

Sentencia SU050/18

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES DE ALTAS CORPORACIONES-Procedencia más restrictiva, en la medida que solo tiene cabida cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Características

Este Tribunal ha reconocido la importancia y el alcance fundamental del principio constitucional de separación de poderes. Ha indicado que constituye un elemento esencial del ordenamiento constitucional en tanto instrumento de limitación de poder y de garantía de derechos y libertades fundamentales. Además ha señalado una serie de acciones que lo materializan, así por ejemplo: (i) la identificación de las funciones del Estado, (ii) la atribución de dichas funciones a órgano estatales diferenciados, (iii) la garantía de que cada órgano goce de independencia, en el sentido que debe estar exento de injerencias externas en el desarrollo de su función y, (iv) la garantía de que cada órgano goce de autonomía, en el sentido que debe poder desenvolverse y desplegar su actividad por sí mismo, y autogobernarse, son actividades que resultan básicas para definir el equilibrio en el ejercicio del poder público.

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES Y CONTROL RECIPROCO ENTRE DIFERENTES INSTITUCIONES ESTATALES-Una de sus manifestaciones es la función que tienen los máximos órganos de cada una de las ramas del poder público para nominar y elegir a los miembros de otras entidades del Estado

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Deben ser elegidos por el Senado de la República de ternas que envía el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y

el Consejo de Estado

ELECCION DE MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Procedimientos de elección de las ternas se encuentran debidamente reglamentados por cada una de las Corporaciones

CARACTER SECRETO DEL VOTO-Es un derecho y no una obligación

El carácter secreto del voto es un derecho mas no una obligación. Así por ejemplo, si uno de los electores decide de forma autónoma y libre hacer público su voto este no pierde validez, pues se trata de una decisión autónoma del votante.

EJERCICIO DE LA FUNCION NOMINADORA DE LAS ALTAS CORPORACIONES JUDICIALES-Es obligatoria y suscita naturalmente una deliberación en la que se hacen explícitas las preferencias

En el caso del ejercicio de la función nominadora de las altas corporaciones judiciales, ésta es obligatoria y suscita naturalmente una deliberación en la que se hacen explícitas las preferencias. En este contexto, la real posibilidad de ejercer el derecho al secreto del voto radica en la ausencia de presión para revelar el sentido del mismo, sumado al instrumento mismo del voto, que debe ser adecuado para garantizar la reserva, mas no en la inexistencia de deliberaciones o discusiones que conduzcan a la toma de la decisión, y que en el contexto de tales deliberaciones se hagan explícitas voluntariamente las preferencias de los magistrados.

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL-Procedencia contra actos administrativos complejos

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL-Contexto normativo

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL-Naturaleza

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el carácter constitucional de este medio de control. Ha dicho que se trata de una acción pública especial de legalidad y de impugnación de un acto administrativo de elección o de nombramiento, a la que puede acudir cualquier ciudadano dentro de los términos establecidos en la ley, con el fin de discutir ante la jurisdicción contenciosa administrativa la legalidad del acto de elección, la protección del sufragio y el respeto por la voluntad del

elector. Ha señalado que el objeto principal de la acción de nulidad electoral es determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales (...). Ha resaltado su carácter público en la medida que cualquier persona puede solicitar la nulidad de los actos electorales bajo la lógica que quien actúa representa el interés general para esclarecer la forma en que se realizó una elección y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la ley. De igual forma ha resaltado la brevedad con la que opera la caducidad de la acción, de 20 a 30 días, en concordancia con el mandato establecido en el artículo 264 de la Constitución que señala el término de un año para decidir la acción de nulidad electoral, sin perjuicio de los casos que se tramitan en procesos de única instancia cuya término para decidir no puede exceder los 6 meses.

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL-Jurisprudencia del Consejo de Estado

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL-Características

ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO-Definición/ACTO ADMINISTRATIVO DE TRAMITE O PREPARATORIOS-Definición

ACTO DE TRAMITE Y ACTO DEFINITIVO-Diferencias

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ELECCION O DE NOMBRAMIENTO DEFINITIVOS-Actos administrativos complejos

ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO-Concepto

La Corte Constitucional ha definido los actos administrativos complejos como aquellos que cuentan con unidad de contenido y unidad de fin aun cuando provienen de la manifestación de la voluntad de órganos distintos

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL-Medio de control de legalidad de actos administrativos de elección o de nombramiento definitivos

CARACTERIZACION DEL DEFECTO ORGANICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO Y DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defectos sustantivo, fáctico y procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto por cuanto se realizó una interpretación desproporcionada del reglamento del Consejo de Estado al anular acto de elección de Magistrado de la Corte Constitucional

Referencia: Expediente T-5.027.021

Acción de tutela instaurada por el señor Alberto Rojas Ríos contra la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Procedencia: Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Magistrada Sustanciadora

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia adoptado, el 11 de mayo de 2015 por la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que revocó la

sentencia proferida el 3 de diciembre de 2014 por la Sala de Conjueces de la Sección Primera del Consejo de Estado, por medio la cual se negó el amparo constitucional solicitado por el accionante.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por remisión que efectuó la Sala de Conjueces de la Sección Segunda del Consejo de Estado. El 31 de julio de 2015, la Sala Número Siete de Selección de Tutelas de esta Corporación, escogió el presente caso para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El 16 de julio de 2014[1], el señor Alberto Rojas Ríos presentó acción de tutela en contra de la Sección Quinta del Consejo de Estado, por considerar que vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la justicia y al ejercicio de cargos públicos, al declarar la nulidad de su elección como magistrado de la Corte Constitucional.

A. Hechos y pretensiones

El accionante indicó que el 1º de noviembre de 2012 el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto terminó su periodo constitucional en el ejercicio de su cargo en esta Corporación[2].

Señaló que en desarrollo de sus atribuciones legales y constitucionales, la Sala Plena del Consejo de Estado realizó varias rondas de votación para conformar la terna de la cual el Senado de la República elegiría al remplazo del magistrado Sierra Porto. El 6 de marzo de 2013, tal Corporación aprobó por mayoría la referida terna, conformada por Alejandro Linares Cantillo, Martha Lucía Zamora Ávila y Alberto Rojas Ríos[3]. El 10 de abril de 2013, la plenaria del Senado de la República eligió al demandante como magistrado de la Corte Constitucional[4].

El 24 de mayo de 2013, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, el ciudadano Pablo Bustos Sánchez demandó el acto mediante el cual se eligió al ahora accionante para ejercer el cargo de magistrado de este Tribunal. Según el peticionario, dicha demanda se fundamentó en dos argumentos: (i) que el señor Alberto Rojas Ríos no cumple con el requisito establecido en el numeral 4º del artículo 232 de la Norma Superior[5] y (ii) que al

momento de elegir la terna de candidatos, el Consejo de Estado desconoció su propio reglamento “al haberse pretermitido el mecanismo de votación secreta definido para el efecto”[6].

Por medio de sentencia proferida el 25 de junio de 2014, la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió declarar la nulidad del acto que eligió al peticionario para ejercer el cargo de magistrado de la Corte Constitucional bajo el argumento de que se probó la irregularidad alegada por el demandante en lo relacionado con el procedimiento de elección. En efecto, se omitió el requisito de votación secreta en la elección de los candidatos que conformaron la terna de la cual se eligió al ahora accionante[7].

El actor afirmó que varios sujetos procesales interpusieron solicitudes de nulidad, aclaración y adición de la providencia anteriormente referida, por lo que, a la fecha de la presentación de la tutela, la decisión no estaba ejecutoriada[8].

En consideración a lo anterior, el señor Alberto Rojas Ríos interpuso acción de tutela en contra de la sentencia emitida el 25 de junio de 2014 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró la nulidad de su elección para desempeñar el cargo de magistrado en la Corte Constitucional[9].

En su escrito, el actor afirmó que en el presente caso se cumplen los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. En particular, el peticionario señaló que se acreditan los presupuestos de legitimación por activa y por pasiva, bajo el argumento de que el Consejo de Estado como autoridad pública vulneró su derecho fundamental a ser elegido, al declarar la nulidad de su elección para ejercer el cargo de magistrado en este Tribunal[10].

En relación con el requisito de subsidiariedad, el demandante manifestó que, tal y como lo establece el numeral 4º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), el proceso de nulidad electoral es de única instancia. En esa medida es evidente que agotó todos los recursos ordinarios dentro del proceso de la referencia[11].

Con respecto al agotamiento de los recursos extraordinarios, el peticionario indicó que ninguna de las causales de revisión establecidas en el artículo 250[12] del CPACA eran

aplicables a su caso. En particular, manifestó lo siguiente[13]:

(i) En relación con la causal establecida en el numeral 1º de la referida norma, no se puede alegar la existencia de un elemento fraudulento que hubiera ocurrido en el transcurso del proceso.

(ii) Respecto de la segunda causal, no se ha configurado algún hecho o circunstancia que fueran desconocidos por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el momento en el que se profirió el fallo.

(iii) No se evidencia alguna vulneración a la cosa juzgada en la medida en que no existe una sentencia anterior.

(iv) Ninguna de las demás causales tiene la virtualidad de proteger sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración y a ejercer cargos públicos, pues la configuración de un defecto sustantivo y uno procedimental por exceso ritual manifiesto no son causales de revisión.

Asimismo, el demandante afirmó que la providencia acusada representa una amenaza cierta, inminente y grave a sus derechos fundamentales, pues si tal decisión queda en firme, se tendría que separar de su cargo como Magistrado de la Corte Constitucional[15].

Por otra parte, el accionante manifestó que la acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez, debido a que el término que transcurrió entre la notificación de la decisión censurada y la solicitud de amparo constitucional fue inferior a un mes[16].

En relación con la relevancia constitucional, el actor indicó que ésta se deriva de la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso (29 CP) y a elegir y ser elegido (40 CP), así como del desconocimiento de principios de jerarquía constitucional tales como: la autonomía y la independencia judicial, la colaboración armónica de las ramas del poder público, la distribución de competencias en los distintos órganos del Estado y la eficacia del voto en nuestro ordenamiento jurídico. Además, señaló que la sentencia demandada declaró nula su elección como magistrado de la Corte Constitucional, lo que implica que uno de sus miembros sea retirado de este Tribunal, y por ello se evidencia el

cumplimiento del requisito de relevancia constitucional. Igualmente, el demandante manifestó que la autoridad accionada le trasladó un presunto yerro que él no causó, al realizar una interpretación desproporcionada del Reglamento Interno del Consejo de Estado, lo que hace necesario que el juez constitucional revise la providencia objeto de censura[17].

Adicionalmente, el actor resaltó que la sentencia demandada no se originó en un proceso de tutela y los defectos alegados fueron determinantes en la decisión.

Por lo anterior, manifestó que se cumplen todos los requisitos generales de procedencia de tutela contra providencias judiciales[18].

