta Magna, ni el sistema de elección, ya que empleó una discrecionalidad que no le otorgó el constituyente y que invalida el acto de elección de la magistrada demandada porque la terna la conformó postulando libremente a los candidatos que consideró.

Agregó que la demandada al provenir de la terna elaborada por el presidente de la República se convierte en agente político de este, eliminando así la separación de poderes.

Por otra parte, la actora señaló que la demandada fue elegida por ocho años, dejando de lado que se estaba supliendo la vacancia absoluta derivada de la renuncia voluntaria del magistrado anterior, lo que implica que se le haya otorgado un periodo superior al establecido por la Constitución Política.

2. EL TRÁMITE

Por auto de 3 de febrero de 2021, se ordenó correr traslado de la medida cautelar requerida por el actor, oportunidad en la cual se pronunciaron la demandada **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, el presidente de la República y la agente del Ministerio Público presentó su concepto.

Mediante providencia de 4 de marzo de 2021 se admitió la demanda y se denegó la medida cautelar deprecada, la decisión cautelar que fue recurrida por el actor y confirmada mediante auto de 8 de abril de la misma anualidad.

El 26 de marzo de 2021 se pronunció el presidente de la República, respecto de la demanda.

La accionada contestó la demanda el 7 de abril de 2021.

Mediante providencia de 21 de abril de 2021, se ordenó oficiar al señor presidente de la República y al secretario General del Senado de la República para que remitirán los





antecedentes administrativos del acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, como magistrada de la Corte Constitucional, contenida en el acta de la sesión plenaria presencial del 10 de diciembre de 2020.

3. CONTESTACIONES

3.1. DE PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Su apoderado judicial manifestó su oposición respecto de la pretensión elevada con la demanda, para lo cual expuso que no existe vulneración de los artículos 40, 113, 125 y 126.4 de la Constitución Política.

1. Indicó que según la demanda el presidente de la República cuando conformó la terna de candidatos de la cual se nombró a la demandada, actuó de manera discrecional y vulneró el contenido de dichas disposiciones constitucionales con su omisión de adelantar un procedimiento público que permitiera la participación ciudadana.

Para controvertir dicho cargo, se refirió al contenido de los artículos 232 y 239 de la CP y 44 de la Ley 270 de 1996, de los cuales concluyó que la Corte Constitucional la integran 9 magistrados elegidos, para un periodo individual de 8 años, por el Senado de la República de ternas de candidatos remitidas por el presidente de la República, el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia.

Indicó que no existe precepto constitucional ni legal que establezca un procedimiento regulatorio para la elaboración de las ternas de candidatos a magistrados de la Corte Constitucional, lo que implica que “...*el ejercicio de una potestad discrecional (...) queda a discreción de cada nominador si desea establecer un procedimiento para elaborarlo, como efectivamente sucede en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado, quienes definieron en su reglamento orgánico un procedimiento para su conformación, pero que no obliga al presidente de la República a seguirlo*”.

Precisó que en todo caso las ternas deberán conformarse con abogados de distintas especialidades y será el Senado de la República la autoridad que a la final decida a quién elige.

Agregó que ante la vacancia absoluta de algún magistrado de la Corte Constitucional, la autoridad que lo postuló deberá remitir una nueva terna de candidatos y el Senado de la República proceder a su elección.

Situación que acaeció en esta oportunidad pues, en el 2017 se eligió a Carlos Bernal Pulido como magistrado de esa corporación, postulado por el entonces presidente de la República Juan Manuel Santos Calderón, siendo lo procedente que la nueva terna





requerida para cubrir su vacante la remitiera el presidente Iván Duque Márquez, como en efecto acaeció.

Indicó que el artículo 40 de la CP prevé el derecho para acceder a cargos públicos, pero afirmó que no es cierto lo dicho por el actor que ese precepto “...imponga la participación ciudadana”, por tanto, no existe infracción de esta disposición.

Manifestó que el caso objeto de análisis, no le resulta aplicable el artículo 125 de la CP, pues como se demostró la propia Constitución Política estableció el procedimiento para elegir magistrado de la Corte Constitucional, como tampoco el contenido del artículo 126 Superior que alude de manera exclusiva a la elección de servidores para corporaciones públicas y no refiere a una alta corporación judicial.

Puso de presente que el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de marzo de 2017¹, al estudiar la legalidad de la elección del Defensor del Pueblo concluyó que “...no era necesario agotar el trámite fijado en el artículo 126 de la Carta Política por cuanto hay un procedimiento especial, establecido en la misma Constitución Política para ese cargo”.

2. Sostuvo que el reparo según el cual la demandada “se convierte en agente político del presidente de la república” y, en consecuencia, su elección desconoce el principio de separación de poderes, también deviene impróspero porque la Constitución Política prevé diferentes mecanismos para elegir al procurador general, al contralor general y a los magistrados de la Corte Constitucional, en los cuales intervienen diferentes autoridades entre ellas el presidente de la República, lo que no equivale a que el elegido sea su “agente”.

Advirtió que el presidente puede nombrar sus agentes, pero en la administración pública más no en órganos autónomos ni tampoco en otras ramas del poder público.

3. En lo referente al cuestionamiento del lapso para el cual fue elegida la demandada precisó que el artículo 233 de la CP dispone que el periodo de los magistrados de la Corte Constitucional es individual y de 8 años, lo que incluso señaló la misma corporación judicial en la sentencia C-011 de 1994.

3.2. DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Su apoderado judicial señaló que la petición de la parte actora está llamada al fracaso para lo cual expuso que en la elección de magistrados de la Corte Constitucional, del fiscal general y del procurador general, por mandato de la Constitución Política concurre el presidente de la República.

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001032800020160006700, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio





1. Afirmó que aparte de los requisitos propios del cargo y el respeto por la participación femenina obligatoria en la terna de candidatos “...no existe ninguna regla jurídica que le imponga procedimientos previos como los que exige el demandante”.

Luego de referir al contenido de los artículos 125 y 126 de la Constitución Política afirmó que “...no exige ninguna condición especial para la confección de las ternas por parte de estas autoridades” y en estos casos la obligación del presidente de la República “...se concentra en escoger una terna de candidatos que cumpla las condiciones constitucionales y legales pertinentes, pero no existe ninguna norma constitucional, legal o reglamentaria que le imponga la obligación de adelantar un concurso de méritos como el que reclama el demandante”.

