



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Magistrada ponente: **LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Referencia:

Radicación:

Demandante:

Demandados:

Tema:

NULIDAD ELECTORAL

11001-03-28-000-2021-00009-00

RAMIRO BASILI COLMENARES

MAGISTRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL (Paola Andrea Meneses Mosquera)

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CONSEJO DE ESTADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Auto admite demanda de nulidad electoral y niega suspensión provisional.

AUTO DE ÚNICA INSTANCIA

Se procede a emitir pronunciamiento sobre la admisión de la demanda¹, presentada en nombre propio por el ciudadano **RAMIRO BASILI COLMENARES**, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del CPACA, contra el acto de elección de la señora **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, en calidad de **MAGISTRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**, adiado el 10 de diciembre de 2020 y contra la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** y el **CONSEJO DE ESTADO**, en calidad de autoridades encargadas de elaborar las ternas para dicha elección, contra el **SENADO DE LA REPÚBLICA**, como órgano elector del cargo y sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección.

I. ANTECEDENTES

1.1. La pretensión

La parte actora presentó demanda de nulidad electoral con el siguiente objeto:

“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,

¹ La demanda fue presentada el 26 de enero de 2021 (Véase plataforma Samai).



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

La parte actora, relató los siguientes:

1.2.1. 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.

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

1.2.3. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en cumplimiento del mandato constitucional, elaboraron sendas ternas, previas convocatorias públicas, sin sujetarse a los requisitos y procedimientos meritocráticos.

1.2.4. Una vez confeccionadas las ternas respectivas por parte del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, fueron presentadas al Senado de la República, quien eligió a la demandada **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**.

1.3. Fundamentos jurídico - normativos

La parte actora arguyó que se transgredieron normas constitucionales, en concreto, los artículos 40 numeral 7, 113, 125 inciso 2 y parágrafo, que fue adicionado con el artículo 6 del Acto Legislativo 01 de 2003, 239 y 126 inciso 4 y, según la modificación del 2 del Acto Legislativo 02 de 2015, *grosso modo* porque las ternas elaboradas por el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia no respetaron el espíritu democrático de participación popular en el que se inspira la Constitución Política, ni el sistema de elección, ya que emplearon una discrecionalidad que no les otorgó el constituyente y que invalidan el acto de elección de la Magistrada demandada, el primero, porque la terna la conformó postulando libremente a los candidatos que consideró y las dos Altas Cortes, porque aunque convocaron públicamente a la presentación de las hojas de vida, sin criterios selectivos procedieron a incluir o a excluir la hojas de vida y así conformaron la terna que cada una envió al Senado para la elección.

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 parte actora señaló que la demandada fue elegida por ocho años, dejando de lado que se estaba supliendo la vacancia absoluta por renuncia voluntaria del magistrado anterior.

2. El trámite

Presentada la demanda de nulidad electoral (art. 139 CPACA), el 26 de enero de 2021, se procedió al reparto el mismo día, conforme consta en el acta respectiva y, pasó al Despacho con informe del 27 enero siguiente.

Por auto de 3 de febrero se ordenó correr traslado de la medida cautelar a la parte demandada plural, a saber: la elegida, el señor Presidente de la República y el Senado de la República. Dentro de la oportunidad legal, presentaron escritos la demandada **PAOLA ANDREA MENESES**, el señor **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA** y el **MINISTERIO PÚBLICO** presentó concepto.

2.1. La demandada Paola Andrea Meneses

Mediante escrito presentado el 16 de febrero de 2021, a través de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de la medida cautelar solicitada, con fundamento en los siguientes derroteros:

Resultan improcedentes las referencias críticas a la elaboración de ternas para el cargo de magistrado de la Corte Constitucional por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, por cuanto no está impugnando elecciones de dichas corporaciones.

2.2.1. En relación con la **primera censura cautelar** carece de sustento jurídico y se trata de afirmaciones alejadas del ordenamiento jurídico.

En efecto, el marco constitucional y legal de la elección de los magistrados de la Corte Constitucional está previsto en el artículo 232 de la Constitución Política, que consagra los requisitos para ser elegido Magistrado de las Altas Cortes; en el artículo 239 ejusdem contempla la organización y provisión de los cargos en la Corte Constitucional. Así también, el artículo 44 de la Ley 270 de 1996, que reguló estos postulados constitucionales precitados, pero ninguno de esos dispositivos prevén un procedimiento específico para la elaboración de la terna, lo que de suyo implica el ejercicio de una potestad discrecional por parte del titular de esta facultad que conlleva a que cada nominador si lo desea establezca un trámite, como efectivamente sucede con la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, quienes definieron en su reglamento un procedimiento, pero ello no obliga al Presidente de la República a seguirlo, porque las normas dejan a discrecionalidad de cada autoridad la manera de conformar la terna.

En consecuencia, el Presidente de la República posee la facultad de conformar las ternas que a él le corresponden, de manera autónoma y no sujeta a procedimiento específico. Se trata de una competencia independiente y



sometida a la discrecionalidad que corresponde al Jefe del Estado, en tanto que tales disposiciones no señalan un procedimiento específico.

Si bien en el Decreto 1081 de 2015, en los artículos 2.2.3.1 a 2.2.3.6, dispuso un procedimiento preparatorio para la confección de la terna de magistrado de la Corte Constitucional por parte del Presidente de la República, éste fue derogado mediante el Decreto 1257 del 15 de septiembre de 2020.

Ahora bien, respecto a la censura por violación de los artículos 40, 125 inciso 2 y 126 inciso 4 de la Constitución Política, que el actor fundamenta en que establecen procedimientos administrativos que deben adelantar las autoridades encargadas de la elaboración de las temas, para su posterior elección por el Senado de la República, la parte demandada precisó:

a) El inciso 7° del artículo 40 de la Constitución Política contempla el derecho para que los colombianos puedan acceder al desempeño de los cargos públicos, sin que allí se diga, como lo afirma el demandante, que para su designación se imponga la participación ciudadana. Se trata de una disposición de derecho genérico para acceder a los cargos públicos.

b) El artículo 125 constitucional establece una regla de nombramiento para los servidores públicos cuyo procedimiento para la designación no haya sido determinado por la Constitución o la ley, por lo que no resulta aplicable al caso de la elección de magistrados de Altas Cortes, toda vez que expresamente la Carta Política sí definió el procedimiento respectivo. En consecuencia, tampoco se transgredió esta norma.

c) El artículo 126 *ibídem*, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, se refiere a los casos en que la elección de los servidores públicos corresponde exclusivamente a las corporaciones públicas, pero no para la elección de magistrados de la Corte Constitucional, en donde el proceso de elección constituye un acto complejo, que incluye la participación de otras autoridades públicas para la elaboración de la terna, de la cual debe hacer su elección el Senado de la República.

Recordó la posición adoptada por el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de marzo de 2017, en la que del estudio de la legalidad de la elección del Defensor del Pueblo concluyó que era innecesario agotar el trámite previsto en el artículo 126 de la Carta Política por cuanto para ese cargo existe un procedimiento especial, establecido en la misma Constitución Política que prevalece.