Con respecto a las causales específicas de procedencia de la tutela contra providencia judicial, el señor Alberto Rojas Ríos invocó los siguientes defectos de la decisión objeto de censura:

(i) Defecto sustantivo por indebida interpretación del reglamento del Consejo de Estado

El peticionario indicó que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de su elección con fundamento en una apreciación inadecuada y desproporcional del Reglamento Interno de dicha Corporación, que derivó en la afectación del principio de autonomía e independencia judicial. En particular, señaló que el artículo 45 de dicha normativa dispone que, en caso de reiteradas votaciones infructuosas, se permite a la Sala Plena adoptar otro procedimiento, sin que se establezcan los alcances de las variaciones permitidas[19].

Por lo anterior, el accionante considera que es la Sala Plena del Consejo de Estado quien debe interpretar el Reglamento y autorizar el cambio de las reglas de elección, con el fin de garantizar la efectividad de las funciones asignadas por la Constitución Política y por la ley a dicha Corporación. En ese sentido, el peticionario indicó que la potestad del Consejo de Estado de darse su propio Reglamento de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 237 Superior, contiene la facultad de aprobarlo, interpretarlo y aplicarlo[20].

Por otra parte, el actor expuso que las facultades de interpretar y aplicar su propio Reglamento Interno son manifestación de los principios de autonomía e independencia judicial de la Sala Plena del Consejo de Estado. En consecuencia, la forma en la que la Sala

interprete dicha normativa para la elección de los miembros de una terna también hace parte de la aplicación de tales principios constitucionales en el ejercicio de sus funciones.[21].

El demandante afirmó que las variaciones ad hoc que se implementaron en la votación para la confirmación de la terna para el remplazo del Magistrado Sierra Porto atendieron a principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad y no desconocieron ninguna garantía constitucional. Enfatizó en que, en el caso particular, se adelantaron 13 rondas de votación, pero no se había logrado definir a los miembros de la terna. Señaló, que el procedimiento implementado por la Sala Plena del Consejo de Estado fue razonable y proporcionado, en la medida en que sólo uno de los candidatos había obtenido la mayoría de los votos. Por lo anterior, se propuso que la terna la integraran los dos postulantes que seguían con las votaciones más altas. Afirmó que dicha propuesta “fue avalada por 21 consejeros que se pusieron de pie, según se convino por el órgano elector, esto es la Sala Plena de la Corporación y que, posteriormente fue objeto de votación secreta, mediante el mecanismo tradicional de la papeleta, en la que se obtuvieron 23 votos favorables por la conformación de la terna en las condiciones propuestas”[22]. El peticionario resaltó que no se propuso votar por cada candidato de manera individual, sino que se sugirió votar por Zamora Ávila y Rojas Ríos en pareja, con el fin de determinar si alcanzaban la mayoría necesaria para integrar la terna[23].

El accionante reconoció las inquietudes presentadas por dos consejeros con respecto al mecanismo propuesto. En particular señaló: “es cierto que la votación por la dupla Zamora-Rojas tuvo como procedimiento una manifestación pública de intención de voto y voto secreto, también lo es que el hecho de ponerse de pie permite concluir que el voto no se efectuó exclusivamente de manera secreta. Todos estos acontecimientos son indiscutibles” [24]. No obstante, indicó que la vulneración de sus derechos fundamentales se deriva del análisis de la norma estudiada de forma descontextualizada, lo que genera un defecto sustantivo. Lo anterior, por considerar que la misma disposición legal en la que se fundamentó el fallo permite a los consejeros de Estado efectuar otro procedimiento cuando se presenten reiteradas votaciones sin poder elegir un candidato[25].

El peticionario afirmó que, en el presente caso, después de 13 rondas de votación, no se había podido elegir a la totalidad de los candidatos de la terna, por lo que se propuso otro

procedimiento, con base en la competencia que tiene para ello la Sala Plena del Consejo de Estado. En este sentido, manifestó que no se debió haber declarado la nulidad de su elección, con fundamento en lo establecido en el artículo 45 del Reglamento de la referida Corporación, cuando el mismo precepto dispone que se puede adoptar otro procedimiento diferente al consagrado en la propia norma en los casos en los que no se hubiera podido elegir a los miembros de la terna después de adelantar varias rondas de votación[26].

Por otra parte, el actor señaló que la autoridad demandada estableció que la conformación de la terna fue irregular, bajo el argumento de que se reemplazó la votación secreta por el mecanismo de voto público, sin que se hubiera realizado alguna modificación a los artículos 37 y 45 del Reglamento. Para el accionante, el defecto sustantivo y la afectación de los principios de independencia y autonomía judicial se derivan de esta interpretación. En efecto, afirmó que en este caso no era necesario realizar alguna modificación en el Reglamento, pues era posible introducir variaciones puntuales al procedimiento que permitieran cumplir con el deber de conformación de la terna[27].

Respecto de la inmutabilidad del voto secreto resaltada en la providencia demandada, el actor indicó que la Sección Quinta del Consejo de Estado oscila entre dos posiciones distintas sobre el voto secreto. De una parte, se encuentra la postura rígida en la que el voto secreto constituye un aspecto esencial y definitorio de los procesos electorales, y de la otra, se encuentra la posición flexible en virtud de la cual se permite optar por el voto público y nominal, siempre que ello se apruebe formalmente como una reforma al reglamento[28].

Asimismo, el demandante manifestó que en esa oportunidad se implementó un mecanismo adecuado y practicado en ocasiones anteriores con idénticas situaciones fácticas. En efecto, el peticionario citó una grabación de la sesión en la que se indicó lo siguiente:

“Minuto 00:49:43 (Dr. Alvarado) ... En ocasión pasada estábamos en igualdad de condiciones como hoy y la presidencia de entonces con el doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren se propuso ponernos de pie y luego alguien dijo ratifiquémoslo por escrito para así confrontar y resistir cualquier examen reglamentario, es lo que se está haciendo ahorita” [29].

Con fundamento en lo anterior, el actor concluye que (i) por lo menos en una ocasión

anterior se utilizó el mismo mecanismo para la elección; (ii) en aquella oportunidad también se propuso votar de pie y (iii) la votación se ratificó por una votación escrita con el propósito de respetar el reglamento[30].

Por otra parte, el demandante señaló que se respetó la garantía de voto secreto de los consejeros de Estado, pues a pesar de que se realizó la votación de pie, posteriormente se ratificó por escrito de forma secreta. Además, manifestó que la misma sentencia censurada reconoció que en ninguna de las actas se reflejaba la determinación individual de los magistrados de expresar el nombre de su candidato para integrar la referida terna ni había forma de asociar los votos expresados en las papeletas con la voluntad de cada uno de los consejeros[31].

Adicionalmente, consideró que se protegió la autonomía de los jueces, pues ningún consejero de Estado fue forzado a votar por la dupla Rojas-Zamora, en ningún momento se reveló la intención de voto de los magistrados, pues en la ratificación podían elegir a otro candidato que no estuviera dentro de la dupla propuesta para completar la terna, sin embargo ello nunca ocurrió[32].

Asimismo, el peticionario señaló que la regla planteada en la providencia demandada, de la cual se infiere que si un consejero manifiesta que quiere que una persona integre la terna y quiera votar por ella, se tendría que declarar la nulidad de la elección, lleva al absurdo y desconoce los derechos fundamentales de quien fue electo incluso después de su posesión, lo que eventualmente podría generar responsabilidad del Estado[33]. Además, el actor afirmó que la decisión objeto de censura transformó el voto secreto en una obligación y no la valoró como una finalidad en sí misma. En este sentido, reiteró que el voto secreto es una garantía constitucional que tiene su fundamento en la autonomía y la libertad de escoger sin presión el candidato de preferencia, pero ello no significa que sea una obligación impuesta por la Constitución Política, en especial, en consideración a que se puede renunciar a ello si se manifiesta abiertamente la intención de voto[34].

Con fundamento en lo anterior, el accionante concluyó que la autoridad judicial demandada incurrió en un defecto sustantivo por indebida aplicación del Reglamento Interno del Consejo de Estado[35].

(ii) Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto del Consejo de Estado al sacrificar

la eficacia del voto por imponer una interpretación restrictiva de su Reglamento Interno

El actor indicó que la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en un exceso ritual manifiesto al desconocer la voluntad de la mayoría de la Sala Plena de la misma Corporación. Lo anterior, debido a que en su decisión omitió el hecho de que 23 consejeros votaron -mediante el mecanismo secreto de la papeleta- por él y por la candidata Martha Lucía Zamora Ávila para acompañar a Alejandro Linares Cantillo en la terna para ejercer el cargo de magistrado en la Corte Constitucional[36].

Según el peticionario, la declaratoria de nulidad del proceso de elección afecta el principio de eficacia del voto y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, pues independientemente de que el Reglamento establezca la regla del voto secreto, el artículo 45 de tal normativa permite modificar el procedimiento con el fin de cumplir con la función electoral encomendada cuando ello no ha sido posible después de varias rondas de votación. En particular, el actor concluyó la configuración del defecto porque la autoridad demandada podía modificar el Reglamento para cambiar el requisito de votación secreta[37].

En este sentido, el demandante manifestó que el carácter secreto del voto constituye una garantía para el elector, para que pueda ejercer libremente su derecho o deber sin algún condicionamiento relacionado con el sentido de su voto. Con todo, el titular de tal garantía puede renunciar a la misma, lo cual no debería afectar la validez de la votación de quienes lo hicieron de forma secreta[38].

Adicionalmente, el accionante afirmó que existe una práctica reiterada de la Sala Plena del Consejo de Estado de hacer público el voto en asuntos electorales fundamentada en el artículo 45 del Reglamento de tal Corporación. En particular, el peticionario citó la sesión del 13 de mayo de 2014 en la que se propuso la designación del consejero Hernán Andrade como encargado de un despacho de otro magistrado que había culminado su período constitucional. En esa ocasión la proposición fue acogida por aclamación o pupitrazo por la totalidad de la Sala Plena lo que constituye una manifestación pública del voto[39].

El demandante resaltó la posibilidad de prescindir del carácter secreto del voto, como lo hicieron los consejeros de Estado en la elección de la terna en la que fue elegido como

candidato para ejercer el cargo de magistrado de esta Corporación. Además, señaló que el ejercicio del derecho al voto no puede ser exigido por medio de un mecanismo coactivo, como se evidenció en la referida elección, en la que los magistrados Stella Conto Díaz del Castillo y William Zambrano Cetina se rehusaron a votar[40].

Asimismo, consideró que la discusión relacionada con el carácter secreto del voto resulta inane, toda vez que después de la manifestación pública de intención de voto, se adelantó una votación secreta que obedeció a un ejercicio libre y espontáneo de 23 consejeros de Estado, sin que se pueda alegar algún vicio de consentimiento en dicha etapa de la elección. Además, enfatizó en el hecho de que en la votación secreta logró una mayoría superior a la que se había logrado en la votación pública, lo que demuestra que la votación secreta fue libre y espontánea[41]. En este sentido, el actor señaló que no se puede desconocer la voluntad del elector con fundamento en argumentos formalistas como lo hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado en la providencia censurada[42].

Finalmente, el peticionario indicó que el proceso de elección en el Consejo de Estado no afectó su elección por parte del Senado de la República, en la medida en que los congresistas no conocieron las especificidades de tal procedimiento. En consecuencia, no existe una causal entre el supuesto yerro en el proceso de elección en el Consejo de Estado y la elección del Senado[43].