Así las cosas, en su criterio, la Constitución Política y la Ley 270 de 1996 establecen el procedimiento para elegir magistrado de la Corte Constitucional lo que hace inaplicables los artículos que se dicen infringidos por el acto demandado y conlleva a concluir que el presidente de la República no debe adelantar trámite especial alguno a la hora de elegir a sus candidatos que integrarán la respectiva “lista de elegibles”, lo que sostuvo, ya concluyó el Consejo de Estado, Sección Quinta, en providencia de 27 de febrero de 2020 (Rad. 11001032400020190031900, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio).

A manera de conclusión, afirmó que “...el presidente de la República Sí tiene la competencia de integrar en forma discrecional, autónoma y sin sujeción a procedimiento alguno, las ternas que sean de su resorte, respetando en todo caso, los mínimos que establezcan las normas pertinentes”.

2. Resaltó que la manifestación según la cual la demandada es agente político del presidente de la República “...merece nuestro total rechazo por grosera y atrevida. Desconoce el hecho de que los magistrados electos, al tomar posesión de sus cargos, juran cumplir con la Constitución y la ley, mas no obedecer instrucciones del Primer Mandatario o someterse a su voluntad política”.

Señaló que dicho reparo “...pareciera orientarse a un cargo de desviación de poder, como si acaso el Jefe de Estado tuviera la perversa intención de manejar a distancia, los destinos y las decisiones de la Corte Constitucional”, sin embargo, aceptar la tesis del demandante, deviene en la vulneración de la Constitución Política y en el desconocimiento del procedimiento establecido para elegir magistrados de la Corte Constitucional.

3. Para terminar, expuso que ante la falta definitiva de un magistrado de la Corte Constitucional, es lo procedente elaborar una terna de candidatos, realizar la elección y que sea nombrado para un periodo personal de 8 años, como sucedió en esta oportunidad, además, sostuvo que “...el carácter del periodo no es un elemento que pueda



viciar de nulidad el acto de elección ni puede servir de argumento para sustentar las pretensiones del actor”.

III. FIJACIÓN DEL LITIGIO Y TRASLADO PARA ALEGAR

Como ya se expuso, en providencia de 22 de abril de 2021, el Despacho concluyó que en el asunto de la referencia era lo procedente dictar sentencia anticipada porque está acreditada la circunstancia descrita en el literal b), del artículo 182A del CPACA, - cuando no haya que practicar pruebas-.

De acuerdo con lo anterior, se fijó el litigio en los siguientes términos:

“Determinar si el acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, como magistrada de la Corte Constitucional, contenido en el acta de la sesión plenaria presencial del día jueves 10 de diciembre de 2020, incurre en:

Violación de los artículos 40 numeral 7, 113, 125 inciso 2 y párrafo, adicionado con el artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2003, 126 inciso 4 y 239 [de la CP], porque:

i) La terna elaborada por el Presidente de la República no respetó la participación ciudadana dada la discrecionalidad con la que se conformó; ii) La demandada al integrar la terna conformada por el presidente de la República, se convierte en su agente político, situación que vulnera el principio de separación de poderes y; iii) la demandada fue elegida por ocho años, desconociendo que su elección debería dar continuidad al periodo de Carlos Bernal Pulido, quien se posesionó en mayo de 2017 y vencería en mayo de 2025, por tanto, excede el periodo establecido por la Constitución Política.

Todo a partir del concepto de la violación ya reseñado, junto con las razones de hecho y de derecho presentadas oportunamente por las partes, las cuales también fueron esbozadas en esta misma providencia”.

Además, en el mismo auto se ordenó correr traslado para alegar por escrito a las partes e intervinientes y al Ministerio Público para que presentara su concepto.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. DEL DEMANDANTE

Reiteró su postura según la cual es lo procedente anular el acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, como magistrada de la Corte Constitucional, por incurrir en violación directa de la Constitución pues, considera que la terna de candidatos de la cual hizo parte la demandada, fue elaborada por el presidente de la República de manera discrecional, lo cual atenta contra el principio de participación democrática.

Se refirió al contenido de los artículos 239 de la CP y 44 de la Ley 270 de 1996 para destacar que, en su criterio, como no establece de “...*manera concreta y específica el modo como se escogerían y elaboraría, cada una de las ternas por las autoridades*





postulantes”, existe un “vacío jurídico” debe suplirse con el contenido del artículo 126.4 de la Constitución Política que impone la necesidad de convocatoria pública.

4.2. DE LA DEMANDADA PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Su apoderado judicial insistió en que la pretensión anulatoria del actor debe denegarse, para lo cual acudió a los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

4.3. DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Su apoderado manifestó en que insistía en su solicitud de no acceder a la petición elevada con la demanda porque contrario al dicho del accionante, considera que las normas constitucionales que se dicen infringidas, resultan inaplicables al trámite adelantado para elegir magistrado de la Corte Constitucional.

De igual manera, reiteró que el actuar del presidente de la República contrario a desconocer el ordenamiento jurídico se adelantó en cumplimiento de los deberes que le impone la propia Constitución Política.

Agregó que, a pesar de lo sostenido por la parte actora, el análisis de las normas que regulan la elección de magistrados de la Corte Constitucional impone concluir que “...el Presidente de la República Sí tiene la competencia de integrar en forma autónoma y sin sujeción a procedimiento alguno, las ternas que sean de su resorte, respetando en todo caso, los mínimos que establezcan las normas pertinentes”.

Precisó que el señalamiento de que la demanda se convierte en agente del presidente de la República, por su nominación en la terna, carece de fundamento jurídico y probatorio, como lo expuso en la contestación de la demanda.

Para terminar resaltó que la propia Constitución fijó el término y condición del periodo de los magistrados de la Corte Constitucional, lo cual resulta suficiente para demostrar el fracaso de este reparo del accionante.

4.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Como fundamento de su pronunciamiento, la señora agente del Ministerio Público se refirió a los hechos y argumentos de la demanda y a la fijación del litigio. Aludió al contenido del artículo 239 de la CP, para resaltar que no existe un procedimiento especial que deba seguirse al momento de conformar las ternas de candidatos de las cuales el Senado de la República elige a los magistrados de la Corte Constitucional.