En conclusión, para la parte demandada resulta claro que la elaboración de la terna para elegir magistrado de la Corte Constitucional es competencia exclusiva y autónoma del Presidente de la República y su procedimiento se encuentra expresamente definido en la Constitución Política, en forma similar a cómo lo consideró el Consejo de Estado para la elección del Fiscal General de la Nación,



en cuanto a la regulación específica frente a la conformación discrecional de la terna de candidatos.

2.1.2. Frente a la **segunda censura**, atinente a que el actor considera 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, indicó que es un argumento alejado de la realidad, por cuanto la Carta Política contiene diferentes mecanismos para la elección de altos cargos en el Estado, en el que participan diferentes autoridades, tal y como se puede apreciar en el caso de Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, magistrados de la Corte Constitucional, que por ningún motivo implican que los elegidos sean considerados como agentes del Presidente de la República.

En efecto, el hecho de que el Presidente de la República u otras autoridades participen en el proceso de elección es una cosa y otra, muy diferente, que por ello se les considere como agentes políticos suyos, toda vez que los elegidos, en esos casos, serán cabeza de órganos autónomos, como el Procurador General de la Nación o el Contralor General de la República, o serán parte de una autoridad de otra rama del poder público, como la judicial, en el caso de los magistrados de la Corte Constitucional.

Así mismo, es una censura sin fundamento por referirse a hechos hipotéticos que no se ajustan a la realidad, y que irrespetan el criterio, personalidad y ética de la demandada.

2.1.3. En relación con el **tercer cargo cautelar**, la parte demandada se opuso al planteamiento del solicitante quien consideró se transgredió el artículo 125 de la Constitución Política, adicionado por el A.L. No. 1 de 2003 (art. 6º), al irrespetar el período previsto para el cargo, por cuanto se eligió a la demandada por ocho años (2020-2028), sin tener en cuenta que se estaba supliendo la vacancia absoluta que dejó la renuncia voluntaria del Magistrado saliente Carlos Bernal Pulido, quien se posesionó en mayo de 2017 y cuyo período vencía en mayo de 2025.

El opositor a la cautela indicó que la Constitución Política consagra expresamente en su artículo 233 que los Magistrados de las Altas Cortes se eligen para períodos individuales de ocho años, razón por la cual al producirse una falta definitiva, el magistrado elegido para llenarla será igualmente para un período de ocho años, contados a partir del momento de su posesión como en forma reiterada lo ha indicado la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

De lo anterior se concluye, que el período individual de los magistrados de las Altas Cortes es un asunto claro y expresamente definido por la Constitución Política, que escapa de cualquier configuración legislativa, por lo que la censura carece de asidero jurídico.

2.2. El señor Presidente de la República

Al respecto, la Sala encuentra que conforme a las anotaciones en el registro Samai, si bien el apoderado judicial presentó el escrito respectivo el día 16 de febrero de 2021, lo radicó en el correo electrónico de la Secretaría de la Sección Quinta, pasadas las 21 horas (9:21 p.m.), y por lo tanto, este resulta extemporáneo, conforme lo dispone el inciso 4 del artículo 109 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 296 del CPACA, referente a la presentación y trámite de memoriales y que establece: “*Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término*”. Siendo así de cara al traslado en el que se indicó que cursaba entre el 12 de febrero de la presenta anualidad a partir de las 8 de la mañana y hasta el 16 de febrero siguiente, a las 5 de la tarde, el memorial en referencia se entiende presentado el día hábil siguiente, esto es, el 17 de febrero de 2021, por lo que resulta extemporáneo y, por ende, no será tenido en cuenta.

2.3. El Ministerio Público

Solicitó denegar la medida cautelar, por una parte, por cuanto ni la Constitución ni la ley prevén un procedimiento específico para la elaboración de la terna de candidatos como tampoco para la elección, de modo que se trata de una facultad discrecional y, por otra, porque el período de la Magistrada elegida, es individual y no institucional, razón por la cual abarca los 8 años determinados en las normas superiores.

2.3.1. La facultad discrecional del Presidente de la República en materia de la conformación de la terna.

Los contenidos de los artículos 239 Superior y 44 de la Ley 270 de 1996 evidencian que la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional implica un procedimiento complejo, que conlleva la participación de dos autoridades: (i) el Presidente de la República quien, cuando le corresponda, debe elaborar una terna de candidatos; y (ii) el Senado de la República, corporación que debe elegir al Magistrado de la referida terna.

Esta atribución, como se desprende del texto constitucional, vista desde la óptica de las competencias del Primer mandatario hace parte de las funciones electorales que, por disposición del Constituyente, se le asignaron, en el marco del sistema de pesos y contrapesos, y como tal, desde la perspectiva del diseño constitucional es una atribución de naturaleza discrecional.

Esa discrecionalidad es la facultad que se reconoce al funcionario u órgano respectivo, para que en un margen de apreciación determine la medida que satisface mejor el interés general, en tanto el ordenamiento jurídico le da la posibilidad de juzgar las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia, con el fin de realizar una acción o abstenerse de hacerlo, o escoger el sentido de su decisión, sin que se trate de arbitrariedad porque los fines que se persiguen con cada potestad están taxativamente enunciados en el ordenamiento jurídico



que, en todo caso, siempre será servir a los intereses generales, de manera que al funcionario u órgano le corresponde apreciar los hechos e intereses involucrados y de esta forma, pueda adoptar la decisión que de mejor manera satisfaga el mencionado interés.

De acuerdo con el Consejo de Estado, si el ordenamiento jurídico no establece cuándo, cómo y en qué sentido se debe ejercitar cierta potestad o facultad, se está en presencia de una facultad discrecional y, en consecuencia, la misma debe ser juzgada desde la lógica de unos límites que están dados, se repite, por la realización de los principios y derechos constitucionales.

Frente al caso concreto, es claro que para la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional, existe una competencia constitucional compartida entre el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado a quienes en la oportunidad que les corresponda deben efectuar la postulación, esto es, elaborar la terna y el Senado de la República, corporación que realiza la elección a partir de la terna. Es decir, se trata de un acto complejo, en donde se requiere la confluencia de las dos voluntades, en donde ni la Constitución ni la Ley Estatutaria, señalaron la forma en que uno y otro partícipe de este acto deben desplegar esa potestad electoral.

En consecuencia, se advierte que al no existir una expresa regulación constitucional o legal sobre la forma en que el Presidente de la República debe integrar la mencionada terna, estamos en presencia del ejercicio de una potestad discrecional.

En similar sentido, la Sección Quinta consideró que dado que no existe norma constitucional ni legal que consagre un procedimiento determinado para la elaboración de la terna de candidatos para la elección del Fiscal General de la Nación, a cargo del Presidente de la República, se trata de una facultad con cierto margen de libertad.

La facultad discrecional puede ser ejercida de diferentes maneras, por ejemplo, el Presidente de la República, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, tiene la potestad de designar a uno de los candidatos de la terna enviada por el partido o movimiento político al cual pertenecía el Alcalde a quien debe reemplazarse en caso de vacancia, sin que tenga la obligación de implementar trámite diferente a la designación. Sin embargo, nada obsta para que agote, en esos casos, una entrevista previa antes de tomar la decisión que le corresponde, en un ejercicio de autorregulación de su potestad, como en efecto el actual mandatario lo viene haciendo.