(iii) Defecto procedimental absoluto por pretermisión del deber de notificar y correr traslado del auto admisorio de la demanda al Consejo de Estado, como autoridad que intervino en su adopción

El accionante indicó que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto procedimental absoluto al omitir vincular a todas a las autoridades que intervinieron en la decisión cuestionada. En efecto, el peticionario manifestó que los artículos 171[44] y 172[45] del CPACA establecen la obligación de notificar a quienes tengan interés directo en la actuación. A pesar de que la nulidad se presentó contra el acto de elección proferido por el Senado de la República, la solicitud de nulidad se dirigía contra el acto administrativo de conformación de la terna, por lo que era imperativo notificar del auto admisorio al Consejo de Estado[46].

Adicionalmente, el peticionario señaló que el artículo 277[47] de la misma normativa, que

hace parte del título que regula las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral, dispone la obligación de notificar el auto admisorio de la demanda a la autoridad que profirió el acto demandado, lo que evidencia nuevamente la obligación que se tenía de vincular a la Sala Plena del Consejo de Estado[48].

El actor afirmó que en el caso objeto de estudio la Sección Quinta del Consejo de Estado omitió vincular a la Sala Plena de dicha Corporación, lo que configura una vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y al de todos los demás participantes del mismo[49]. El demandante consideró que la falta de vinculación de dicha entidad es un defecto relevante en el proceso, en la medida en que fue ella quien profirió el acto demandado y nunca tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la nulidad electoral[50].

(iv) Defecto orgánico por falta de jurisdicción de la Sección Quinta del Consejo de Estado para juzgar la legalidad y validez del acto de conformación de la terna para la elección de magistrado de la Corte Constitucional

El accionante manifestó que la Sección Quinta del Consejo de Estado nunca debió asumir la competencia del asunto ya que debió remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia de conformidad con lo establecido en el artículo 111[51] del CPACA, debido a que se trataba de una demanda contra un acto administrativo proferido por el Consejo de Estado[52].

En efecto, el peticionario afirmó que el defecto orgánico es evidente, toda vez que la autoridad judicial demandada no tenía la competencia para conocer sobre la solicitud de nulidad del acto administrativo mediante el cual se escogió la terna para ocupar el cargo de magistrado de la Corte Constitucional[53].

En particular, el actor señaló que, en el auto del 2 de julio de 2013, la misma autoridad judicial accionada reconoció que se trata de un acto administrativo:

“En efecto se trata de un acto administrativo pues no corresponde a la función contenciosa administrativa de la Corporación, los Consejeros de Estado Alberto Yepes y Susana Buitrago participaron del proceso de composición de la terna referida y finalmente, en la demanda se enjuicia, junto con el acto de elección del demandado, el acto de conformación de la terna”[54].

Asimismo, el demandante manifestó que, en la misma providencia, la magistrada ponente advirtió que los actos administrativos de conformación de terna – el que proferido por el Consejo de Estado- y el de elección –que es emitido por el Senado de la República- tienen un carácter complejo, por tratarse de manifestaciones de la voluntad de carácter autónomo e independiente, que guardan unidad de propósito y resultan interdependientes e inescindibles[55]. Con fundamento en lo anterior, el peticionario afirmó que la posición actual del Consejo de Estado establece que la confirmación de la terna es un acto administrativo de carácter complejo y en consecuencia debió ser estudiado por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que el reproche se dirigió concretamente sobre tal actuación y no sobre la elección por parte del Senado de la República[56].

El actor señaló que la Sección Quinta del Consejo de Estado estudió la solicitud de nulidad sin ser el juez natural para ello. Lo anterior, en consideración a que su imparcialidad estaba afectada cuando estudió un acto emitido por la misma entidad, por lo que la autoridad competente para estudiar su caso era la Corte Suprema de Justicia[57].

Por consiguiente, el demandante concluyó que la providencia censurada incurrió en un defecto orgánico, en razón a que la Sección Quinta del Consejo de Estado carecía de competencia para avocar el conocimiento de la demanda de nulidad de su elección para ejercer el cargo de magistrado de la Corte Constitucional, toda vez que no podía pronunciarse sobre un acto administrativo proferido por la misma entidad[58].

(v) Defecto procedimental absoluto por inaplicación del trámite definido legalmente para la designación de conjueces

El accionante indicó que en el caso objeto de estudio se configuró un defecto procedimental, debido a que se desconoció el artículo 115[59] del CPACA que regula lo relacionado con la designación de conjueces. En particular, afirmó que según lo dispuesto en la norma precitada, el sorteo de conjueces se debió realizar primero entre los demás magistrados del Consejo de Estado y sólo en caso de que no fuera posible designar a los conjueces, se podía nombrar a las personas que reunieran los requisitos y calidades para desempeñar el cargo de magistrado[60].

En este sentido, el peticionario manifestó que en el caso particular, una vez se aceptaron los impedimentos expresados por los Consejeros Susana Buitrago Valencia y Alberto Yepes

Barreiro, se procedió a sortear la designación de tres conjueces sin que se hubiera realizado el sorteo entre los magistrados de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil, y sin que se expresaran las razones por las que no fue posible designar a otros magistrados de la Corporación[61].

Con fundamento en los argumentos expuestos, el actor solicitó al juez de tutela que se conceda el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la justicia, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político y, en consecuencia, se deje sin efectos la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 25 de junio de 2014[62].

B. Actuaciones en sede de tutela

Mediante auto del 18 de septiembre de 2014[63], el conuez José Gregorio Hernández Galindo admitió la solicitud de tutela presentada por el ciudadano Alberto Rojas Ríos contra la Sección Quinta del Consejo de Estado, y ordenó notificar la admisión del presente proceso a: (i) la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez quien fue la ponente de la decisión censurada; (ii) a los conjueces Jaime Córdoba Triviño, Carlos Eduardo Medellín Becerra y Gabriel de Vega Pinzón; (iii) al ciudadano Pablo Bustos Sánchez quien presentó la solicitud de nulidad electoral; (iv) a las personas que se postularon como candidatos en el proceso de elección objeto de estudio[64] y (v) se requirió a Myriam Guerrero de Escobar para que manifestara si aceptaba su designación como conuez en el proceso de la referencia.

C. Decisiones objeto de revisión

Fallo de primera instancia

Por medio de sentencia del 3 de diciembre de 2014[65], la Sala de Conjuces de la Sección Primera del Consejo de Estado negó el amparo solicitado. En particular, el juez de primera instancia indicó que dicha Sala era competente para resolver el presente proceso, y que el artículo 115 del CPACA todavía no se podía aplicar debido a que no se había modificado el Reglamento de dicha entidad para poder cumplir con esa disposición. En consecuencia, era necesario aplicar el procedimiento de elección de conjuces establecido en la Ley 270 de 1996, el Código de Procedimiento Civil y el Reglamento Vigente del Consejo de Estado[66].

Adicionalmente, el a quo consideró que no se configuró ninguno de los defectos alegados por el peticionario. En efecto, indicó que la Sección Quinta del Consejo de Estado era competente para decidir la solicitud de nulidad de la elección de los miembros de la terna, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 149 del CPACA, en el que se dispone la competencia de las Secciones de dicho Tribunal para conocer de la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus cámaras y comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o el Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las Comisiones de Regulación[67].

Además, la Sala de Conjuces de la Sección Primera del Consejo de Estado indicó que no se vulneraron los derechos alegados por el accionante en la medida en que éste participó en todo el proceso de nulidad electoral y pudo defenderse en el mismo[68].

Asimismo, señaló que toda nulidad de una elección tiene efectos en la continuidad del elegido en el ejercicio de su cargo y en el caso particular, la sentencia demandada se limitó a establecer que la elección carece de validez y en consecuencia no puede producir efectos jurídicos. En este sentido, a pesar de que el elegido no causó el yerro que generó la nulidad, no es argumento suficiente para que un acto contrario a derecho produzca efectos en nuestro ordenamiento[69]. Igualmente, indicó que la acción de tutela no era el mecanismo adecuado para resarcir los daños causados al peticionario, ya que es el conjunto de hechos que llevaron a su elección lo que eventualmente podría generarle un perjuicio y no la sentencia mediante la cual se declaró la nulidad de su elección[70].

Por otra parte, el juez de primera instancia afirmó que no se vulneró el derecho del accionante a acceder cargos públicos, en la medida en que dicho ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para su respectiva elección y nombramiento, lo cual no ocurre en el caso objeto de estudio[71].

Con respecto a la interpretación de la facultad de modificar el procedimiento de votación establecido en el artículo 45 del Reglamento, el a quo indicó que no es cierto que se pudiera modificar el carácter secreto de la votación, ya que cualquier cambio debe preservar la independencia de los magistrados al votar y en ese medida no se trata de una formalidad insustancial como lo establece el actor en su escrito, sino que constituye un requisito con

indudables efectos sustanciales en el proceso de elección. Con fundamento en lo anterior, no encontró configurados los defectos sustantivo ni procedimental por exceso ritual manifiesto[72] alegados por el accionante.

Finalmente, el juez de primera instancia se apartó de la tesis del peticionario quien consideró que el acto demandado era el de su postulación por parte del Consejo de Estado y no el de elección del Senado de la República. En particular, el a quo afirmó que se trata de un acto complejo integrado por varias etapas, que se afecta en su totalidad si existe alguna causal de nulidad en alguna de ellas. En este sentido, si existe un vicio en la conformación de la terna, éste afecta el acto de elección, pues el Senado no puede escoger a un integrante de una terna ilegalmente conformada[73].

Por consiguiente, la Sala de Conjueces de la Sección Primera del Consejo de Estado consideró que no se vulneró ningún derecho fundamental al accionante y en consecuencia negó el amparo solicitado[74].

Impugnación

El 9 de diciembre de 2014[75], el demandante presentó recurso de apelación con los mismos razonamientos expuestos en la acción de tutela.

Reiteró su argumentación con respecto a la interpretación del artículo 45 del Reglamento del Consejo de Estado y a la posibilidad de optar por un procedimiento distinto en caso de varias rondas de votación infructuosas en los procesos de elección. Adicionalmente, afirmó que el escrito de tutela no calificó el carácter secreto de la votación como una formalidad insustancial, sino que se incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto en la medida en el juez no tuvo en cuenta que la votación pública fue ratificada posteriormente por escrito y de forma secreta[76].

Asimismo, el peticionario resaltó que el juez de primera instancia no se pronunció sobre el defecto procedimental absoluto que se configuró al omitir notificar y correr traslado de la demanda al Consejo de Estado y sobre la inaplicación del trámite definido en el artículo 115 para la designación de conjueces[77].

Además, reiteró que la Sección Quinta del Consejo de Estado no era competente para

conocer de la nulidad del acto administrativo de elección, en la medida en que se pronunció de fondo sobre un acto administrativo de conformación de la terna proferido por el Consejo de Estado, que debía ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia. Enfatizó en que la autoridad judicial demandada comprometió su imparcialidad pues fue juez y parte al fallar su propio acto[78]. Igualmente, el peticionario indicó que la acción de tutela sí constituye el mecanismo de defensa judicial idóneo para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la participación política, en la medida en que no existe otro recurso que otorgue de forma inmediata y urgente el amparo solicitado[79].