Así mismo, explicó que “...el acto mediante el cual el Presidente de la República conforma la terna para la elección de Magistrado/a de la Corte Constitucional, es una facultad





discrecional electoral, que no se puede equiparar a las funciones que le corresponden como suprema autoridad administrativa” el que, además, debe verse como de trámite porque no pone fin a la actuación administrativa y, en consecuencia, no es demandable sino junto con el declaratorio de la elección.

En su criterio, durante la vigencia del artículo 230 Constitucional “...*los Magistrados de la Corte Constitucional son elegidos “de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado”, esta debe ser entendida y examinada como una facultad electoral, discrecional y autónoma, que tiene su fundamento en los cimientos constitucionales de la democracia participativa, y no en los procedimientos administrativos”.*

Con fundamento en lo anterior, concluyó que no se requiere efectuar una convocatoria pública para elaborar las ternas de las cuales se eligen magistrados de la Corte Constitucional, pues existe norma especial que regula dicha elección, a la cual debe dársele preferencia sobre la normativa a la cual el actor alude como infringida, que no impone de dicha exigencia.

Manifestó no compartir la afirmación del demandante según la cual la autonomía e independencia de la demandada se vulnera con su postulación, discrecional, por parte del presidente de la República, porque debe tenerse en cuenta que declarada su elección la magistrada **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** integrará “...*una Rama autónoma e independiente, como lo es la Judicial, lo que no permite, precipitadamente, endilgarles, bajo este entendido, la calidad de agentes políticos de aquel”.*

Para finalizar, adujo que no es cierto que el periodo de los magistrados de la Corte Constitucional sean institucionales, pues el artículo 239 de la CP dispone que “...*son elegidos por el Senado de la República, para periodos individuales de 8 años”.*

En consecuencia, por considerar que no existe la infracción normativa a la que alude la parte actora, solicitó negar la petición de anular el acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, como magistrada de la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 149² del CPACA y el artículo 13 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019, la Sección Quinta es competente

² Si bien el artículo 149 del CPACA fue modificado por la Ley 2080 de 21 de enero de 2021, esta última aún resulta inaplicable por disposición expresa del artículo 86 que determinó el régimen de vigencia y de transición normativa de la reciente Ley indicando que lo atinente a las competencias solo entrará a regir “respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley”.



para conocer en única instancia del presente proceso, en tanto la discusión recae sobre el acto de elección de una magistrada de la Corte Constitucional, que dentro del contexto del primero de los artículos mencionados, es efectuado por el Senado de la República.

2. ACTO DEMANDADO

El demandante requiere que se declare la nulidad el acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, como magistrada de la Corte Constitucional, contenido en el acta de la sesión plenaria presencial del día jueves 10 de diciembre de 2020 del Senado de la República.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El litigio se fijó en los siguientes términos:

*“...Determinar si el acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, como magistrada de la Corte Constitucional, contenido en el acta de la sesión plenaria presencial del día jueves 10 de diciembre de 2020, incurre en:*

Violación de los artículos 40 numeral 7, 113, 125 inciso 2 y parágrafo, adicionado con el artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2003, 126 inciso 4 y 239 [de la C.P.], porque:

i) La terna elaborada por el Presidente de la República no respetó la participación ciudadana dada la discrecionalidad con la que se conformó; ii) La demandada al integrar la terna conformada por el presidente de la República, se convierte en su agente político, situación que vulnera el principio de separación de poderes y; iii) la demandada fue elegida por ocho años, desconociendo que su elección debería dar continuidad al periodo de Carlos Bernal Pulido, quien se posesionó en mayo de 2017 y vencería en mayo de 2025, por tanto, excede el periodo establecido por la Constitución Política”.

Para resolver la anterior problemática, la Sala se referirá a: **i)** la causal de nulidad de infracción de norma superior; **ii)** el principio de separación de poderes; **iii)** normativa que regula la elección de los magistrados de la Corte Constitucional y; **iv)** caso concreto.

2.1. DEL MOTIVO DE NULIDAD ENROSTRADO AL ACTO ACUSADO: LA INFRACCIÓN A NORMA SUPERIOR (ARTÍCULO 137 DEL CPACA)

La acción de nulidad electoral, en términos de la Constitución Política artículo 237, o el medio de control de nulidad electoral como lo denomina el artículo 139 del CPACA, tiene como propósito reestablecer el orden jurídico en abstracto y preservar la legalidad –en la comprensión amplia de este principio, que incluye no solo la legislación sino toda norma de orden superior–, cuandoquiera que haya sido trastocada en actos de elección por voto popular–e inclusive decisiones que reflejan el





resultado en el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana³–, llamamiento o nombramiento.

Los motivos por los que se consideran viciados de nulidad los actos electorales, que pueden ser “*propios*”, porque contienen la declaratoria de la voluntad de un determinado electorado (electoral propio), o “*impropios*” porque contienen la decisión de la administración de designar a un servidor o dignatario, se encuentran contenidas en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, que positivizó la postura jurisprudencial acogida por la Sección Quinta de esta Corporación, en cuanto estableció que, además de los motivos especiales definidos por el legislador, también podían ser atacados por las causales generales previstas para demandar la nulidad de los actos administrativos comunes, así:

“(…) Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.
2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.
3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.
4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.
5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad.
6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.
7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.
8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política al momento de la elección”. (Negrilla fuera de texto)

³ Así se positivizó en los artículos 24 y 28 de la Ley 2080 de 2021, que modificó en lo pertinente la Ley 1437 de 2011.





Es claro entonces, que la anulación de los actos de elección, llamamiento y nombramiento puede sustentarse en los supuestos del artículo 137 *ejusdem*, que determina:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos **con infracción de las normas en que deberían fundarse**, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió...”.

En relación con la causal de nulidad de los actos administrativos consistente en la **infracción de las normas en que debían fundarse** –también conocida genéricamente como “*violación de norma superior*”–, en el que se sustenta el cargo de la demanda que da lugar al vocativo de la referencia, es menester precisar, tal y como lo señaló la Sala en sentencia del 27 de octubre de 2016⁴, que consiste en el desconocimiento de las disposiciones normativas que componen el marco jurídico del acto administrativo-electoral.

Dicho de otro modo, el cargo de nulidad se estructura en los eventos en que el acto enjuiciado se aparta de las normas superiores a las cuales “...*debía respeto y acatamiento en la medida en que éstas le imponen (...) su objeto y finalidad*”⁵.