Asimismo, el Presidente puede proferir reglamentaciones adicionales con el fin de mejorar el proceso de elaboración de la terna, como ocurrió con el Decreto 450 de 2016, que fijó un trámite para la integración de la terna para la elección del Fiscal General de la Nación.



En ese orden, la facultad del Primer Mandatario para efectuar la postulación de los tres candidatos que presenta al Senado de la República para la elección de un Magistrado de la Corte Constitucional, es discrecional y, en ese sentido, está limitado únicamente por el cumplimiento de los requisitos por parte de los ternados.

Dicha potestad, no supone, como lo sugirió el demandante que tenga la obligación de efectuar una convocatoria pública.

Frente a la aplicación del artículo 126 constitucional, advirtió que esta norma impone a las corporaciones públicas, el deber de adelantar una convocatoria pública reglada por la ley para las elecciones que tienen a su cargo, por tanto, no es aplicable al presente caso, pues el Presidente de la República no efectuó la elección, sino la postulación mediante la elaboración de un terna y, la elección correspondió al Senado de la República, en atención al trámite especial establecido por la Constitución y la ley, para la escogencia de estos magistrados.

En este orden de ideas, no comparte esta agencia la afirmación efectuada por el demandante, en el sentido que los artículos 239, 40, 125 inciso 2 y 126 inciso 4 de la Constitución, consagran la participación de los ciudadanos y los procedimientos administrativos que deben adelantarse, así como las autoridades encargadas en la elaboración de las ternas para la posterior elección por el Senado de la República, por cuanto, como se ha verificado del análisis de las normas, no corresponde dicha afirmación con el tenor literal de las disposiciones constitucionales.

2.3.2. El período de la Magistratura

En relación con el período de los Magistrados de la Corte Constitucional, el Ministerio Público indicó que no es institucional, sino personal e individual, conforme a las voces del artículo 239 Superior, por lo que cada elección es para período individual de 8 años, razón por la cual no es de recibo el planteamiento de la parte cautelante sobre que el período de la demandada era para completar y terminar el del magistrado saliente.

II. CONSIDERACIONES

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

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



competente 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.

En la particularidad de la decisión, tratándose del contenido y naturaleza de la decisión, conforme al artículo 277 del CPACA, norma específica para la nulidad electoral, la competencia para la Sala de la Sección Quinta deviene de la parte que indica que en caso que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado se **resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por la Sala o Sección.**

2. Cuestión previa

En auto de 9 de febrero de 2021, por el cual corrió el traslado de la medida cautelar, es esbozó que no se encontraba hecho impeditivo para conocer del asunto, ello en respuesta a la glosa de la parte actora de que previamente a la admisión de la demanda la Magistratura del Consejo de Estado, manifestara impedimento por haber intervenido en la elaboración de la terna, que se sumó a las presentadas por la Corte Suprema y el Presidente de la República, siendo de esta última de la que resultó elegida la demandada MENESES MOSQUERA, con la finalidad, según el actor, de garantizar la transparencia e imparcialidad del proceso y agregó que se nombraran Conjueces.

Y es que si bien, como se le indicó en la providencia de marras, el memorialista no determinó la causal en la cual sustenta la “recusación”, como lo dispone el artículo 132 numeral 1° del CPACA, que impone que se indique la *“expresión de la causa legal y de los hechos en que se fundamente, acompañando las pruebas que se pretendan hacer valer”*, por lo que no se advierte necesidad de darle el trámite previsto en el artículo 132 del CPACA, lo cierto es que otros argumentos de mayor peso apuntalan la improcedencia del tal pedimento. En efecto, no se evidencia que la elaboración de ternas para la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional, siendo una competencia constitucional asignada, al Consejo de Estado, a la Corte Suprema de Justicia y al Presidente de la República, para que se ejerza de manera autónoma e independiente, conforme las voces del artículo 239 Superior, constituya motivo generador de obstáculo para asumir el conocimiento del asunto.

Aunado a que hacer parte del procedimiento previo por disposición legal o constitucional, no implica *per se* que la autoridad jurisdiccional a cargo del trámite y decisión de la nulidad electoral deba apartarse del conocimiento del asunto, si se tiene en cuenta que la Magistrada **MENESES MOSQUERA**, resultó elegida dentro de los candidatos postulados en la terna que presentó el señor Presidente

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”.





de la República, actuación administrativa en la que el Consejo de Estado no puede, ni lo hace ni lo haría, generar ningún actuar, intervención o injerencia.

Lo anterior porque conforme a las previsiones contenidas en el artículo 44 de la Ley 270 de 1994, que regula la integración de la Corte Constitucional, en el inciso 3° se dispone que en caso de vacancia absoluta del cargo ***“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.”***. Y continúa indicando que ante la vacante definitiva la Corte Constitucional la comunica inmediatamente al órgano que debe hacer la postulación, a fin de que presente la terna ante el Senado de la República y, mientras se provee el cargo la misma Corte llenará directamente la vacante.

En el caso concreto, esta Sala, siguiendo los derroteros indicados, no advierte razón para que se afecte la imparcialidad del juicio como operador del trámite y de la decisión de este asunto, en tanto los Magistrados que suscriben esta providencia e incluso los de la Corte Suprema de Justicia no concurrieron en la conformación de la terna estructurada por el Presidente de la República, como tampoco tuvieron injerencia en la misma, al tratarse de la elección de quien ocuparía el cargo que se encontraba vacante por renuncia aceptada del Magistrado anterior.

En consecuencia, por las razones expuestas, no se encuentra obstáculo para continuar con el conocimiento del asunto, por lo que se procederá al estudio de la admisión y de la solicitud de suspensión provisional.

3. Admisión de la demanda

En este caso se reúnen los requisitos contemplados en los artículos 162, 163 y 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) por haberse incoado, en principio, dentro del término exigido en el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del mismo estatuto y por ser competente la Sala para conocer del proceso en única instancia, toda vez que la demanda recae sobre el acto electoral referente a la elección de la señora **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, en calidad de **MAGISTRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**.

Así las cosas, se procede a explicar con mayor profundidad los aspectos de oportunidad y de presupuestos de la demanda, a fin de determinar la viabilidad de admitir la demanda.

En efecto:

3.1. Oportunidad de la Acción: la demanda, en principio, se observa fue presentada en tiempo, incluso contados los términos desde la elección, que se llevó a cabo el **10 DE DICIEMBRE DE 2020**, de tal suerte que aunque se desconoce la fecha de publicación con la inclusión en la Gaceta del Congreso y,

por ende, de ejecutoria de la designación, lo cierto es que al haber sido presentada la demanda el **26 DE ENERO DE 2021**, descontada la vacancia judicial por vacaciones colectivas, ésta fue oportuna e incoada dentro del término legal.