Finalmente, el actor manifestó que no contó con todas las garantías procesales en el trámite de tutela. Lo anterior, debido a que el a quo decidió revocar la decisión de decretar los testimonios de los consejeros de Estado Mauricio Fajardo Gómez y Augusto Hernández Becerra los cuales ya habían sido decretados desde el auto admisorio de la demanda[80].

Fallo de segunda instancia

Mediante sentencia del 11 de mayo de 2015[81], la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado revocó la totalidad de la sentencia impugnada, amparó los derechos fundamentales del demandante al debido proceso, de acceso a la justicia y a la participación en la conformación, ejercicio y control de poder político.

En particular, el juez de segunda instancia consideró que el asunto objeto de estudio tiene relevancia constitucional en la medida en que se cuestiona el ejercicio del procedimiento electoral en la cúpula de la jurisdicción Contencioso Administrativa[82]. Adicionalmente, afirmó que cumple con el requisito de subsidiariedad, en la medida en que el peticionario solicitó la nulidad de la sentencia censurada por indebida conformación de la Sala de Decisión, por falta de competencia, por indebida interpretación de la norma y la imposibilidad de que el Consejo de Estado juzgue su propio acto. Tal recurso fue rechazado por improcedente el 28 de julio de 2014 por considerar que la causal de indebida designación de conjuces se alegó de forma extemporánea de acuerdo con lo establecido en el artículo 284 del CPACA[83] y porque los defectos alegados no son causales de revisión. En este sentido, el juez de alzada consideró que se cumple con el presupuesto de subsidiariedad[84].

Por otra parte la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado analizó la

configuración de los requisitos específicos de procedencia de tutela contra providencias judiciales de la siguiente manera:

a) De los defectos supuestamente configurados durante el trámite de la acción de nulidad electoral

El juez de segunda instancia determinó que en el presente asunto no se configuraron los defectos alegados por el peticionario, en relación con la falta de competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer la solicitud de nulidad electoral, el desconocimiento del trámite establecido para la designación de conjueces y la notificación del auto admisorio al Consejo de Estado. Lo anterior, debido a que ninguno de ellos fue invocado por el accionante en el transcurso del proceso, por lo que el juez de tutela no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron debidamente expuestos ante el juez natural[85].

b) De los supuestos defectos configurados en la sentencia del 25 de junio de 2014, proferida dentro del proceso de acción de nulidad electoral

Como un asunto preliminar, la Sala de Conjueces de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que si en este caso se encontraban configurados los defectos sustantivo y procedimental por exceso ritual manifiesto, también se podría generar un defecto fáctico, en la medida en que la providencia demandada se quedaría sin sustento probatorio que permitiera sostener legalmente la decisión. En este sentido, consideró que era necesario evaluar las pruebas en las que se fundamentó el a quo en su sentencia[86].

El juez de segunda instancia consideró que a partir de la revisión del acta y del audio en los que se registra la sesión de la Sala Plena del Consejo de Estado del 6 de marzo de 2013, se evidencia que la ronda de votación número 13 en la que se votó que los demás integrantes de la terna fueran Martha Lucía Zamora Ávila y Alberto Rojas Ríos obtuvo un total de 21 votos por medio del mecanismo de ponerse de pie. No obstante, en consideración a que se presentó una controversia sobre la validez de la votación en relación con el Reglamento, se decidió ratificar la votación en una nueva ronda de forma escrita y secreta para ajustarse al procedimiento literal de dicha normativa, en la que la pareja tuvo una votación de 23 votos, es decir diferente a la anterior[87].

Adicionalmente, el juez de alzada señaló que sólo después de que se realizó la ronda de votación número 14, el presidente de la Sala Plena preguntó si se declaraban elegidos esos dos nombres y constituida la terna para la Corte Constitucional[88].

Con fundamento en lo anterior, la Sala de Conjueces de la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto fáctico al valorar las pruebas del expediente, al considerar que las rondas 13 y 14 fueron una sola y atribuirle a las dos los mismos defectos. Según el juez de segunda instancia, la indebida valoración de las pruebas configuró los defectos sustantivo y procedimental por exceso ritual manifiesto alegados por el peticionario por lo que se encuentran vulnerados sus derechos fundamentales[89].

En consecuencia, el juez de alzada resolvió revocar la sentencia de primera instancia, amparó los derechos fundamentales alegados por el accionante, dejó sin efectos la sentencia censurada y ordenó a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial y a la presidenta de la Corte Constitucional disponer lo necesario para el reintegro del señor Alberto Rojas Ríos en el ejercicio de su cargo como magistrado de la Corte Constitucional.

D. Actuaciones en sede de revisión

Mediante auto del 31 de julio de 2015, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional seleccionó para revisión el expediente de tutela de la referencia, que por reparto le correspondió al magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

El 27 de abril de 2016 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió asumir el conocimiento del proceso para que fuera fallado por el pleno de esta Corporación.

El 25 de mayo de 2016 el magistrado Mendoza Martelo presentó su impedimento para sustanciar y decidir sobre la tutela objeto de estudio. Por medio de auto del 29 de junio de la misma anualidad, la Sala Plena de esta Corporación aceptó el impedimento formulado, apartó al referido magistrado del conocimiento del presente proceso y remitió el expediente T-5.027.021 al despacho de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado para elaborar la ponencia correspondiente.

En la sesión de Sala Plena del 13 de julio de 2016, la magistrada sustanciadora manifestó su

impedimento para conocer y sustanciar el proceso de la referencia, sin embargo, éste fue negado mediante auto del 3 de agosto de la misma anualidad.

En esa misma fecha, el magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez se declaró impedido para conocer del proceso objeto de estudio. No obstante, éste fue negado por la Sala Plena de esta Corporación el 17 de agosto de la misma anualidad.

El 10 de agosto de 2016, los magistrados Alejandro Linares Cantillo y María Victoria Calle Correa presentaron su manifestación de impedimento para resolver el presente asunto. Mediante auto del 7 de septiembre de 2016, se negó la solicitud presentada por el magistrado Linares, y por medio de auto del 8 de febrero de 2017 se aceptó el impedimento de la magistrada Calle.

El 26 de octubre de 2016 el magistrado (e) Aquiles Arrieta Gómez presentó su impedimento para participar en el proceso de la referencia, con fundamento en los artículos 2, 126 y 209 de la Constitución Política, el cual fue aceptado el 15 de febrero de 2017.

Posteriormente el 3 y el 17 de marzo de 2017, respectivamente, los magistrados (e) Iván Escruce Mayolo y José Antonio Cepeda Amarís presentaron sus impedimentos para conocer de la tutela objeto de estudio por las mismas razones citadas previamente. Estos fueron aceptados mediante autos proferidos el 8 y el 29 de marzo de la misma anualidad.

Por lo anterior, el 19 de abril de 2018 la Sala Plena de la Corte Constitucional designó como Conjueces a los doctores Juan Ramón Martínez Vargas y a Catalina Botero Marino y ordenó se les enviara copia del respectivo proyecto y de les informara la fecha en la cual se llevaría a cabo la Sala.

De igual manera el conjuce Juan Ramón Martínez Vargas presentó solicitud para que la Sala Plena determinara si se podría encontrar en cualquier situación o causal prevista en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004. Dicha solicitud no fue aceptada por la Sala Plena de la Corporación.

El 24 de mayo del año en curso la Sala Plena estudió el proyecto de sentencia presentado por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, sin embargo, este no fue acogido. Por esta razón, mediante auto del 25 de mayo de 2018, el expediente fue enviado al despacho de la

magistrada Cristina Pardo Schlesinger para que fuera elaborado el texto del fallo aprobado.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, que fue escogida para revisión por medio del Auto del 31 de julio de 2015, proferido por la Sala de Selección Número Siete, con fundamento en lo prescrito por el inciso 2º del artículo 86, y el numeral 9º del artículo 241, ambos de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto revisión y planteamiento del problema jurídico

El accionante indicó que el 6 de marzo de 2013 la Sala Plena del Consejo de Estado aprobó por mayoría la terna de la cual se elegiría el remplazo del magistrado Humberto Sierra Porto en la Corte Constitucional. Señaló que la referida terna se configuró por Alejandro Linares Cantillo, Martha Lucía Zamora Ávila y Alberto Rojas Ríos.[90] Señaló que el 10 de abril de 2013 la plenaria del Senado de la República lo eligió para ejercer el cargo de magistrado de esa Corporación.[91]

El 24 de mayo de 2013, en ejercicio de un proceso de nulidad electoral, el ciudadano Pablo Bustos Sánchez demandó el acto mediante el cual se eligió al accionante para ejercer el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional. Según adujo el actor, la demanda tuvo dos fundamentos: (i) que el señor Alberto Rojas Ríos no cumplía con el requisito establecido en el numeral 4º del artículo 232 de la Constitución[92] y, (ii) que al momento de elegir la terna de candidatos el Consejo de Estado desconoció su propio reglamento “al haberse pretermitido el mecanismo de votación secreta definido para el efecto”.[93]

Mediante sentencia proferida el 25 de junio de 2014, la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió declarar la nulidad del acto que lo eligió para ejercer el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, por considerar que se probó la irregularidad alegada por el demandante en lo relacionado con el procedimiento de conformación de la terna, en la medida en que se omitió el requisito de votación secreta en la elección de los candidatos que conformaron la terna de la cual resultó elegido.

Por lo anterior, el señor Alberto Rojas Ríos interpuso acción de tutela en contra de la referida sentencia pues consideró que tal providencia vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al ejercicio de cargos públicos, al declarar la nulidad de su elección para el ejercicio del cargo de magistrado de la Corte Constitucional.

De conformidad con los hechos descritos corresponde a la Sala Plena resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Incurre un Tribunal en una vía de hecho por defecto orgánico al conocer una acción de nulidad electoral de un acto administrativo proferido por la Sala Plena de la misma Corporación?
2. ¿Incurre un Tribunal en una vía de hecho por defectos sustantivo y procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto al encontrar probada una irregularidad en la elección de una terna para elegir un magistrado de la Corte Constitucional, que debe hacerse por voto secreto, en la que se utiliza un procedimiento adicional, después de varias votaciones sin un resultado, en el que se pone de manifiesto públicamente la intención de voto, aun cuando la norma que regula dicha elección señala que toda elección debe hacerse por voto secreto y que en caso de reiteradas votaciones sin poder elegir la Corporación puede, para el caso específico, optar por otro procedimiento?

Antes de dar solución a estos asuntos, la Sala Plena inicialmente hará el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Posteriormente, con base en la jurisprudencia constitucional hará referencia a los siguientes temas: (i) el derecho de los electores de mantener el carácter secreto del voto en la elección de una terna para la elección de un Magistrado de la Corte Constitucional (ii) la procedencia de la acción de nulidad electoral en contra de actos administrativos complejos (iii) el defecto orgánico como causal específica de procedibilidad de tutelas contra providencias judiciales (iv) los defectos sustantivo, fáctico y procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y finalmente, (v) procederá a resolver el caso concreto.