De allí que se admita por parte de esta Sala Electoral la existencia **de dos elementos de configuración** en relación con el mentado motivo de anulación. Por una parte, es preciso demostrar que los preceptos que se aducen como vulnerados **hacen parte del grupo de prescripciones normativas que reglan** “...*la materia que es objeto de decisión administrativa.*”⁶

En este orden, en tratándose del medio de control de nulidad electoral, dicha causal puede fundar la solicitud de anulación de un acto de elección o nombramiento cuando los preceptos normativos presuntamente infringidos pertenecen “...*a la regulación aplicable a esa elección o nombramiento.*”⁷

Para tal propósito es importante tomar en consideración que el orden jurídico se compone de una estructura piramidal y un sistema de fuentes que, a la manera más elemental de la lógica kelseniana, integra una serie de jerarquías normativas que para

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 27 de octubre de 2016, rad. 11001-03-28-000-2016-00038-00, demandado: magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

⁵ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tratado de Derecho Administrativo. Acto administrativo: Procedimiento, eficacia y validez. Universidad Externado de Colombia. 4ª ed. Bogotá. Pág. 375.

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. N°. 08001-23-31-000-2007-00972-01. M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Actor: Lourdes del Rosario López Flórez.

⁷ *Ibidem*.





lo que al Estado Social de Derecho concierne toman como máximo referente a la Constitución Política de 1991, en virtud del principio de supremacía inserto en el artículo 4 *ibidem*, con integración de las disposiciones que se adhieren a ella en virtud del bloque de constitucionalidad; seguidas de las leyes, asimiladas de acuerdo con el valor que se les asigna a partir de su tipología y especialidad –orgánicas, estatutarias, marco, aprobatorias de tratados, ordinarias, etcétera– y demás normativa que comparten su fuerza material; las cuales, a su vez, se ubican en un nivel superior que los decretos y demás actos administrativos de carácter general.

Así las cosas, no se trata de cualquier manifestación del poder ordenador de la voluntad del Estado el que tiene la vocación de constituir un vicio atentatorio de la legalidad que debe revestir todo acto administrativo, sino de una que se dé en una relación bidireccional y asimétrica en la que el objeto del examen judicial recaiga sobre el dispositivo de menor rango visto en perspectiva con la singularidad o el conjunto de elementos, según se trate, reflejada en locaciones jerárquicas que lo sobrepasen. De ahí que sea inadmisibles enfrentar en examen de legalidad dos normas de igual jerarquía, o pretender la nulidad de un acto que se opone a previsiones de una preceptiva situada en un nivel inferior.

Esto tiene como principio el hecho de que el ejercicio de funciones públicas, desde la reguladora y ordenadora, pasando incluso por la nominadora, responde al carácter reglado propio del Estado de Derecho y la forma de vinculación, en principio positiva –hacer solo lo que manda el ordenamiento; en contraposición a la negativa, que apunta a hacer todo lo que permite el ordenamiento– sobre la que, con todos los matices y discusiones que se embeben esta teoría, descansan las relaciones entre las autoridades públicas y el orden jurídico, que conjuga, entre otras premisas, los artículos 6, 29 y 123 de la Constitución Política, que en lo pertinente enseñan:

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

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (...).

ARTICULO 123. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

Bajo ese entendido, el ejercicio de la función administrativa o electoral, según corresponda, se circunscribe al respeto por las reglas preexistentes, en el orden de importancia que el Constituyente les asignó por la misión y el tipo de temas que les fueron reservados, como límites racionales y democráticos frente a la arbitrariedad





Por otra parte, resulta indispensable para la prosperidad de este cargo que se acredite la no avenencia del acto bajo censura a las normas que constituyen su marco jurídico de referencia. De allí que se deba probar que la prescripción jurídica que integra el concepto de la violación alegado debía imbuir la expedición y contenido del acto, y que, contrario a ello, el acto terminó constituyendo una oposición directa o indirecta de aquel; disconformidad que puede tener lugar en las siguientes hipótesis:

(i) **Falta de aplicación de la norma**, situación que se presenta luego de que la autoridad que profiere el acto ignora la existencia del presupuesto normativo, o conociéndolo, no lo aplica en el asunto que la ocupa;

(ii) **Aplicación indebida de la norma**, la cual se presenta luego de que las reglas jurídicas empleadas por la autoridad para fundar el acto, no se conforman a la situación fáctica del caso a tratar, como consecuencia de una equivocación en la valoración y escogencia de la disposición normativa;

(iii) **Interpretación errónea de la norma**, consistente en el entendimiento desatinado del precepto o preceptos que sustentan el asunto por resolver⁸.

De lo anterior se decanta que su materialización resulta del cotejo entre las normas invocadas como infringidas y el acto electoral acusado⁹; peculiaridad propia de los vicios contenidos en el artículo 137 del CPACA, “...metodología compuesta por dos momentos, a saber, **(a)** la determinación de la pertinencia y aplicabilidad de las normas invocadas respecto del procedimiento administrativo cuestionado; **(b)** su quebrantamiento por inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea”¹⁰.

Tales precisiones resultan relevantes para el *sub examine* en la medida en que, como se anticipó, el demandante sostiene que existe violación de normas constitucionales porque: i) la terna elaborada por el Presidente de la República no respetó la participación ciudadana dada la discrecionalidad con la que se conformó; ii) la demandada al integrar la terna conformada por el Presidente de la República, se convierte en su agente político, situación que vulnera el principio de separación de poderes y; iii) fue elegida por ocho años, desconociendo que su elección debería dar continuidad al periodo de Carlos Bernal Pulido, quien se posesionó en mayo de 2017 y vencería en mayo de 2025, por tanto, excede el periodo establecido por la Constitución Política.

Por tal motivo, en este caso es viable adelantar el examen propuesto en la medida en que se confrontó un acto electoral –el que se enjuició– con una categoría jurídica indiscutiblemente superior, como lo es la Constitución Política de 1991.

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660). M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Actor: ACCENTURE LTDA.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-24-000-2017-00173-00, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Demandados: Consejo Nacional Electoral y otro.





2.2. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

El principio de separación de poderes es una de aquellas marcas indelebles del constitucionalismo moderno aparecido a finales del siglo XVIII, que caracterizó los procesos revolucionarios estadounidense y francés¹¹, para venir, posteriormente, a alimentar la narrativa constitucional de las Américas, y particularmente la colombiana¹². Las prescripciones del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 de acuerdo con las cuales, “*una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, **ni determinada la separación de los Poderes**, carece de Constitución*”, fueron acogidas en gran parte de los textos superiores proferidos tras la declaración de independencia¹³, bajo la filosofía de que la escisión del poder del Estado conservaría la existencia de un orden justo, al impedir la concentración de facultades en una sola persona, como había sido frecuente en las monarquías.