3.2. Presupuestos formales de la demanda: conforme al artículo 162, en armonía con el 163 del CPACA, la demanda designó las partes y en capítulos apartes relacionó los fundamentos fácticos y los fundamentos normativos de la pretensión y de las censuras de violación, indicando que considera que lo transgredido fueron mandatos constitucionales, adecuándose así a las previsiones del artículo 139 ejusdem.

En líneas apartes referenció las pruebas que pretende se soliciten, a saber:

- Se oficie a la Presidencia de la República para que allegue todas las actuaciones administrativas que precedieron a la elaboración de la terna para el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, encabezada por la doctora PAOLA MENESES MOSQUERA.
- Se oficie a la Corte Suprema de Justicia para que allegue todas las actuaciones administrativas que precedieron para la elaboración de la terna para el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, donde resultó elegida la doctora PAOLA MENESES MOSQUERA.
- Se oficie al Consejo de Estado para que allegue todas las actuaciones administrativas que precedieron para la elaboración de la terna para el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, donde resultó elegida la doctora PAOLA MENESES MOSQUERA.
- Se oficie a la Secretaria del Senado de la República para que remita todos los antecedentes que precedieron a la elección y posesión del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional de la doctora PAOLA MENESES MOSQUERA, sesión plenaria del 10 de diciembre de 2020, incluida el Acta de Elección y Posesión de la Magistrada.

Y finalmente, las direcciones de las partes, incluidos los canales digitales para tal efecto, dando cumplimiento al numeral 7 del artículo 162 del CPACA, en el que es imperativo para quien demanda, suministrar el lugar y dirección donde las partes y su apoderado recibirán notificaciones, e incluso la dirección electrónica. Dispositivo que se vio complementado con el Decreto Legislativo 806 de 2020, que dispuso lo siguiente:

“Artículo 6. Demanda. La demanda indicará el canal digital donde deben ser notificadas las partes, sus representantes y apoderados, los testigos, peritos y cualquier tercero que deba ser citado al proceso, so pena de su inadmisión. Asimismo, contendrá los anexos en medio electrónico, los cuales corresponderán a los enunciados y enumerados en la demanda.”



Las demandas se presentarán en forma de mensaje de datos, lo mismo que todos sus anexos, a las direcciones de correo electrónico que el Consejo Superior de la Judicatura disponga para efectos del reparto, cuando haya lugar a este.

De las demandas y sus anexos no será necesario acompañar copias físicas, ni electrónicas para el archivo del juzgado, ni para el traslado.

En cualquier jurisdicción, incluido el proceso arbitral y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado, el demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados.

Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario o el funcionario que haga sus veces velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación la autoridad judicial inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos.

En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda la notificación personal se limitará al envío del auto admisorio al demandado.”.

Posteriormente, contenido en la Ley 2080 de 2020 de 25 de enero de 2021 *“Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones”*, en la misma línea, en su artículo 35, al modificar el numeral 7 del artículo 162 en cita varió lo facultativo de suministrar la dirección electrónica o canal digital de los sujetos procesales para constituirlo en un deber, y adicionó un nuevo numeral con las voces del Decreto Legislativo precitado:

“Artículo 35. Modifíquese el numeral 7 y adiciónese un numeral al artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, **deberán indicar también su canal digital.**

8. El demandante, **al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados,** salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación se inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos. En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda”.

Todos los anteriores son aspectos medulares para las demandas contra los actos electorales y de toda demanda en la que se pretenda quebrar la presunción de legalidad del acto administrativo o del acto electoral, sin que ello constituya un exceso ritual manifiesto, sino por el contrario, la forma de prevenir que el proceso no llegue a buen término y de lograr que se decida a través de un fallo de mérito.



En este punto, la Sala llama la atención en que, aunque la parte actora conformó la parte pasiva del asunto en forma plural, incluyendo al Consejo de Estado y a la Corte Suprema de Justicia, a quienes convocó a través de la Rama Judicial, en cabeza del Director Ejecutivo Nacional e hizo imputaciones fácticas y normativas, censurando la forma en que estas corporaciones judiciales conforman las ternas, lo cierto es que la demanda no será admitida con respecto a aquellas, por dos razones, la primera, porque la parte demandada en el proceso de nulidad electoral, en estricto sentido, es el designado, esto es, el elegido, el nombrado o el llamado y lo que se demanda es el acto definitivo que se contiene en la manifestación que declara la elección.

La segunda, porque la terna de la que el Senado de la República eligió a la magistrada Meneses Mosquera, fue elaborada y presentada de manera exclusiva por el señor Presidente de la República, lo cual corresponde en forma armónica al inciso 3° del artículo 44 de la Ley 270 de 1996, citado en precedencia, por cuanto se trató de una vacancia definitiva del cargo que debe proveerse con la terna de la autoridad de la que fue elegido el Magistrado saliente.

3.3. En relación con los anexos, aunque es un capítulo inexistente en el libelo genitor, lo cierto es que de conformidad con el artículo 166 del CPACA, se deben adjuntar copias de la demanda y de sus anexos para la notificación de las partes y del Ministerio Público, pero que dada la virtualidad imperante, es viable duplicando por vía virtual dichos documentos, dando cumplimiento al numeral 8 del artículo 35 la Ley 2080 de 2021 y al artículo 6° del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, lo cual se advierte acreditado con el correo que adjuntó la parte actora, en el que notició a la parte demandada sobre la interposición de la demanda de nulidad electoral. Sin perjuicio de que conforme al numeral 8 del artículo 35 *eiusdem* releva de esta carga procesal cuando “se soliciten medidas cautelares”.

Ha de recordarse que con el CPACA, el legislador, con buen criterio, propende desde la etapa inicial en la fijación del litigio (art. 180) en forma clara, para que una vez precisado sea el punto focal o medular frente al cual gire el desenvolvimiento de todo el proceso hasta su decisión mediante sentencia.

Está en las partes, a través de sus escritos de postulación y dentro del papel que buscan desempeñar dentro del proceso, el que el asunto llegue a buen término, de ahí que desde el inicio sus planteamientos deban ser claros en su *causa petendi*, en sus fundamentos normativos y concepto de violación, lo cual incluye determinar la o las causales de nulidad que deprecian, en sus probanzas, en la determinación de las partes, de sus direcciones y lugares de notificación, incluso suministrando direcciones email y de los anexos que deben acompañar a la demanda, todo con el fin de propender por un buen desenvolvimiento del proceso y que llegue a buen término mediante sentencia de fondo que defina la controversia.



De todo lo anterior, la Sala advierte que la acción fue incoada en nombre propio, en calidad de ciudadano; con pretensión determinable y acto administrativo electoral perfectamente individualizado.

La legitimación *ad processum* del demandante se sustenta en el ejercicio ciudadano que para la acción de nulidad electoral dispone el artículo 139 del CPACA.

Así mismo, se suministraron las direcciones de notificaciones tanto personal como por vía correo electrónico de los demandantes, demandado e interviniente, conforme consta en la demanda.