1. Análisis sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución estableció que toda persona tendría en todo momento y lugar la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.[94]

Como desarrollo de esta norma Superior la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que quebranten los derechos fundamentales de las partes y se aparten de los mandatos constitucionales.[95] No obstante, ha reiterado que ésta procedencia es excepcional en atención a los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela de que trata la misma Constitución.[96]

Para definir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales la Corte Constitucional ha señalado que es necesario establecer el cumplimiento de dos tipos de requisitos: generales y específicos.[97]

De acuerdo con la línea jurisprudencial uniforme y actual de esta Corporación desde la sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedibilidad para que proceda de forma excepcional la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que la cuestión que se discuta sea de relevancia constitucional (ii) que se cumpla con el requisito de subsidiariedad, esto es, que se hayan agotado todos los recursos judiciales disponibles, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, es decir, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la violación así como los derechos vulnerados; y (iv) que no se trate de sentencias de tutela.

Los requisitos específicos en cambio son una serie de defectos graves cuya ocurrencia configura una vía de hecho por parte del operador judicial afectando el derecho fundamental al debido proceso de las partes en dentro del litigio. Estos son (i) defecto orgánico: ocurre cuando que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; (ii) defecto procedimental absoluto: se produce cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; (iii) defecto fáctico: surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (vi) defecto material o sustantivo: son los casos en que se decide

con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (v) error inducido: se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) decisión sin motivación: implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; (vii) desconocimiento del precedente constitucional: ocurre cuando el juez aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado; y (viii) violación directa de la constitución. Sobre algunos de los defectos se profundizará más adelante.

Adicionalmente esta Corporación ha reiterado que la tutela contra providencias judiciales de altas Corporaciones es más restrictiva. En ese sentido ha señalado que solo es procedente cuando es definitivamente incompatible con el alcance y límite de los derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o cuando se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención del juez constitucional.[98]

Así pues, la acción de tutela solo es procedente contra providencias judiciales cuando se advierte que la decisión respectiva se opone a los postulados constitucionales y el análisis del juez debe restringirse a realizar el análisis sobre dicha oposición.

Análisis sobre el cumplimiento de los requisitos generales para el caso que se analiza

La Sala observa que en este caso se cumplen los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

En primer lugar, el asunto que se debate es de relevancia constitucional en la medida que se estudia el proceso de elección de uno de los magistrados de la Corte Constitucional, lo cual afectará su permanencia y el ejercicio del cargo en esta Corporación.

En segundo lugar, se demuestra que la acción de tutela se interpuso en un término razonable. En efecto, la sentencia que declaró la nulidad del acto que eligió al peticionario como magistrado de la Corte Constitucional se emitió el 25 de junio de 2014[99] y la tutela

se presentó el 16 de julio de la misma anualidad, es decir, 21 días después de haberse proferido la providencia censurada.

En tercer lugar, el demandante identificó los hechos que generaron la presunta vulneración de sus derechos, así como los defectos en los que probablemente incurrió el Tribunal demandado. Los argumentos de la demanda, los hechos manifestados por el actor y las pruebas documentales aportadas en el proceso, demuestran que la alegada vulneración se deriva de la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la que se declaró la nulidad del acto que lo eligió para ejercer el cargo de magistrado de esta Corporación, bajo el argumento de que la Sala Plena del Consejo de Estado incumplió la regla de voto secreto establecida en el artículo 45 del Reglamento Interno de dicha entidad en el proceso de elección de la terna para el ejercicio del referido cargo. Lo anterior implicaría un defecto sustantivo por indebida interpretación de la norma en el caso concreto, pues el peticionario considera que la vulneración de sus derechos fundamentales se deriva del análisis de la norma contenida en el de forma descontextualizada, lo que genera un defecto sustantivo. Lo anterior, por considerar que la misma disposición legal en la que se fundamentó el fallo en su párrafo permite a los consejeros de Estado acoger otro procedimiento cuando se presenten reiteradas votaciones sin poder elegir un candidato.

En cuarto lugar, la acción de tutela no se dirige contra un fallo de tutela. El demandante acusa la sentencia proferida el 25 de junio de 2014, mediante la cual se declaró la nulidad del acto que lo eligió para ejercer el cargo de magistrado de la Corte Constitucional.

En quinto lugar, en relación con el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, el inciso 4 del artículo 86 de la Norma Superior consagra dicho principio como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que ésta solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo aquella que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece que el amparo constitucional será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

En relación con este requisito esta Corporación ha dicho que por regla general la acción de

tutela procede de manera subsidiaria y por lo tanto no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos en la ley. Adicionalmente estableció que no se puede abusar del amparo constitucional ni evitar el agotamiento de la jurisdicción ordinaria o contenciosa, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que no ha sido consagrado para reemplazar los medios ordinarios existentes. [100]

La Corte encuentra que, dado que la acción de nulidad electoral es un proceso de única instancia, el accionante solo contaba con el recurso extraordinario de nulidad como mecanismo judicial para controvertir los defectos sustantivo y procedimental por exceso ritual manifiesto. Recurso que como consta en el expediente fue interpuesto por el accionante y rechazado por improcedente el 28 de julio de 2014.[101] De manera que se cumple con el requisito de subsidiariedad exigido en estos casos para que la Corte profiera un pronunciamiento de fondo.

2. El derecho de los electores de mantener el carácter secreto del voto en la elección de una terna para la elección de un Magistrado de la Corte Constitucional

El artículo 113 de la Constitución estableció que el poder legislativo, ejecutivo y judicial son ramas del poder público, y que éstas junto con los órganos autónomos e independientes, aunque tienen funciones separadas, colaboran de manera armónica para la realización de los fines del Estado, como característica elemental del principio de separación de poderes.[102]

Este Tribunal ha reconocido la importancia y el alcance fundamental del principio constitucional de separación de poderes. Ha indicado que constituye un elemento esencial del ordenamiento constitucional en tanto instrumento de limitación de poder y de garantía de derechos y libertades fundamentales. Además ha señalado una serie de acciones que lo materializan, así por ejemplo: (i) la identificación de las funciones del Estado, (ii) la atribución de dichas funciones a órgano estatales diferenciados, (iii) la garantía de que cada órgano goce de independencia, en el sentido que debe estar exento de injerencias externas en el desarrollo de su función y, (iv) la garantía de que cada órgano goce de autonomía, en el sentido que debe poder desenvolverse y desplegar su actividad por sí mismo, y autogobernarse,[103] son actividades que resultan básicas para definir el equilibrio en el

ejercicio del poder público.

Una de las manifestaciones de la separación de poderes y del control recíproco entre diferentes instituciones estatales es la función que tienen los máximos órganos de cada una de las ramas del poder público para nominar y elegir a los miembros de otras entidades del Estado.[104]

El artículo 239 constitucional, por ejemplo, dispone que los magistrados de la Corte Constitucional deben ser elegidos por el Senado de la República de ternas que envía el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Este mecanismo de elección resulta ser indispensable para el desarrollo del principio de separación de poderes, pues el sistema está orientado sobre la base de controles recíprocos entre las ramas del poder público.

Respecto de esta elección, hasta el año 2015 el artículo 232 numerales 3º y 4º de la Constitución señalaba los requisitos especiales que debía cumplir un abogado para ser elegido y ejercer como tal: (i) no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos y culposos, (ii) haber desempeñado durante 10 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.

En relación con los procedimientos de elección de las ternas, estos se encuentran debidamente reglamentados en cada una de las Corporaciones. En el caso particular del Consejo de Estado dichos procedimientos fueron establecidos en el artículo 45 del Acuerdo 59 de 1999. Esta normativa estableció, antes de ser reformada,[105] por un lado, el carácter secreto del voto y por otro, la discrecionalidad para establecer otros procedimientos en los casos en los que se hiciera reiterado el número de votaciones sin concluir una elección:[106]

Artículo 45. Toda elección se hará por voto secreto. Si la Constitución o la ley señalan el mínimo de votos necesarios para elegir, este será el de las dos terceras partes de los miembros que componen el Consejo, la Sala, Sección o Subsección a la que corresponda la elección.

Parágrafo: en caso de retiradas votaciones sin poder elegir, la Corporación podrá para este caso específico, optar por otro procedimiento.

De esta norma se desprendían tres premisas básicas: (i) toda votación debía hacerse por voto secreto, (ii) los candidatos eran elegidos por dos terceras partes de los magistrados en ejercicio, salvo disposición legal o constitucional en contrario; y (iii) en caso de que se hubieren desarrollado varias votaciones sin llegar a una elección, la Corporación tenía la facultad de optar por otro procedimiento.

En relación con la primera premisa, la garantía del carácter secreto del voto para cumplir con las funciones electorales y nominadoras que ejerce un órgano judicial tiene su razón de ser en la necesidad de asegurar dichas funciones sin ningún tipo de coerción o influencia, así como de presiones indebidas. En otras palabras, la votación secreta es el mecanismo más ajustado al objetivo superior de preservar la independencia e imparcialidad en los procesos de nominación y elección de dignatarios.

De la norma citada es razonable inferir que existía una prohibición para que la Sala Plena aplicara una forma de votación que suprimiera la garantía del voto secreto en los procesos electorales y de nominación que se desarrollaran en el Consejo de Estado.

La finalidad de la garantía de que el voto pueda ser secreto es asegurar la plena independencia del elector en ejercicio pleno del poder público correspondiente. La propia Corte Constitucional ha reconocido que una elección es un acto eminentemente político y, en él, los funcionarios ejercen la soberanía que les es conferida en virtud de lo establecido el artículo 3 de la Constitución.[107]

No obstante lo anterior, el carácter secreto del voto es un derecho mas no una obligación. Así por ejemplo, si uno de los electores decide de forma autónoma y libre hacer público su voto este no pierde validez, pues se trata de una decisión autónoma del votante.

En el caso del ejercicio de la función nominadora de las altas corporaciones judiciales, ésta es obligatoria y suscita naturalmente una deliberación en la que se hacen explícitas las preferencias. En este contexto, la real posibilidad de ejercer el derecho al secreto del voto radica en la ausencia de presión para revelar el sentido del mismo, sumado al instrumento mismo del voto, que debe ser adecuado para garantizar la reserva, mas no en la

inexistencia de deliberaciones o discusiones que conduzcan a la toma de la decisión, y que en el contexto de tales deliberaciones se hagan explícitas voluntariamente las preferencias de los magistrados.