La separación de poderes se presentó así como una cortapisa a la arbitrariedad del ejercicio de la autoridad pública que, por otro lado, garantizaba la eficacia de los derechos y libertades de la ciudadanía, al establecer límites concretos y exactos para la puesta en marcha del poder, que permitían, por contera, la existencia de espacios en los que el administrado podía desarrollarse libremente, sin ninguna interferencia estatal.

El principio no solo racionalizó la actividad del Estado, sino que la hizo igualmente más efectiva, especializándola mediante la atribución de competencias específicas que llevaron al perfeccionamiento de los encargos efectuados. La separación pasó entonces por distinguir que mientras la creación del Derecho correspondía a la Rama Legislativa; la administración de los asuntos públicos dependía de las labores de una Rama Ejecutiva; que en muchos de los casos era representada por un presidente. La resolución de las controversias y litigios fue asignada a los jueces, quienes deberían ostentar autonomía e independencia frente a las demás ramas del poder, como sustrato para su funcionamiento.

De esta manera, el principio de separación de poderes contó con tres significados diversos. En primer lugar, como elemento restrictor del abuso del poder, que impedía su concentración. En segundo lugar, como garantía de los derechos de los asociados,

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹² Para ejemplificar esta afirmación, puede hacerse referencia al artículo 10 de la Constitución Política de 1821, conocida como Constitución de Cúcuta, en el que se dispuso: “El pueblo no ejercerá por sí mismo otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones primarias, ni depositará el ejercicio de ella en unas solas manos. El Poder Supremo estará dividido para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.” (Negrilla fuera de texto)

¹³ La Constitución de Cundinamarca de 30 de marzo de 1811 consagró en esa materia: “En virtud de esta relación, cada uno de los tres Poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en sesiones separadas disputarán el punto cuestionable, tomándose el espacio de un mes, para que con maduro examen se puedan fundar los votos.” (Subraya fuera de texto)





mediante la imposición de amojonamientos a las autoridades. Por último, como presupuesto que catalizó el correcto desempeño de las funciones públicas, a través de la especialización de las labores del Estado.

Al amparo de estas mismas consignas, los constituyentes de 1991 pregonaron la inclusión de este referente axiológico en el marco del Texto Superior, promulgado el 4 de julio de ese mismo año. Al respecto, resulta demostrativa la ponencia presentada por los assembleístas Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Matías Ortiz y Abel Rodríguez, en la que se lo concibió como un sistema de “...*distribución del poder para garantizar las libertades públicas, evitar la concentración y el despotismo y alcanzar la mayor eficacia del Estado*”¹⁴.

Así, el artículo 113 de la Carta Política de 1991 abrigó en su redacción el principio de la separación de poderes en los términos que se reproducen enseguida:

“Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

La transposición de la separación de poderes en el ámbito colombiano presentó una serie de particularidades, al ratificar no solo la cláusula secular de la tridivisión del poder, sino al concebir la existencia de órganos autónomos que no pueden ser clasificados en ninguna de esas tres ramas –legislativa, ejecutiva y judicial– y cuyo desempeño de funciones debe ser ante todo colaborativo para el fiel cumplimiento de los fines esenciales del Estado¹⁵.

En otros términos, la Constitución Política de 1991 se aparta de la concepción clásica de la separación de poderes –en la que el desarrollo de las competencias de los órganos estatales se realiza de forma independiente y autónoma, sin mediar relación alguna entre éstos–, para imponer una visión un tanto más dinámica, conocida como el sistema de frenos y contrapesos¹⁶, en el cual la fiscalización mutua entre las autoridades y la cooperación para la materialización de los propósitos estatales, se constituye en la “*pedra angular*” de la estructura emergente.

En palabras de la Corte Constitucional¹⁷:

“...la Constitución de 1991, **adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de**

¹⁴ Gaceta Constitucional Nro. 59, p. 4.

¹⁵ Art. 2º Constitución Política

¹⁶ Traducción acuñada por la doctrina especializada del anglicismo: “*system of checks and balances*”.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza





colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes.

La Constitución colombiana dedica su Título V a la Organización del Estado, y en el Capítulo 1, sobre estructura del Estado, después de señalar, en el artículo 113, que son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial, y que, además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, precisa que “[l]os diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

El modelo por el cual optó el constituyente de 1991 mantiene el criterio conforme al cual, por virtud del principio de separación, las funciones necesarias para la realización de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. **Sin embargo, la idea de la separación está matizada por los requerimientos constitucionales de colaboración armónica y controles recíprocos.** Por virtud del primero, se impone, por un lado, una labor de **coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones, y, por otro, se atenúa el principio de separación, de tal manera que unos órganos participan en el ámbito funcional de otros**, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente, o como una excepción a la regla general de distribución funcional, como cuando la Constitución señala que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales o que la ley podrá atribuir excepcionalmente función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas (C.P. Art. 116). Los controles recíprocos, por su parte, se encuentran consagrados en diversas disposiciones constitucionales, como aquellas que establecen y desarrollan la función de control político del Congreso sobre el gobierno y la administración, o las que regulan los órganos autónomos de control y vigilancia. **En conjunto, la estructura constitucional descrita responde al modelo de frenos y contrapesos que tiene el propósito, no solo de obtener mayor eficiencia en el desarrollo de las funciones a través de las cuales el Estado atiende a la satisfacción de sus fines, sino, y principalmente, de garantizar una esfera de libertad para las personas**, por efecto de la limitación del poder que resulta de esa distribución y articulación de competencias.

(...)

De este modo, se tiene que la separación de poderes consagrada en la Constitución de 1991 **no es absoluta, sino que, por el contrario, admite la colaboración y los controles recíprocos entre los distintos órganos del Estado.** Además, la Constitución contempla la posibilidad de excepciones a la regla general de distribución de competencias, en situaciones determinadas y bajo precisas condiciones.” (Negrilla fuera de texto).