Razón por la cual, al encontrarse acreditados los presupuestos de admisibilidad previstos en los artículos 162, 163 y 166 del CPACA, en armonía con los aspectos propios de la nulidad electoral previstos a partir del artículo 275 del mismo ordenamiento, así como las normas actuales, tanto aquellas generadas en el estado de anormalidad por la pandemia por COVID-19 y la Ley reciente de reforma al CPACA y a que su presentación fue oportuna, se procederá a admitir la demanda y a impartir las órdenes consecuenciales.

3.4. Otras decisiones

Siguiendo en esta misma línea de los presupuestos formales, emerge un aspecto que es tan indispensable como cualquiera de los supuestos mencionados y es el de los anexos necesarios que deben acompañar a la demanda, conforme lo dispone el artículo 166 ibidem, entre ellos, copia del acto acusado, **con las constancias** de su publicación, **comunicación, notificación o ejecución**, según el caso.

En el caso concreto, la demanda indica que el acto de elección aconteció el 10 de diciembre de la anterior anualidad, pero no se observa que tal acto haya sido adjuntado a este vocativo de nulidad electoral.

No obstante, se advierte que no se exigirá constancia de publicación y notificación del acto, en tanto, se itera que la demanda cumple con el requisito de ser presentada oportunamente, si incluso se cuenta el término tomando la fecha de la elección (10 de diciembre de 2020³), mientras que la demanda fue presentada el 26 de enero de 2021. En todo caso, en desarrollo del poder instructivo y de dirección del proceso por parte del juez, tanto el acto demandado como las constancias de publicación, notificación y ejecutoria serán solicitadas con este proveído, a fin de evitar posteriores dilaciones del proceso.

³ Fecha en la que coinciden las partes y el Ministerio Público y no fue puesta en entredicho y se corroboró en la página oficial del Senado en el siguiente enlace [senado.gov.co/index.php/prensa/noticias](https://www.senado.gov.co/index.php/prensa/noticias), en el que incluso hay el siguiente link para ver en video la sesión plenaria de 10 de diciembre de 2020 que contiene la elección demandada <https://www.youtube.com/watch?v=6OI-jpIIDI0>

Superado el estadio de la admisibilidad de la demanda, en el que se deja claro que será admitida frente a la demandada **MENESES MOSQUERA**, con la concurrencia del Señor Presidente de la República, como autoridad que expidió el acto preparatorio de la terna respectiva y al Senado de la República como autoridad electoral, la Sala asume el análisis de la solicitud de medida cautelar.

4. La medida cautelar de suspensión provisional

La parte actora en capítulo propio dentro de la demanda, solicitó lo siguiente:

“...se sirva decretar como medida cautelar previa, la suspensión del Acto Administrativo de Elección de la Magistrada de la Corte Constitucional, señora PAOLA MENESES MOSQUERA, por violación directa de las normas constitucionales señaladas y analizadas en el acápite correspondiente, denominado **violación y concepto de la violación**, toda vez, que es palmario que el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, ostensiblemente infringieron los preceptos constitucionales, dando lugar a la suspensión inmediata del Acto Administrativo Eleccionario, llevado a cabo por el Senado de la República en sesión plenaria, el 10 de diciembre de 2020, conforme lo dejo explicado en ésta demanda. Sírvase señores Magistrados, suspender el Acto Administrativo a que hago mención.”.

4.1. Generalidades

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados⁴, implica que éstos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad⁵.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente sólo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través

⁴ González Rodríguez, Miguel, “*Derecho Procesal Administrativo*”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto admisorio de la demanda de 13 de agosto de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “suspensión provisional”.

En el Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se consagró la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro de todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, sin que dicho acto implique prejuzgamiento alguno.

En materia de suspensión provisional, en su artículo 231 la Ley 1437 de 2011 fijó una serie requisitos en los siguientes términos:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos...”

De manera concreta, en materia de nulidad electoral el artículo 277 de la precitada normativa estableció que **la solicitud de suspensión provisional debe elevarse en la demanda y que aquella debe resolverse en el auto admisorio**.

Sin embargo, esta misma Sala de Decisión ha aceptado que no necesariamente la medida cautelar debe presentarse en el texto mismo de la demanda sino que, tal y como se permite en los procesos ordinarios puede ser presentada en escrito anexo a esta, pero siempre y cuando se haga dentro del término de caducidad.

De manera concreta en oportunidad anterior se estableció:

“Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que el/los cargo(s) estén comprendidos en la demanda y que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

(...)

En este sentido, según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado”⁶.

De la interpretación armónica de las normas que rigen la figura, se tiene que para que se pueda decretar la suspensión provisional de un acto en materia electoral debe realizarse un análisis del acto demandado frente a las normas superiores invocadas como vulneradas en la demanda o en la solicitud, según corresponda, para así verificar si hay una violación de aquellas con apoyo en el material probatorio con el que se cuente.

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una *"petición de parte debidamente sustentada"*, y el 231 impone como requisito la *"(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud"*.

Entonces, las disposiciones precisan sobre la medida cautelar, lo siguiente: i) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores alegadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y (ii) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso, que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o por una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación.

En este último ítem, la Sala en decisión de 27 de febrero de 2020, dentro del proceso de nulidad electoral 2019-00551-01⁷, rectificó la jurisprudencia de antaño, al considerar lo siguiente:

“7.1.5. Analizado el contenido de las providencias reseñadas, se observa que integran una línea jurisprudencial, a la que alude el apelante en este cargo, cuyo fundamento está en la especificidad del medio de control de nulidad electoral, que tiene por objeto salvaguardar el derecho fundamental a elegir y ser elegido, como expresión de los principios democrático y de participación en el ejercicio y control del poder político, por lo que la exigencia de motivación de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado adquiere especial transcendencia.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 13001-23-33-000-2016-00070-01. Providencia del 3 de junio de 2016. M.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁷ Radicación No. 17001-23-33-000-2019-00551-01. Demandante: Ingmar Rafael Torregroza Gutiérrez. Demandado: Julián Andrés Pineda López- Concejal de Manizales. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, con salvamento de voto de la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

7.1.6. Ahora bien, el inciso final del artículo 277 de dicha normativa, que rige en esta clase de procesos⁸, establece que la medida cautelar en cuestión «debe solicitarse en la demanda», supuesto en el que esta Sección no encuentra procedente exigir una carga argumentativa adicional, en cuanto su solicitud se entiende integrada al libelo inicial, en forma inescindible, y por ende, fundada en los mismos hechos, concepto de la violación y pruebas que se desarrollan en tu texto, por lo que tampoco resulta exigible, en tal escenario, que el actor haga una remisión expresa al mismo documento que la contiene, lo cual resultaría redundante.

7.1.7. Esta interpretación tiene sustento también en que para ordenar la suspensión provisional, el artículo 231 del C.P.A.C.A. estableció un requisito específico, al consagrar que «procederá por violación de las disposiciones **invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado**, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud» (negritas fuera del original), mientras que para las demás medidas cautelares prevé un listado de requisitos distintos⁹.

7.1.8. Por tanto, en el caso de la suspensión provisional, la disposición habilita al juez a consultar, al momento de resolver sobre su decreto, las normas que el demandante considera infringidas en el libelo introductorio, cuando su solicitud se encuentra incluida en su cuerpo, para efectos de realizar el cotejo entre el acto acusado y aquellas con miras a verificar su eventual infracción, como condición para su prosperidad.