3. Procedencia de la acción de nulidad electoral en contra de actos administrativos complejos

La acción de nulidad electoral se encuentra consagrada en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y dispone lo siguiente:

Artículo 139. Nulidad Electoral. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.[108]

De igual forma el artículo 149 de esa misma normatividad estableció que el Consejo de Estado tiene la competencia de conocer en única instancia de la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus Cámaras y sus Comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las Comisiones de Regulación.[109]

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el carácter constitucional de este medio de control. Ha dicho que se trata de una acción pública especial de legalidad y de impugnación de un acto administrativo de elección o de nombramiento, a la que puede acudir cualquier ciudadano dentro de los términos establecidos en la ley, con el fin de discutir ante la jurisdicción contenciosa administrativa la legalidad del acto de elección, la protección del sufragio y el respeto por la voluntad del elector.[110]

Ha señalado que el objeto principal de la acción de nulidad electoral es determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales (...).[111] Ha resaltado su carácter público en la medida que cualquier persona puede solicitar la nulidad de los actos electorales bajo la

lógica que quien actúa representa el interés general para esclarecer la forma en que se realizó una elección y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la ley.[112] De igual forma ha resaltado la brevedad con la que opera la caducidad de la acción, de 20 a 30 días, en concordancia con el mandato establecido en el artículo 264 de la Constitución que señala el término de un año para decidir la acción de nulidad electoral, sin perjuicio de los casos que se tramitan en procesos de única instancia cuya término para decidir no puede exceder los 6 meses.[113]

El Consejo de Estado por su parte también se ha pronunciado sobre las particularidades de la acción de nulidad electoral. En ese sentido ha establecido que éste recurso es una especie de la acción de nulidad simple contemplada en el artículo 84 del Código de Procedimiento Administrativo que sirve para debatir la legalidad de nombramientos o de actos de la administración de naturaleza electoral y para cuyo trámite tiene disposiciones específicas, no excluyentes, a partir del artículo 223 del mismo Código.[114]

Luego en el año 2015 la Corte Constitucional en sentencia de unificación determinó los elementos que caracterizaban la acción de nulidad electoral así:

- a) Se trata de una acción pública que puede ser ejercida por el Ministerio Público o por cualquier otro ciudadano que quiera discutir la legalidad del acto de la elección.
- b) Tiene la finalidad de proteger las condiciones de elección y elegibilidad establecidas por la ley,[115] por lo que sus objetivos son tres: (i) garantizar la constitucionalidad y la legalidad de la función administrativa; (ii) salvaguardar la independencia y eficacia del voto y el uso adecuado del poder administrativo en la designación de servidores públicos; (iii) preservar la validez de los actos administrativos que regulan aspectos de contenido electoral con el fin de materializar el principio de democracia participativa como base del Estado Social de Derecho.[116]
- c) El principio pro actione es propio de este medio de control, lo que quiere decir que las normas procesales son instrumentos o medios para la materialización del derecho sustancial.[117]
- d) La nulidad electoral se origina en la violación de las disposiciones que regulan los procesos y decisiones electorales y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que

existe para los ciudadanos elegidos por votación popular para ocupar cargos públicos.[118]

e) Las pretensiones en la acción de nulidad electoral solo están dirigidas a los siguientes asuntos: (i) restaurar el orden jurídico abstracto vulnerado por un acto ilegal o inconstitucional, es decir, aquellas que busquen dejar sin ningún efecto jurídico la regulación electoral, la elección o nombramiento irregulares; (ii) retrotraer la situación abstracta anterior a la elección o nombramiento irregulares; y (iii) sanear la irregularidad que constata el acto inválido.

f) La acción deja sin efectos un acto administrativo de contenido electoral, previa invocación, sustentación y prueba del hecho alegado que debe encontrar tipificación en una de las causales de nulidad del acto acusado, dispuestas por la ley.

g) Por ser una acción de nulidad la sentencia tendrá efectos erga omnes, es decir generales, por lo que incluye incluso, desde el punto de vista electoral, a todos aquellos que pudiendo haber participado en el proceso, se marginaron voluntariamente del mismo o no concurrieron a él.[119]

En relación con el tipo de actos administrativos sobre los cuales procede la acción de nulidad electoral cabe señalar que, en principio, ésta procede en contra aquellos actos de carácter electoral que son definitivos en tanto ponen fin a la elección. Sin embargo, existen eventos en los que ciertos órganos que participan en el proceso de elección profieren actos previos y preparatorios de la elección que, aunque no la definen ni la declaran, si resultan indispensables para que el acto de nombramiento se produzca. Es el caso de la conformación de ternas de candidatos a un cargo, cuya designación está en cabeza de un órgano diferente al que la elabora.

Estos actos preparatorios o previos son denominados en la teoría clásica del derecho administrativo, actos de trámite, en contraposición a los actos definitivos.

El ordenamiento jurídico colombiano contempla la clasificación entre actos administrativos definitivos y actos administrativos de trámite. Respecto de los primeros, el artículo 43 del CPACA los define como aquellos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.

Por su parte los de trámite son considerados actos preparatorios, de ejecución y en general, todos los actos de impulso procesal, los cuales no crean, modifican o extinguen una situación jurídica concreta, sino que están encaminados a contribuir a su realización. En relación con estos últimos la Corte he dicho que se trata de un conjunto de acciones intermedias que preceden la formación de decisiones de la administración que se plasma en el acto definitivo, pero no son los que expresan en conjunto la voluntad de la administración.[120]

Esta diferenciación resulta relevante para determinar los mecanismos de contradicción. En efecto, mientras el artículo 74 del CPACA prevé los recursos que proceden contra los actos definitivos, el artículo 75 establece que no hay recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, ni contra los preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en la norma expresa.

Respecto de este tema la jurisprudencia constitucional ha señalado que los actos de trámite son aquellos que disponen los elementos de juicio que se requieren para que se pueda adoptar una decisión definitiva. Así mismo enfatizó que los únicos actos susceptibles de ser demandados son los definitivos y no los de trámite, en la medida que su control jurisdiccional se ejerce al tiempo con el acto definitivo que pone fin a la actuación.[121] En este sentido la Corte señaló lo siguiente:

(...) por regla general los actos definitivos, para ser controvertibles ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, imponen como requisito previo para demandar, el agotamiento de los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. Así las cosas, el ordenamiento jurídico exige la impugnación de la actuación administrativa, con miras a que la propia Administración tenga la posibilidad de revisar la juridicidad o legalidad del acto, con el fin de que lo aclare, modifique o revoque. Esta circunstancia no se presenta respecto de los actos de trámite o preparatorios, ya que los mismos no le ponen fin a una actuación, más allá de que contribuyan a su efectiva realización. De este modo, mientras los primeros inciden en la formación del criterio de la Administración, los segundos se limitan a dar movimiento y celeridad al desarrollo de una función.[122]

El Consejo de Estado también se ha pronunciado en relación con la diferencia entre actos definitivos y actos de trámite. Particularmente ha señalado que el acto por medio del cual

se elige una terna, para que el órgano correspondiente realice la elección, constituye un acto de trámite. Como ocurrió en la providencia en la que la Sala Plena de ese Alto Tribunal rechazó la demanda de nulidad interpuesta contra un acto de integración de una terna para la elección de un magistrado de la Corte Constitucional. En esa oportunidad señaló:

En ese orden de ideas la legalidad de los actos preparativos o de trámite en un proceso electoral se discute de manera unificada con el acto de elección y no son demandables de forma anticipada, no obstante, la legalidad de su formación afecta necesariamente la elección que se produzca. Por esta razón, la demanda recae en contra del acto de elección aun cuando la irregularidad se predique de alguno de los actos intermedios.

Esta interdependencia de las diferentes manifestaciones de voluntad que ocurren a lo largo de un proceso electoral para designar funcionarios públicos, se caracteriza por un grado de relación que las hace indispensables para la toma de la decisión final de elección, pero que consideradas aisladamente no generan efectos jurídicos. De manera que un proceso electoral de esta naturaleza se puede considerar como un acto administrativo complejo.

La Corte Constitucional ha definido los actos administrativos complejos como aquellos que cuentan con unidad de contenido y unidad de fin aun cuando provienen de la manifestación de la voluntad de órganos distintos. Al respecto ha señalado lo siguiente:

“(…) se trata de la expedición de actos administrativos complejos, entendiendo por tales aquellos que resultan “del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad. En todo caso es necesario para que exista un acto complejo que haya unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para formar un acto único. En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la fusión de la voluntad de los órganos que concurren a formarla o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto. Si las voluntades que concurren a la formación del acto son iguales, el acto se forma por la fusión de las distintas voluntades; si son desiguales, por la integración en la principal de las otras. Habrá integración de voluntades cuando un órgano tiene facultad para adoptar una resolución, pero ese poder no podía ejercerse válidamente sin el concurso de otro órgano.”[124]

En síntesis, la acción de nulidad electoral es un medio de control de legalidad de actos

administrativos de elección o de nombramiento definitivos que a su vez son denominados actos administrativos complejos por resultar de la voluntad de diversos órganos que se unen en sola voluntad.

4. Defecto orgánico como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 29 de la Constitución estableció que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente hace parte de la garantía del debido proceso.[125] Con fundamento en este precepto constitucional la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que se está frente a un defecto orgánico cuando un funcionario judicial que profiere una decisión carece de forma absoluta de competencia para hacerlo.[126] En este sentido, ha dicho que este defecto puede llegar a configurarse en dos situaciones: (i) cuando el peticionario se encuentra supeditado a una situación en la que existe una actuación consolidada y no tiene otro mecanismo de defensa (por ejemplo cuando una decisión está en firme y se observa que el fallador carecía de manera absoluta de competencia); [127] y (ii) durante el transcurso del proceso el accionante puso de presente las circunstancias de incompetencia absoluta, y dicha situación fue desechada por los jueces de instancia, incluso en el desarrollo de recursos ordinarios y extraordinarios, validándose así una actuación erigida sobre una competencia inexistente.[128]

5. Los defectos sustantivo, fáctico y procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Defecto factico

La Corte Constitucional ha sostenido que el defecto fáctico se presenta cuando “resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”, [129] o cuando “se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia.[130] Así, ha indicado que “el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según

las reglas generales de competencia (...)."[131]

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha concluido que en el defecto fáctico se presentan dos dimensiones:[132]

“la primera ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa[133] u omite su valoración[134] y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.[135] Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez[136]. La segunda se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnera la Constitución.”[137]

De tal manera, que el señalado vicio se puede manifestar así:

“(i) Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas[138]. La

Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, generando en consecuencia la indebida conducción al proceso “de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.”[139]

(ii) No valoración del material probatorio allegado al proceso judicial.[140] Esta hipótesis tiene lugar, cuando la autoridad judicial a pesar de que en el respectivo proceso existen elementos probatorios, “omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.”[141]

(iii) Valoración defectuosa del acervo probatorio.[142] Esta situación tiene lugar, cuando el operador jurídico decide separarse por completo de los hechos debidamente probados, y resuelve a su arbitrio el asunto jurídico puesto a su consideración, o cuando aprecia una

prueba allegada al proceso que se encuentra viciada.”[143]

Cabe resaltar que cuando se trata del ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales, esta solo es procedente cuando la interpretación sea irrazonable. Especialmente si se trata de sentencias judiciales proferidas por Altas Cortes, pues estas en ejercicio de la actividad jurisdiccional tienen las funciones de unificación de jurisprudencia y de interpretación de las normas legales y reglamentarias.