La aparición de la Constitución Política implicó dejar de lado una hermenéutica vetusta de la separación de poderes, bajo la cual la simple escisión de las funciones esenciales del Estado garantizaba el equilibrio necesario al interior de la organización política; adoptando la interpretación según la cual, su correcto funcionamiento pende, en gran medida, de la concesión de herramientas que habilitan a las autoridades a controlarse entre ellas; amalgamadas con los deberes constitucionales de interrelación institucional, que permiten entender que, a pesar de las complejidades connaturales a



la estructura del Estado colombiano, el entramado concebido por la Carta persigue siempre la satisfacción de sus fines básicos, consignados en el artículo 2° Superior.

Respecto del alcance de la separación de poderes en el marco constitucional de nuestros días, la Corte sostuvo en sentencia C-630 de 2014¹⁸:

“El principio de separación de poderes se encuentra plasmado en el artículo 113 de la Carta Política. La determinación de la naturaleza y alcances de la separación de poderes ha sido un propósito de esta Corporación desde sus primeros años. Al respecto esta Corte ha identificado dos modelos básicos de separación de poderes. El primero de ellos es un **modelo estático que se enfoca primordialmente en la necesidad de limitar el ejercicio del poder en el diseño de los órganos, entidades e instituciones públicas.** Concibe la **separación de poderes como un sistema que garantiza que el ejercicio del poder pueda limitarse en la medida en que los diversos órganos del poder público tengan funciones diferentes, y que éstas se encuentren perfectamente bien definidas en la Constitución y la ley.** De tal modo, al definir de manera precisa las funciones del poder público en la Constitución y la ley, y al mantenerlas en cabeza de órganos diferentes, se estaría **controlando el poder del Estado.** La separación de dicho poder en órganos o entidades diferentes, y su precisa definición en normas jurídicas sería entonces la manera de **garantizar que el Estado va a respetar los derechos de los ciudadanos.**

(...)

Por contraposición, **el segundo modelo, conocido como el sistema de “balances y contrapesos” o “frenos y contrapesos”, se enfoca en el aspecto dinámico del ejercicio del poder político. Reconoce que para poder garantizar la libertad de los ciudadanos es necesario controlar el ejercicio del poder del Estado, pero que esta función requiere de herramientas que permitan que los órganos del poder público se controlen mutuamente.** Reconoce además que **para garantizar que exista una medida suficiente de igualdad entre los ciudadanos es fundamental diseñar herramientas de cooperación entre las entidades públicas que permitan fortalecer el poder del Estado, y encauzarlo para el logro de sus objetivos.** En esa medida este modelo acepta que **tiene que existir un cierto nivel de complementariedad, concurrencia y cooperación entre los poderes públicos para que el Estado pueda garantizar, tanto las libertades básicas, como los derechos prestacionales.**” (Negrillas de la Sala).

Sin pretender la exhaustividad, una lectura detallada de la Norma Superior permite destacar como expresiones del sistema de frenos y contrapesos, la fiscalización judicial y política de la declaratoria de los estados de excepción por parte del Gobierno Nacional¹⁹; las citaciones y requerimientos a ministros, jefes de departamentos administrativos y superintendentes venidas del Congreso²⁰; las investigaciones y juzgamientos penales de congresistas adelantados por la Corte Suprema de Justicia; el control de las leyes por parte de la Corte Constitucional²¹; la fiscalización de la

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-630 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁹ Art. 212 y s.s. de la Constitución Política.

²⁰ Art. 135.8 de la Constitución Política.

²¹ Art. 241 de la Constitución Política.





legalidad y juridicidad, de los actos administrativos expedidos por la administración pública a cargo de los jueces administrativos²².

Así, en su modalidad de “*checks and balances*”, el principio de separación de poderes conjuga ingredientes normativos tradicionales que lo acompañan desde su irrupción, así como presupuestos contemporáneos, cuya existencia determinan su debido respeto al interior del ordenamiento jurídico colombiano, como pilar básico y fundante del Texto Constitucional de 1991²³.

En conclusión, el núcleo esencial de la separación de poderes, en su voz de pesos y contrapesos, es debidamente observado cuando el cumplimiento de las funciones estatales otorgadas a un órgano se desenvuelve en un ambiente de **(i)** independencia que excluya cualquier tipo de injerencia externa en los diferentes dominios que encubren la entidad –v.gr. funcional, organizativo, etc.– ; y **(ii)** autonomía, en el sentido de poder desplegar su actividad por sus propios medios y autogobernándose.

2.3. NORMATIVA QUE REGULA LA ELECCIÓN Y EL PERIODO DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es procedente manifestar que el artículo 232 de la CP contiene los requisitos para ser magistrado de la Corte Constitucional, siendo estos: 1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; 2. Ser abogado; 3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos y; 4. Haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

Respecto de la forma de suplir sus vacantes, el artículo 239 de la Constitución Política, dispone:

“La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos” (Negrillas fuera de texto original).

²² Art. 237 de la Constitución Política.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.





En este mismo sentido la Ley 270 de 1996, señala:

“ARTÍCULO 44. INTEGRACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional está integrada por nueve (9) Magistrados, elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de ternas que presentan: tres (3) el Presidente de la República, tres (3) la Corte Suprema de Justicia y tres (3) el Consejo de Estado.

Las ternas deberán conformarse con abogados de distintas especialidades del derecho y el Senado elegirá un Magistrado por cada terna, procurando que la composición final de la Corte Constitucional responda al criterio de diversidad en la especialidad de los Magistrados.

Cuando se presente una falta absoluta entre los Magistrados de la Corte Constitucional, corresponde al órgano que presentó la terna de la cual fue elegido el titular, presentar una nueva para que el Senado de la República haga la elección correspondiente.

Producida la vacante definitiva, la Corte Constitucional la comunicará de inmediato al órgano que debe hacer la postulación para que, en un lapso de quince días, presente la terna ante el Senado de la República. La elección deberá producirse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la terna o de la iniciación del período ordinario de sesiones en caso de que a la presentación de la misma el Congreso se encontrare en receso.

Mientras se provee el cargo por falta absoluta o por falta temporal de uno de sus miembros la Corte Constitucional llenará directamente la vacante” (Negritas fuera de texto original).

Así las cosas, de acuerdo con este panorama constitucional y legal resulta plausible concluir que la elección de magistrados de la Corte Constitucional está debidamente regulada ya que se dispone que: **i)** serán elegidos por el Senado de la República; **ii)** de ternas que deberán remitir el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, precisando que cada una de las autoridades en mención de encargarán de elegir 3 magistrados para un total de 9 miembros.