7.1.9. En cambio, en el caso de las otras medidas cautelares in genere se deben examinar los cuatro requisitos señalados en la norma en cita, lo que implica una carga argumentativa y probatoria adicional para el actor, que justifica entrar a diferenciar entre la sustentación de su solicitud y la de la demanda, la cual no es predicable frente a la petición de suspensión provisional de los efectos de los actos de elección, en la que esa motivación accesoria resulta potestativa, so pena de llevar al demandante in extremis a reproducir en el acápite correspondiente inserto en la demanda, los elementos fácticos, jurídicos y probatorios invocados como fundamento de sus pretensiones de nulidad.

7.1.10. Esta es la interpretación de las normas analizadas en precedencia que mejor se atiene al objeto y fin de la protección cautelar prevista en la Ley 1437 de 2011, para prevenir que en su aplicación se incurra en exceso ritual manifiesto y el alcance que debe darse a su tenor literal, en observancia de los postulados superiores que amparan el acceso a la justicia material y la tutela judicial efectiva, a fin de reforzar el rol del juez contencioso-administrativo, en general, como garante de la legalidad y del juez electoral, en particular, como guardián del principio democrático, la transparencia en los procedimientos electorales y la

⁸ Consagrado en el Título VIII del CPACA que contiene las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral.

⁹ «ART. 231- Requisitos para decretar medidas cautelares [distintas de la suspensión provisional] (...)

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios».

igualdad en el ejercicio del derecho a elegir y ser elegido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, que en reciente sentencia de unificación reafirmó que:

(...) la aplicación del principio de justicia rogada, en materia de lo contencioso administrativo, no puede llegar al extremo de conducir a la adopción de una decisión judicial que resulte abiertamente incompatible con el ordenamiento jurídico, especialmente cuando su interpretación restringe (i) el goce efectivo de los derechos fundamentales de aplicación inmediata previstos en el Texto Superior, (ii) normas y principios consagrados en la Constitución Política, (iii) la real comprensión de la relación jurídica-procesal trabada por las partes, (iv) el cumplimiento de derechos humanos y normas de derecho internacional humanitario ratificadas por el Estado colombiano y, finalmente, (v) leyes relevantes para la resolución del asunto comprometido¹⁰.

7.1.11. Así las cosas, manteniendo los elementos estructurales de la línea jurisprudencial de la Sección Quinta en materia del contenido y alcance de las medidas cautelares en los procesos electorales, la Sala considera necesario rectificar su precedente en cuanto a la sustentación de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, cuando esta se encuentra inserta en la demanda, en los términos que quedaron expuestos.”.

En pronunciamiento posterior de 12 de marzo de 2020¹¹, se aclaró que en caso de que la parte cautelante haya explicado debidamente la motivación en la que sustenta la medida cautelar en uno de los cargos de la demanda, el estudio se focaliza en este planteamiento, pero en aquellos eventos en los que no se refiera, en concreto, a cargo específico, se analizarán las censuras de la demanda (art. 231 del CPACA).

No obstante, resulta del caso precisar que no cualquier desconocimiento normativo implica *per se* la suspensión provisional del acto acusado, por cuanto es claro que debe analizarse en cada caso concreto la implicación del mismo con el fin de determinar si tiene o no la entidad suficiente para afectar la aplicabilidad del acto y en últimas, su legalidad.

Además, se hace necesario reiterar que el pronunciamiento que se emita con ocasión de una solicitud de medida cautelar en manera alguna implica prejuzgamiento, por lo que nada obsta para que la decisión adoptada varíe en el curso del proceso y para que incluso, la decisión definitiva sea diferente.

4.2. Caso concreto

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-061 del 7 de junio de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹¹ Se indicó en auto de la Sección Quinta de 12 de marzo de 2020, dictado dentro del proceso de nulidad electoral 11001032800020200004500, lo siguiente: “En este punto se precisa, que cuando la medida cautelar esté debidamente fundamentada **en alguno o algunos cargos de la demanda –como ocurre en este caso- el estudio se hará conforme a la misma**, y en aquellos eventos en que no se refiera a algún cargo concreto, se analizará con base en la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 que dispone “la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado”. (Destacados fuera de texto). Actor: Juan Manuel Vanegas Acevedo. Demandado: Laura Andrea Ramos y otros (CARDER). M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



Entrando en materia, la Sala advierte que las censuras cautelares reenvían a la demanda y la parte actora indicó que son las mismas de las normas violadas y el concepto de violación, las cuales se sustentan en la 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, 239 y 126 inciso 4 de la Constitución Política, esta última norma según reforma del artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015.

En lo específico y dando curso a la consideración antes expuesta de la ajenidad del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia en la forma como lo planteó el actor en la demanda y, por ende, en la medida cautelar, se concluye que se censura la terna elaborada por el Presidente de la República, que incide en la legalidad del acto de elección, desde el predicamento de que se violó ostensiblemente, los artículos 40-7; 113; 125-2 y Parágrafo; 126-4 (A.L. 01/03), 239 y 29-1 del ordenamiento constitucional, por lo que, a juicio de la parte actora, es procedente suspender los efectos del acto electoral demandado, que resulta viciado por la infracción de los cánones constitucionales señalados, fundamentalmente, porque viola el espíritu democrático de participación popular, en la cual se inspira la Constitución colombiana de 1991, conforme a las siguientes censuras:

4.2.1. Violación del artículo 40 inciso 7 y del artículo 113 de la Constitución Política

La parte demandante sustentó el cargo en que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacerlo efectivo puede acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. En tal sentido, consideró que el artículo 40, numeral 7 de la Constitución Política fue vulnerado toda vez que el señor Presidente de la República discrecionalmente elabora la terna, pretermitiendo la participación ciudadana, pues no existe procedimiento público que así la permita.

Para el actor, de conformidad con el artículo 113 Superior, las Ramas del Poder Público son órganos jurídicos autónomos e independientes, con funciones separadas, que se colaboran armónicamente, para la realización de los fines de cada una de ellas; así las cosas, la Rama Judicial es un órgano jurídico autónomo e independiente que hace parte del poder público, de modo que sus integrantes no pueden ser escogidos o designados en sus funciones directamente por un órgano de la Rama Ejecutiva, ni mucho menos elegido directamente por la Rama Legislativa del poder público.

En concreto, el demandante señala que la autonomía e independencia que prevé la norma se ven vulneradas porque la Magistrada electa, al ser ternada y postulada discrecionalmente por el Presidente de la República, estará comprometida con el Gobierno, eliminando la separación de poderes, lo que conlleva inestabilidad en las decisiones de la Corte Constitucional, quien vigila y controla las actuaciones del Gobierno.

Para la Sala, esta censura cautelar no está llamada a prosperar, en tanto los mandatos superiores previstos en los artículos 40 y 113, son contenidos que se deben descender al caso concreto y cotejarse con otras normas, como las propias de integración de la Corte Constitucional y la elección de sus Magistrados miembros.