Defecto sustantivo

Una vía de hecho por la existencia de un defecto sustantivo en una providencia judicial ocurre cuando el operador judicial se apoya en una norma que es evidentemente inaplicable en un caso concreto.[144] Este tipo de defecto tiene su fundamento en que el límite a los principios de autonomía en independencia judiciales es precisamente el orden jurídico preestablecido y los derechos fundamentales de las partes procesales. [145]

- (i) cuando se aplica una norma que ha sido derogada y en consecuencia no produce efectos jurídicos,
- (ii) cuando la norma ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional
- (iii) cuando la norma es inconstitucional y el juez se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad;
- (iv) cuando la norma no está vigente o a pesar de estarlo y ser constitucional, no se adecua a las circunstancias del caso
- (v) cuando la aplicación de una norma es irracional y desproporcionada en contra de los intereses de una de las partes del proceso
- (vi) cuando el juez desconoce el precedente horizontal o vertical
- (vii) cuando la norma aplicable al caso no es tenida en cuenta por el fallador.

Defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto

La jurisprudencia constitucional ha establecido que un juez incurre en una vía de hecho por

defecto procedimental absoluto en alguna de las siguientes circunstancias: (i) cuando no aplica la norma procesal acorde con el procedimiento de que se trate,[146] o (ii) cuando excede la aplicación de formalidades procesales que hacen nugatorio un derecho.[147]

Estas actuaciones implican la negación por parte del operador judicial del derecho sustancial y en consecuencia una vulneración a los derechos fundamentales.[148]

En esos casos la aplicación del derecho procesal por parte del juez se convierte en un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y en ese orden, en una denegación de justicia.[149] Así, la exigencia irreflexiva del cumplimiento de los requisitos formales[150] o el rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas[151] constituyen una violación al debido proceso y a la administración de justicia.

En relación con el derecho al debido proceso tal defecto se configura cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso distinto al aplicable o porque omite una etapa sustancial de este. En lo que se refiere a la afectación del derecho al acceso a la administración de justicia el defecto se produce cuando se ponen trabas al proceso y se viola el principio de prevalencia del derecho sustancial con fundamento en un exceso ritual manifiesto, es decir, cuando convierte los procedimientos en un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial.[152]

Para identificar de forma clara en qué casos se está frente a un defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto, la Corte ha señalado una serie de elementos que deben concurrir,[153] a saber:

- (i) Que no exista la posibilidad de corregir el error por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela;
- (ii) Que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales;
- (iv) Que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales.

En relación con este tema la Corte ha indicado que cuando el derecho procesal se convierte en un obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial expresamente

reconocido por el juez, mal haría este en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material.[154] Si ese fuera el caso, el juez incurriría en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto, pues sería una decisión en la que habría una renuncia consiente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales, convirtiéndose así en una aplicación de la justicia material.[155]

Así las cosas, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto es el resultado de una concepción del procedimiento a tal punto que este mismo resulta siendo un obstáculo para la realización del derecho sustancial. En consecuencia, la justicia material y el derecho sustancial se tornan indispensables para que el juez realice el proceso valorativo. En ese sentido, no existen requisitos sacramentales inamovibles en materia probatoria o procesal, pues el juez debe valorar cuál es el mecanismo más efectivo para proteger los derechos fundamentales de las partes, de acuerdo con las particularidades de cada caso concreto.[156]

6. Análisis del caso concreto

Como se expuso en las consideraciones fácticas de esta sentencia, el señor Alberto Rojas Ríos considera que la sentencia del 25 de junio del 2014, por la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de su elección como Magistrado de la Corte Constitucional, violó sus derechos al debido proceso, de acceso a la justicia y al ejercicio de cargos públicos al incurrir en una vía de hecho por la ocurrencia de los siguientes defectos: (i) defecto sustantivo por indebida interpretación del reglamento del Consejo de Estado, (ii) defecto procedimental por exceso ritual manifiesto al sacrificar la eficacia del voto como consecuencia de una interpretación restrictiva del reglamento del Consejo de Estado, (iii) defecto procedimental absoluto por falta de notificación del auto admisorio de la demanda a la Sala Plena del Consejo de Estado, (iv) defecto orgánico por falta de jurisdicción de la Sección Quinta del Consejo de Estado para juzgar la legalidad y la validez del acto de conformación de la terna y, (v) defecto procedimental absoluto por inaplicación del trámite definido para designar conjueces.

Con fundamento en las consideraciones realizadas anteriormente en esta providencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra que en el caso que se revisa no se cumplieron las condiciones mínimas que dieran lugar configuración del defecto orgánico, como lo sugirió el accionante. No obstante, pudo constatar que la sentencia proferida el 25 de junio de 2014 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual se resolvió declarar la nulidad del acto que eligió al doctor Alberto Rojas Ríos para ejercer el cargo de magistrado de la Corte Constitucional, incurrió en los defectos sustantivo, fáctico y procedimental por exceso ritual manifiesto, por las razones que se exponen a continuación.

No se configura defecto orgánico por falta de jurisdicción en la medida que la elección de un magistrado de la Corte Constitucional es un acto administrativo complejo cuyo control de nulidad es ejercido por el Consejo de Estado

Para la Sala Plena no existió un conflicto de jurisdicción sobre la autoridad competente para conocer de la nulidad en contra de la elección del accionante para el cargo de magistrado de la Corte Constitucional.

En primer lugar, es de advertir que el 11 de julio de 2014 luego de haber sido proferida por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado la sentencia que declaró la nulidad de la elección, el accionante presentó una solicitud al Consejo Superior de la Judicatura en la que se pidió determinar la jurisdicción entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia para conocer del proceso promovido para anular su elección.

El 16 de octubre de 2014 la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura decidió inhibirse de dirimir el conflicto de jurisdicción propuesto por el peticionario por considerar carencia de objeto. En particular señaló que existe un conflicto de jurisdicción cuando se cumplen conjuntamente los siguientes supuestos: (i) un funcionario judicial se encuentra pendiente de decidir un proceso; (ii) surge una disputa positiva o negativa entre el funcionario a cargo del caso y otro que considera que debe conocerlo; (iii) los dos funcionarios hacen parte de jurisdicciones distintas.

Para la referida Sala el presente asunto no se cumplió con ninguno de los presupuestos anteriormente señalados toda vez que ya existía un fallo definitivo y además la Sección Quinta del Consejo de Estado nunca puso en duda ni su competencia ni su jurisdicción para

asumir el caso, ni la Corte Suprema de Justicia consideró que debía conocerlo a pesar de que el accionante puso en conocimiento de dicho Tribunal el asunto.

Al margen de lo anterior, la Sala considera que de conformidad con la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado, un acto administrativo de elección y/o nombramiento es un acto administrativo de carácter complejo puesto que todos aquellos actos previos o preparatorios que son necesarios para realizar la elección definitiva confluyen en una sola unidad, cuyo control de legalidad se realiza a través de la acción de nulidad electoral.

En ese orden de ideas, la conformación de una terna por parte del Consejo de Estado es un acto administrativo preparatorio que no tiene una existencia jurídica independiente y separada de las demás voluntades que se manifiestan a lo largo del proceso de elección de un magistrado de la Corte Constitucional. De suerte así que constituye un acto único indivisible del Acto Administrativo definitivo de elección proferido por el Senado de la República, cuyo control en sede de nulidad es ejercido por el Consejo de Estado.

De esta manera, aun cuando la conformación de la terna es la manifestación de la voluntad de un órgano diferente, en este caso, la Sala Plena del Consejo de Estado, al ser un acto administrativo complejo, esta voluntad confluye y se fusiona a la voluntad de los demás órganos que participan en su formación y por lo tanto no puede ser tratado de forma independiente y separada al acto de elección definitiva que está en cabeza del Senado de la República.

Por todo lo anterior, no es posible afirmar que la Sección Quinta del Consejo de Estado careciera de competencia para llevar a cabo el juicio de nulidad sobre la conformación de la terna para elegir magistrado de la Corte Constitucional, pues de conformidad con el artículo 149 numeral 4º del CPACA el Consejo de Estado es competente para realizar el control de legalidad en única instancia de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, como ocurre en esta oportunidad al tratarse de un acto administrativo complejo.

La interpretación hecha por la Sección Quinta del Consejo de Estado del artículo 45 del Reglamento del Consejo de Estado fue desproporcionada y vulneró los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia del accionante

La Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que la Sala Plena de esa misma Corporación adoptó un mecanismo de votación distinto al previsto en el artículo 45 del Reglamento interno y en consecuencia eliminó la característica esencial del voto, su carácter secreto, en los procesos de nominación de dicho Tribunal previstos en la citada norma. Con base en lo anterior, en sentencia proferida el 24 de junio de 2014 declaró la nulidad del acto que eligió

al señor Alberto Rojas Ríos para ejercer el cargo de magistrado de la Corte Constitucional.

El accionante por su parte estimó que la interpretación de la Sección Quinta del Consejo de Estado configuró un defecto sustantivo en la providencia en la medida que el párrafo de la misma norma autorizó a la Sala Plena del Consejo de Estado a utilizar otro mecanismo de votación en los casos en los que no se hubiere elegido un candidato después de haber realizado varias rondas sin llegar a una elección.

Para la Sala Plena, luego del análisis de las consideraciones planteadas, la interpretación que realizó la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre el artículo 45 ocasionó una vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia del accionante pues configura los defectos sustantivo, fáctico y procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto.

En primer lugar, la Sala estima que la sentencia atacada incurrió en un defecto sustantivo al haber interpretado el artículo 45 del Reglamento del Consejo de Estado (en su redacción vigente para el momento de los hechos) de manera desproporcionada en contra de los intereses del tutelante.

Lo anterior, por cuanto el párrafo de dicha disposición permitía, en caso de reiteradas votaciones sin poder elegir, optar por otro procedimiento o mecanismo de conformación de la decisión electoral. En el caso concreto, el mecanismo adoptado –ponerse de pie para auscultar la viabilidad de una proposición- no podía equipararse a una votación, toda vez que la misma no se dio en ese momento, sino posteriormente mediante papeletas escritas depositadas con la plenitud de las garantías referentes a la calidad secreta del voto y el respeto del quórum decisorio legalmente establecido.

De manera que, en opinión de la Sala, la opción establecida en el párrafo del artículo 45

del Reglamento de optar por otro procedimiento en caso de no llegar a una elección luego de muchas votaciones, no incide en el carácter secreto de la votación, sino más bien implica la posibilidad de optar por mecanismos diversos para lograr consensos entre las mayorías de electores. La opción se da frente a la diversidad de métodos para conseguir acuerdos y no frente al carácter secreto del voto mediante el cual se elige formalmente una terna.

La Sala constató que esta misma práctica o procedimiento ya se había utilizado en por lo menos en una ocasión anterior.

De otra parte, tal como se expuso en las consideraciones de esta providencia, aunque el carácter del voto en este tipo de elecciones es secreto, esta característica se erige como un derecho mas no como una obligación. En el caso del ejercicio de la función nominadora de las altas corporaciones judiciales, esta función es obligatoria y suscita naturalmente una deliberación en la que se hacen explícitas las preferencias. En este contexto, la real posibilidad de ejercer el derecho al secreto del voto radica en la ausencia de presión para revelar el sentido del mismo, sumado al instrumento del voto, que debe ser adecuado para garantizar la reserva.