También se precisa que cada magistrado de la Corte Constitucional tendrá un periodo individual de 8 años, sin que pueda ser reelegido. Destacando que en lo referente a la elaboración de las ternas solo se exige que *“...deberán conformarse con abogados de distintas especialidades del derecho...”*.

En dicha regulación se precisa que la vacante absoluta del magistrado de la Corte Constitucional será suplida con la terna de candidatos que deberá remitir la autoridad que lo postuló al Senado de la República.

Sumado a lo anterior, se precisa que ante la ocurrencia de faltas absolutas o temporales, la propia Corte Constitucional llenará, de manera transitoria, la vacante, hasta que el Senado de la República se encargue de la provisión definitiva del cargo



2.4. CASO CONCRETO

Como antes se expuso, para la parte actora, el acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, como magistrada de la Corte Constitucional, contenido en el acta de la sesión plenaria presencial del 10 de diciembre de 2020, incurre en la causal de nulidad de infracción de norma superior.

Lo anterior al considerar que: **i)** la terna elaborada por el presidente de la República no respetó la participación ciudadana dada la discrecionalidad con la que se conformó; **ii)** la demandada al integrar la terna conformada por el presidente de la República, se convierte en su agente político, situación que vulnera el principio de separación de poderes y; **iii)** fue elegida por ocho años, desconociendo que su elección debería dar continuidad al periodo de Carlos Bernal Pulido, quien se posesionó en mayo de 2017 y vencería en mayo de 2025, por tanto, excede el establecido por la Constitución Política.

Situaciones que, en su criterio, vulneran el contenido de los artículos 40 numeral 7, 113, 125 inciso 2 y párrafo, adicionado con el artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2003, 126 inciso 4 y 239 de la Constitución Política.

2.4.1. Reitera la Sala Electoral que el vicio de infracción de norma superior impone la revisión de la literalidad de los preceptos que se dicen vulnerados, a fin de **determinar su aplicabilidad al procedimiento adelantado que terminó con el acto que se cuestiona o su vulneración por inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea que, para el caso particular,** resultan ser las siguientes normas constitucionales:

“ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

ARTÍCULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.



ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

(...)

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003 > Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

ARTÍCULO 126. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con 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.

(...)

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

ARTÍCULO 239. La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos”.

El contenido de los anteriores preceptos debe analizarse de manera armónica con el argumento de la parte actora según el cual, la terna de la cual se eligió a la demandada como magistrada de la Corte Constitucional fue conformada por el presidente de la República sin previa convocatoria pública, de manera discrecional y postulando libremente a sus candidatas.

En este sentido, como se explicó en el numeral 2.3. de esta providencia, es necesario destacar que la elección de los magistrados de la Corte Constitucional está debidamente regulada por la Constitución Política (art. 239) y la Ley 270 de 1993 (art. 44).



Radicado: 11001-03-28-000-2021-00009-00
Actor: RAMIRO BASILI COLMENARES
Demandada: PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Dicha regulación señala como nominador al Senado de la República acudiendo a las ternas que, en su momento, le remita el presidente de la República, o la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, lo cual dependerá de cuál de las mencionadas autoridades deba postular sus candidatos para suplir la respectiva vacante.

No puede desconocerse que la única exigencia que se hace respecto de la elaboración de las ternas, está contenida en el artículo 44 de la Ley 270 de 1996, según el cual “...deberán conformarse con abogados de distintas especialidades del derecho”.

En este preciso caso, no hay discusión respecto de que el llamado a conformar y remitir al Senado de la República la terna para elegir al reemplazo del doctor Carlos Bernal Pulido, en razón de su renuncia, era el presidente de la República.

Ahora bien, para el demandante la elaboración de dicha terna de candidatos debe estar precedida de una convocatoria pública que permita a cualquier ciudadano optar por hacer parte de la misma y su omisión deviene en la infracción de los preceptos antes transcritos.

No obstante lo anterior, la Sala no encuentra viso de prosperidad en la tesis expuesta por la parte actora, según pasa a demostrarse:

Del contenido de los preceptos constitucionales que se dicen vulnerados por el acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, es necesario concluir que los artículos 40, numeral 7, 125 inciso 2º y parágrafo y 126 inciso 4º no devienen pertinentes, ni aplicables al procedimiento administrativo cuestionado que finalizó con el acto de elección que se pide anular.

2.4.1.1. En efecto, la lectura del **artículo 40 de la C.P.**, da cuenta de la garantía constitucional de todo ciudadano para participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, el cual para el demandante está vulnerado en lo que refiere al acceso del desempeño de funciones y cargos públicos pero, bajo el entendido que la elaboración de la terna de candidatos del presidente de la República para ser magistrado de la Corte Constitucional, debe estar precedida de una convocatoria pública, lo cual no acaeció y de allí deriva su cargo de anulación.

Sin embargo, revisada la reglamentación constitucional y legal que rige la elección de los magistrados de la Corte Constitucional es lo pertinente concluir que no se requiere la convocatoria a la cual se alude en la demanda, pues se reitera la única exigencia que se reclama de las ternas es que se integren con “*abogados de distintas especialidades del derecho*”.





A lo anterior debe agregarse que más allá de la falta de convocatoria pública el actor no expuso razón diferente para demostrar la presunta vulneración de dicha garantía constitucional contenida en el artículo 40.

Así las cosas, estando claro que el demandante exige, en aras de la protección del derecho a la participación ciudadana, la apertura de una convocatoria pública antes de proceder a la conformación de la terna de candidatos del presidente de la República para ser magistrado de la Corte Constitucional, la cual está prevista como requisito en el procedimiento impuesto por el constituyente y legislador a efectos de suplir estas vacantes, no hay conclusión diferente a la cual arribar a que dicho precepto resulta inaplicable en los precisos términos expuestos en la demanda.

Debe insistir la Sala que no resulta plausible desde ningún punto de vista que este juez electoral imponga como requisito la convocatoria que no hace parte del procedimiento establecido por la Constitución Política y tampoco por la Ley 270 de 1996, en los preceptos que explican contentivos de la regulación que se debe tener en consideración para elegir magistrados de la Corte Constitucional.

Tampoco se advierte circunstancia alguna que de cuenta de la vulneración del derecho contenido en el artículo 40 que se dice vulnerado, pues se reitera que el único reparo en este sentido es la exigencia de la convocatoria la cual no resulta exigible, por las razones ya expuestas.