En efecto, el artículo 40 Superior contiene el catálogo de derechos políticos, que para el asunto que ocupa la atención de la Sala se vería vulnerado si no se observara la normativa aplicable a la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional, circunstancia que *a priori* no se advierte haya acontecido, por cuanto el texto de la norma en cita no prevé si la escogencia de la terna por parte del Presidente debe responder a estrictos parámetros de selección objetiva o puede constituirse desde presupuestos discrecionales, tampoco de las pruebas que obran en el expediente se evidencia la conclusión esbozada por el solicitante. La norma referida es del siguiente tenor:

“**ARTICULO 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.”.

Por otra parte, en relación con el mandato del artículo 113¹² Constitucional, la censura que hace la parte demandante se enfoca en realidad en cuestionar y suponer que la Magistrada será una agente del gobierno por haber sido postulada por el Presidente de la República, sin tener en cuenta que conforme a las mismas normas constitucionales la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional está precedida de ternas que envían otras dos ramas del poder público, entre ellas, el Primer mandatario, por lo que dada la existencia de una norma del mismo rango y otra legal que así lo consagran, a saber, el artículo 239 Superior y el artículo 44 de la Ley 270 de 1994, se advierte que solo se exige que el Primer mandatario presente terna, sin que se observe que deba hacerlo por convocatoria pública y desarrollando un concurso de méritos. Así las cosas, es claro, para esta Judicatura que, en últimas se advierte, que en principio al parecer, el cuestionamiento recae sobre la constitucionalidad de la norma que previó la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional y sus actos previos de

¹² “**ARTICULO 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.”



conformación de ternas, razón por la cual no se evidencia en forma clara la vulneración al contenido de la norma atinente a la separación de poderes y sustento de la solicitud cautelar.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que de los textos transcritos no se logra determinar, *a priori*, que el señor Presidente de la República en la conformación de la terna haya incurrido en la violación de estos dos artículos, por cuanto para concluirlo se hace necesario cotejarlos con otra normativa, que permita tener certeza sobre la tensión entre mandatos o su contradicción, análisis que corresponde al fondo del asunto, en tanto no se evidencia en esta etapa temprana del proceso.

Debe quedar claro que en el caso de la medida cautelar de suspensión provisional su aspecto de la flagrante violación de la norma superior no es que haya desaparecido, sino que ahora se nutre con las pruebas obrantes en el proceso, por lo que ante un mayor margen de hermenéutica y de integración normativa, es claro que la decisión del operador de suspender los efectos del acto se imposibilite en esta etapa temprana, porque se requiere de un estudio de fondo propio del fallo.

Y es que afirmar que la manera como el señor Presidente integró la terna conlleva a que la elegida sea un agente del Gobierno que desmedre la autonomía e independencia de la Corte Constitucional o que se vulneró el principio de separación de poderes, resulta imposible de avizorar, por lo menos, en esta etapa temprana del proceso.

En consecuencia, la censura cautelar no es de recibo.

4.2.2. Violación del artículo 125 inciso 2 de la Constitución Política

Este mandato dispone: “*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público*”.

Indicó el cautelante que conforme al **artículo 239 Superior**, la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional corresponde al Senado de la República, con base en las ternas enviadas por el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, y como el sistema de nombramiento está definido por la Constitución, se debe dar cumplimiento al **artículo 40 Constitucional**. Por lo tanto, los órganos responsables de la elaboración de las ternas deberán dar participación a todos los ciudadanos, sin exclusión, conforme ordena dicha norma, por medio de la convocatoria pública reglada por la ley, como lo estatuye el **inciso 4, del artículo 126 de la Carta Política**.

El demandante también subraya que aquellas cuatro disposiciones constituyen el proceso del Sistema de Elección para los cargos de Magistrados de la Corte Constitucional, las que debieron ser aplicadas con exactitud por el Presidente de

la República, pero fueron incumplidas, por cuanto la terna que elaboró fue diseñada discrecionalmente, postulando libremente a los candidatos.

Y continúa señalando que mediante Acto Legislativo 02 de 2015, en el artículo 2, modificadorio del artículo 126 Constitucional, se previó que *“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.”*

Así las cosas, cuando para una elección de un servidor público debe estar precedida por una convocatoria pública reglada por la ley, donde se señalen los requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Para el actor, en el caso concreto, la elaboración de la terna diseñada por el Presidente estuvo motivada por una discrecionalidad absoluta que la Constitución no le confirió, al omitir el proceso de la convocatoria pública y la selección por meritocracia, excluyendo del proceso los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y debido proceso administrativo.

Prosigue con que los valores cuantitativos y cualitativos, evaluaciones o índices porcentuales que califiquen el mérito académico, profesional, la experiencia laboral y las actitudes sicofísicas para la elaboración de la terna, no existieron en el proceso administrativo que adelantó el Presidente de la República.

Aunado a que el **artículo 29, inciso 1 de la Constitución Política** impone el debido proceso a toda clase de actuaciones, que fue pretermitido en el procedimiento establecido por las normas constitucionales citadas.

En otras palabras, indicó el solicitante de la suspensión que el Presidente haciendo uso de una discrecionalidad omnímoda, escoge y postula los candidatos ternados, entre quienes posteriormente eligió el Senado de la República.

Para la Sección Quinta esta censura cautelar tampoco es de recibo, no solo porque existe normativa especial que le es propia a la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional (artículo 239 Superior y artículo 44 de la Ley 270 de 1994), sino también porque la norma principal con la que sustenta la petición, esto es, el **artículo 125 inciso 2 de la Constitución Política**, con la que el actor armoniza y empalma los otros tres dispositivos, prevé el supuesto que impone la realización de un concurso público a que el sistema de nombramiento no haya sido determinado, lo cual, en principio, no es lo que acontece en realidad en el campo de la designación de los Magistrados de la Corte Constitucional, que sí se

encuentra positivizado en la Constitución y en la Ley, lo cual impide en esta etapa entender que se está bajo los supuestos del inciso 4 del artículo 126 Superior que impone una convocatoria pública reglada por la ley, dada la especialidad normativa que permea la elección de los miembros de la Alta Corte.

Por contera, la solicitud cautelar apoyada en forma principal en el artículo **125 inciso 2 de la Constitución** y que se enlaza a los artículos 40, inciso 4 del 126 e inciso 1 del 29 Superiores, cae por su peso al apartarse de la ausencia o la falta de determinación de la regulación del sistema de nombramiento.

4.2.3. Violación del párrafo del artículo 125 de la Constitución Política

Para el cautelante salta a la vista otra violación al Párrafo del artículo 125 de la Carta Política, que fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 6, que a la letra dice: *“Los periodos 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 periodo para el cual éste fue elegido.”*

El demandante considera que la disposición en cita ha sido ignorada completamente por la autoridad postulante de los candidatos ternados, de quienes resultó elegida la demandada, como también expresamente por el órgano elector, toda vez que la Magistrada electa fue postulada y elegida para el cargo por el período institucional 2020-2028, sin observar, que la elegida venía en continuidad del período del doctor CARLOS BERNAL PULIDO, quien se posesionó en mayo de 2017, cuyo período vence en mayo de 2025, razón suficiente para que la elección de la doctora MENESES MOSQUERA se haya excedido en el periodo establecido por la Constitución, dando lugar a la invalidez del acto que hiciera el Senado de la República el 10 de diciembre de 2020, objeto de impugnación.