2.4.1.2. Igual situación se presenta respecto del artículo 125 inciso 2º pues de su lectura se advierte que tiene como destinatarios a “[...]os funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”.

En este sentido, basta reiterar que la elección de los magistrados de la Corte Constitucional tiene regulación constitucional y legal, como ya se dio cuenta en la presente providencia, lo que demuestra que dicho precepto constitucional no tiene aplicación para la situación que se acusa de ilegal, pues de su contenido se advierte con facilidad **que aplica solo para los casos en los cuales no exista procedimiento establecido, situación que no se presenta en este preciso caso.**

2.4.1.3. Lo mismo ocurre con la presunta infracción del contenido del inciso 4º del artículo 126 Constitucional, es decir, resulta inaplicable para el caso objeto de análisis.

Lo primero porque la misma norma constitucional, si bien es cierto, alude a la exigencia de la previa de convocatoria pública, se trata de un requisito que recae en la elección de servidores públicos en corporaciones públicas y no refiere, ni tiene como destinatarios a los magistrados de la Corte Constitucional.





Radicado: 11001-03-28-000-2021-00009-00
Actor: RAMIRO BASILI COLMENARES
Demandada: PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

A lo anterior debe agregarse que la elección que se pide anular cuenta con regulación propia dictada por el constituyente y el legislador, la cual no impone la convocatoria como requisito para la conformación de la terna de candidatos a magistrados de la Corte Constitucional, lo que demuestra que se trata de una norma no aplicable al asunto objeto de debate, pues claramente buscar reglamentar una elección completamente diferente a que se cuestiona en este proceso electoral.

En este punto, resulta relevante precisar que el demandante sostiene que la demandada al integrar la terna conformada por el presidente de la República, se convierte en su agente político, situación que sostiene vulnera el principio de separación de poderes, argumento que para la Sala carece de prosperidad según pasa a demostrarse.

En los términos ya expuestos es lo cierto que el constituyente estableció que el presidente de la República debe conformar las respectivas ternas de las cuales se elegirán a 3 de los 9 magistrados que conforman la Corte Constitucional, como se advierte del contenido del artículo 239.

Entonces, la conformación de la terna contrario a pretender que el máximo órgano de lo jurisdicción constitucional cuente con un aliado o representante del presidente de la república, lo que propende es precisamente que en procura de los principios de separación de funciones y de colaboración armónica de las ramas del poder público, que sus vacantes sean provistas con la mayor transparencia y con la intervención de las ramas ejecutiva (el presidente de la República), de la legislativa (el Senado de la República como nominador) y de la judicial (la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado con su actuación de remitir las respectivas ternas). Lo anterior en los precisos términos indicados en el artículo 113 de la CP, según el cual “[...]os diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

No sobra precisar que el reparo del actor en este sentido, en realidad se dirige en un cuestionamiento a la Constitución propia y no al procedimiento que finalizó con la elección que pide anular pues como ya se demostró el hecho de que el presidente de la República cuente con la potestad de postular sus candidatos para magistrado de la Corte Constitucional deviene del propio constituyente y no de una actuación arbitraria del primer mandatario, conforme lo ya expuesto en esta providencia.

De igual manera resulta necesario señalar que de conformidad con el contenido del artículo 228 de la Constitución Política, que refiere a la Rama Judicial, señala con total claridad que “...la Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes”. En este orden de ideas, por mandato constitucional, no hay lugar a que los magistrados de la Corte Constitucional deban desempeñar sus funciones con apego o bajo el auspicio de la autoridad que lo haya postulado, pues el constituyente





le confirió plena independencia y la integración en la respectiva terna no deviene en compromiso alguno, como parece entenderlo, de manera equivocada, el demandante.

2.4.1.4. Restaría a la Sala pronunciarse respecto de la presunta vulneración del artículo 239 Constitucional porque el actor considera que el periodo de 8 años otorgado a la demandada, excede el fijado por el constituyente porque su elección debe dar continuidad al del saliente Carlos Bernal Pulido, quien se posesionó en mayo de 2017; por tanto, el de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** vencería en mayo de 2025.

Al respecto, debe señalarse que el artículo 44 de la Ley 270 de 1996, se encargó de resolver el cuestionamiento que expone la parte actora, pues de su contenido se advierte que “...[m]ientras se provee el cargo por falta absoluta o por falta temporal de uno de sus miembros la Corte Constitucional llenará directamente la vacante”.

De acuerdo con dicha disposición, el llamado por la Corte Constitucional para suplir la vacante deberá ocupar la magistratura hasta que se cumpla con el trámite previsto para que la autoridad competente remita la terna de candidatos al Senado de la República y se lleve a cabo la respectiva elección, la cual sí se realiza para el periodo individual de 8 años, conforme lo prevee el artículo 239 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, en el presente caso, la elección de la demandada al haber sido declarada por el Senado de la República, sin lugar a dudas, debe ser por un periodo individual de 8 años, como prevé el artículo 239 Constitucional, y no como lo pretende el actor por el resto del periodo del ahora exmagistrado Carlos Bernal Pulido, pues, se reitera esta tesis solo aplica cuando se trata del reemplazo que nombra la propia Corte Constitucional el cual tiene como vigencia que se dicte el acto de elección con el cual se provea de manera definitiva la plaza vacante.

En conclusión, como se demostró el acto electoral acusado no incurre en el cargo de nulidad de infracción de norma superior porque en razón de la regulación constitucional y legal establecida para llevar a cabo la elección de magistrado de la Corte Constitucional los artículos 40 numeral 7, 113, 125 inciso 2 y párrafo, adicionado con el artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2003, 126 inciso 4 de la Constitución Política no resultan aplicables a la actuación eleccionaria que se juzga, en los términos ampliamente expuestos.

De igual manera no existe infracción del 239 de la C.P., en relación con el periodo de la demandada, pues como se acreditó es lo cierto que debe ser individual de 8 años, como quedó debidamente argumentado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,





Radicado: 11001-03-28-000-2021-00009-00
Actor: RAMIRO BASILI COLMENARES
Demandada: PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda electoral ejercida por **RAMIRO BASILI COLMENARES** contra el acto de elección de **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, como magistrada de la Corte Constitucional.

SEGUNDO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

TERCERO: ADVIERTASE a las partes que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.