La Sala observa que nuevamente el solicitante de la medida cautelar trae a colación una norma que se desliga del espectro propio de la causa en análisis, por cuanto, en contraste, para los magistrados de la Corte Constitucional la normativa (art. 239 C.P.) ha previsto que en materia de período este se reputa individual, o lo que es igual, de índole personal, calificación y alcance que lo aleja de los supuestos predicables para entender que se trata de período institucional y que impide que se indique que la Magistrada demandada solo estaba para completar el período del Magistrado que dejó vacante el cargo.

Valga recordar que la previsión contenida en el párrafo del artículo 125 Superior en cita se refiere a los cargos de período institucional, que por la especificidad y características legales y constitucionales del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional no resulta aplicable. Ello hace que la medida cautelar no sea viable, ante la existencia de esa norma que otorga un panorama diferente al que pretende el actor le sirva para su propósito de suspender los efectos del acto.



En consecuencia, en esta etapa inicial, la Sala no encuentra mérito para dar viabilidad a la solicitud cautelar de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

III. RESUELVE

PRIMERO. ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por la parte actora **RAMIRO BASILI COLMENARES**, que incoó en nombre propio contra la elección de la señora **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, en calidad de **MAGISTRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**, realizada por el Senado de la República en pleno, de terna enviada por el Señor Presidente de la República, conforme a las consideraciones expuestas.

PRIMERO. ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por la parte actora **RAMIRO BASILI COLMENARES**, que incoó en nombre propio contra la elección de la señora **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, en calidad de **MAGISTRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**, realizada por el Senado en pleno, respecto del Señor Presidente de la República y del Senado de la República, conforme a las consideraciones expuestas, sin advertir obstáculo para conocer del asunto conforme se indicó en el capítulo de cuestión previa.

En consecuencia, se **DISPONE**:

1. NOTIFÍQUESE personalmente o en su defecto a través de los diferentes medios virtuales que en este momento estén a disposición de la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado, a la demandada señora **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, en su calidad de elegida en el cargo de **MAGISTRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA, en armonía con los artículos 8¹³, 2¹⁴ y 3¹⁵ del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020.

En el evento, de imposibilidad de la notificación personal conforme a los procedimientos ordenados, se procederá de conformidad con el literal b) y c) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.

2. NOTIFÍQUESE personalmente o en su defecto a través de los diferentes medios virtuales que en este momento estén a disposición de la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado al señor **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**, a través de su representante o de quien haga sus veces, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, de conformidad con el numeral 2º del artículo 277 del CPACA, en armonía con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

¹³ Notificaciones personales.

¹⁴ Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

¹⁵ Deberes de los sujetos procesales en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones.



3. NOTIFÍQUESE personalmente o en su defecto a través de los diferentes medios virtuales que en este momento, estén a disposición de la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado al **SENADO DE LA REPÚBLICA**, a través de su Presidente, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, de conformidad con el numeral 2º del artículo 277 del CPACA, en armonía con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

4. Las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la plataforma **SAMAI** <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081> y en la plataforma Siglo XXI del Consejo de Estado, a disposición de los notificados, y el traslado o los términos que conceda este auto sólo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según sea el caso (literal f, num. 1º art. 277 del CPACA), sumados los dos (2) días que dispuso el inciso 3º¹⁶ del artículo 8º del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

Luego de transcurridos los términos anteriores, la demanda podrá ser contestada dentro de los quince (15) días siguientes al día de la notificación personal del auto admisorio de la demanda al demandado o al día de la publicación del aviso, según el caso, conforme la previsión del artículo 279 del CPACA, pero con aplicación armónica de los términos en días que se indican en el párrafo anterior, mediante los canales virtuales que se tienen a disposición y conforme a las previsiones que sobre traslado contiene el artículo 9º del Decreto 806 de 2020, en concreto, en la dirección virtual de la Secretaría de la Sección Quinta: secretariaseccionquinta@consejodeestado.gov.co.

5. NOTIFÍQUESE personalmente o en su defecto a través de los diferentes medios virtuales que en este momento estén a disposición de la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado a la señora **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**, como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA, en armonía con los artículos 8¹⁷, 2¹⁸ y 3¹⁹ del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020.

6. NOTIFÍQUESE por estado a la parte actora **RAMIRO BASILI COLMENARES** (num. 4º art. 277 del CPACA) conforme a lo previsto en el artículo 9²⁰ del Decreto 806 de 2020.

7. INFÓRMESE, mediante el sitio web del Consejo de Estado, a la comunidad la existencia de este proceso (num. 5º art. 277 CPACA).

¹⁶ En su literalidad esta norma dispuso: “La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.”.

¹⁷ Notificaciones personales.

¹⁸ Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

¹⁹ Deberes de los sujetos procesales en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones.

²⁰ Notificación por estado y traslados.



8. NOTIFÍQUESE, de manera virtual, a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** para que si lo considera intervenga en los términos del artículo 279 del CPACA.

SEGUNDO. Por Secretaría de la Sección Quinta, **OFÍCIESE**, a través de los diferentes medios virtuales que en este momento estén a disposición y, conforme al artículo 11 del Decreto 806 de 2020, al señor **PRESIDENTE DEL SENADO DE LA REPÚBLICA**, para que remita copia autenticada del acto de elección de la señora **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** en calidad de **MAGISTRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**, y las respectivas constancias de publicación del acto, de notificación a la elegida y, de ejecutoria.

Los documentos citados debe remitirlos en copia virtual a la dirección secretariaseccionquinta@consejodeestado.gov.co, también a través de los diferentes medios virtuales que en este momento y dada la coyuntura de pandemia del COVID-19, estén a su disposición.

TERCERO. NIÉGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección de la señora **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, en su calidad de elegida en el cargo de **MAGISTRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**.

CUARTO. RECONÓCESE personería adjetiva al abogado JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA, con cédula de ciudadanía 79.154.152 de Usaquén y portador de la tarjeta profesional 40.546 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la demandada **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, conforme a los términos y facultades del poder obrante en el expediente.

QUINTO. RECONÓCESE personería adjetiva al abogado ANDRÉS TAPIAS TORRES, identificado con cédula de ciudadanía 79.522.289 y tarjeta profesional 88.890 del C. S. de la Judicatura, como apoderado judicial del señor Presidente de la República **IVÁN DUQUE MÁRQUEZ**, conforme a los términos y facultades del poder otorgado por el Secretario Jurídico del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con fundamento en las Resoluciones de delegación de funciones 0078 de 10 de febrero de 2021 y 245 de 19 de febrero de 2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente





Radicado: 11001-03-28-000-2021-00009-00

Actor: RAMIRO BASILI COLMENARES

Demandados: Mag. Corte Constitucional (PAOLA ANDREA MENESES) y otros

ROCÍO ARAUJO OÑATE
Magistrada

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>".