En este caso, esta garantía no se vio desconocida pues los consejeros no fueron obligados a ponerse de pie, a tal punto que algunos que manifestaron reticencias se mantuvieron sentados en sus sillas, y después participaron voluntaria y libremente en la votación secreta a través de papeleta escrita. El acto de ponerse de pie no es otra cosa que una manifestación no verbal y enteramente voluntaria mediante la cual los magistrados que así lo quisieron hicieron explícito el sentido de su voto, pudiendo hacerlo por cuanto el carácter secreto del voto -se reitera nuevamente- es una garantía mas no una imposición. Este ejercicio no fue propiamente una ronda de votación, sino de explicitación voluntaria perfectamente válida que destrabó el proceso electoral. Aunque algunos llamaron a este ejercicio “la ronda 14”, en realidad, se repite, no fue una votación propiamente dicha.

A juicio de la Sala se produjo también un defecto fáctico, en cuanto el análisis hecho por la Sección Quinta del Consejo de Estado no corresponde a las pruebas que demuestran que finalmente hubo con toda certeza una votación secreta con todas sus garantías, verificada mediante papeleta escrita. La interpretación realizada por la Sección Quinta del Consejo

de Estado no es razonable ni compatible con el ordenamiento constitucional. No es válido afirmar que en el contexto de la elección se suprimió la regla del voto secreto, pues justamente en la última ronda -que algunos llaman la 14- fue cuando se materializó el instrumento de votación que es precisamente el voto secreto.

No es posible considerar que con la última ronda -1a llamada 1- se ratificó la votación pública de la ronda 13, porque en efecto en la ronda 14 se obtuvieron 23 votos y no 21 como ocurrió en la ronda 13. Así las cosas, se trató de dos actividades distintas que no se pueden equiparar. La manifestación voluntaria de las preferencias que está orientada a llegar a un consenso sobre el procedimiento alternativo para hacer efectiva la elección, no le quitó el carácter secreto con el que finalmente se llevó a cabo la elección. Como se expuso en la parte considerativa de este fallo, el carácter secreto del voto no se garantiza por la ausencia de deliberaciones o discusiones sino por el ejercicio real de la independencia y autonomía en el momento de la elección.

Finalmente, el no darle ningún valor a esta última ronda de votación, como si la misma no hubiera existido, configuró un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, pues la posición de la Sección Quinta del Consejo de Estado de considerar que el uso de la opción de modificar el procedimiento establecido en el párrafo del artículo reglamentario citado afecta el carácter secreto del voto y en consecuencia vicia de nulidad la conformación de la terna configura un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, pues interpreta y aplica la norma del reglamento con excesivo rigorismo, afectando la eficacia del voto, la voluntad de la mayoría y la prevalencia del derecho sustancial

.

Por todo lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmará la decisión tomada por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado del 11 de mayo de 2015, la cual revocó el fallo proferido el 3 de diciembre de 2014 por la Sala de Conjuces de la Sección Primera del Consejo de Estado que negó el amparo constitucional y en su lugar concedió el amparo solicitado por el accionante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en

nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión adoptada por la Sala de Conjueces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 11 de mayo de 2015, la cual revocó el fallo proferido el 3 de diciembre de 2014 por la Sala de Conjueces de la Sección Primera del Consejo de Estado, por medio del cual se negó el amparo constitucional solicitado por el accionante.

SEGUNDO.- Por secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

JUAN RAMÓN MARTÍNEZ

Conjuez

CATALINA BOTERO

Conjuez

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

CARLOS BERNAL PULIDO,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Y

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA SU050/18

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL-El ejercicio adelantado por la Sala dista del marco de la acción de tutela contra decisiones judiciales, para entrar a realizar un análisis propio del juez contencioso y a partir de él concluir la equivocación de las sentencias cuestionadas (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL-La sentencia deja de tener en cuenta el valor del voto secreto como mecanismo para garantizar la independencia e imparcialidad en la elección de los magistrados de las altas cortes (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL-Respecto del defecto orgánico alegado no era necesario adoptar un pronunciamiento de fondo, sino que esta censura debió haberse rechazado al incumplir los requisitos formales de la acción de tutela contra decisiones judiciales (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL-Debió declararse la improcedencia de la acción de tutela por incumplimiento del principio de subsidiariedad por cuanto el accionante no agotó los medios de defensa judicial (Salvamento de voto)

PROCESOS DE ELECCION QUE SE DESARROLLAN EN LAS ALTAS CORTES-Voto secreto como regla general (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL-No se configuraron defectos sustantivo, fáctico y procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto por cuanto interpretación del reglamento del Consejo de Estado al anular acto de elección de Magistrado de la Corte Constitucional no fue arbitraria ni desproporcionada (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-5.027.201

Magistrada Ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

1. De manera general, advertimos que lo decidido por la mayoría presenta dos problemas centrales. En primer lugar, el ejercicio adelantado por la Sala dista del marco de la acción de tutela contra decisiones judiciales, para entrar a realizar un análisis propio del juez contencioso y a partir de él concluir la equivocación de las sentencias cuestionadas. Esto en contraposición a los precisos límites que la jurisprudencia constitucional ha planteado

para la tutela contra sentencias, el cual es, ante todo, un juicio sobre la validez de la fallado, más no una nueva instancia para determinar la corrección de los razonamientos planteados por el juez. Estos límites, como también lo ha precisado la jurisprudencia, se hacen más estrictos cuando la sentencia objeto de debate fue proferida por uno de los tribunales de cierre, como sucede en el presente caso.

En segundo lugar, la sentencia de la cual nos apartamos deja de tener cuenta el valor del voto secreto como mecanismo para garantizar la independencia e imparcialidad en la elección de los magistrados de las altas cortes. Esto a través de (i) un argumento insuficiente, el cual desconoce que en el caso analizado efectivamente el voto secreto fue desconocido, lo que otorgaba justificación jurídica, incluso desde la perspectiva constitucional, a lo decidido por el Consejo de Estado; (ii) un ejercicio que excede los límites propios de la tutela contra sentencias, al adentrarse en asuntos propios de la decisión del juez contencioso y, por ende, que no hacen parte del ámbito propio de la jurisdicción constitucional.

2. Para efectos de otorgar un orden metodológico preciso a este salvamento de voto, el mismo será dividido en razón a los defectos planteados por el demandante, a fin de presentar los argumentos que nos hacen separarnos de la sentencia sobre cada uno de esos aspectos.

En relación con el defecto orgánico

3. El actor consideró que en el caso existía un defecto orgánico, derivado de la presunta incompetencia del Consejo de Estado para pronunciarse sobre la nulidad electoral del acto administrativo de designación de la terna para magistrados de la Corte Constitucional. A este respecto, aceptamos el argumento planteado por la mayoría, en el sentido que dicho defecto es inexistente, puesto que la elección de los magistrados de la Corte es un acto complejo, por lo que el escrutinio judicial de las actuaciones preparatorias se subsumen al análisis del acto definitivo, objeto del medio de control adelantado por el Consejo de Estado. Por lo tanto, incluso si en gracia de discusión se analizara de manera sustantiva la posible configuración del defecto alegado, se encuentra que el acto de conformación de la terna tiene la condición propia de los de trámite, siendo objeto de demanda el acto que concluye la actuación, en este caso el proferido por el Senado de la República que decidió la

elección del Magistrado Rojas Ríos. En ese orden de ideas y de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, es el acto definitivo el que determina la competencia, por lo que el asunto fue debidamente asumido por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Con todo, también advertimos que respecto del defecto orgánico alegado no era necesario adoptar un pronunciamiento de fondo, como lo hace la sentencia de la cual nos apartamos, sino que esta censura debió haberse rechazado al incumplir los requisitos formales de la acción de tutela contra decisiones judiciales. En efecto, se debe tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una de las causales de nulidad es justamente la falta de jurisdicción, evento al que se subsume la problemática analizada, lo que demuestra la improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento de la condición de subsidiariedad.

4. Las pruebas obrantes en el expediente evidencian que durante el proceso de nulidad electoral el accionante no agotó los mecanismos correspondientes para cuestionar diferentes actuaciones, a saber:

a) El accionante no agotó los mecanismos correspondientes para cuestionar: la omisión del juez del proceso electoral de notificar y correr traslado del auto admisorio de la demanda a la Sala Plena del Consejo de Estado, la falta de competencia de los conjuces elegidos sin el cumplimiento del proceso establecido en el artículo 115 del CPACA, ni la falta de jurisdicción de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de la nulidad de su elección como magistrado de la Corte Constitucional. En efecto, pudo haber solicitado la nulidad del proceso en distintas etapas -de acuerdo con los supuestos yerros que se presentaron- por las causales establecidas en los numerales 1º, 2º y 9º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, el cual se encontraba vigente en el momento en el que inició el proceso de nulidad electoral.

b) En todo caso, no se configuró el vicio de falta de jurisdicción, pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo, la conformación de la terna por parte del Consejo de Estado es un acto de trámite dentro del proceso de elección del cargo de magistrado de la Corte Constitucional, cuyo acto definitivo constituye la elección

por parte del Senado de la República.

c) La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se inhibió de conocer un supuesto conflicto de jurisdicción entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, que planteó el accionante Rojas Ríos, al considerar que éste nunca se configuró, teniendo en cuenta que se trataba de un asunto que ya fue decidido y que ninguna de las autoridades judiciales involucradas cuestionó su competencia sobre el asunto. Incluso, aceptar el argumento del peticionario significaría pronunciarse oficiosamente sobre lo decidido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, lo cual es improcedente en cuanto escapa a los defectos alegados por el actor y que circunscriben el marco de análisis de la Sala en el presente caso.

Además, respecto de esta decisión no se formuló acción de tutela u otro recurso judicial, ni tampoco la Corte Suprema de Justicia reclamó para sí la competencia sobre el caso, razón por la cual lo decidido por la mayoría no solo deja de advertir las razones que sustentaban la competencia de la Sección Quinta, sino que desconocen, de manera oficiosa, los efectos de la decisión del Consejo Superior de la Judicatura. Esto debido a que la acción de tutela que motivó los fallos objeto de revisión no se dirigió contra dicha decisión, por lo que no era admisible que la Corte extendiera las consecuencias de su fallo a esa providencia, inclusive con el propósito de negar el amparo sobre ese preciso particular.

En consecuencia, concurren diversas razones que motivaban la decisión de improcedencia, instancia preliminar que injustificadamente la mayoría pretermitió, a fin de resolver de fondo la censura propuesta. De allí que a pesar de que compartamos la decisión de negar la acusación sobre el particular, disentimos de la argumentación expuesta por la Corte.

En relación con el defecto sustantivo, fáctico y procedimental absoluto

7. El razonamiento planteado por la mayoría, en criterio de los suscritos magistrados y magistrada, presenta tres tipos de defectos que, a nuestro juicio le restan idoneidad para servir de base para la comprobación sobre un yerro constitutivo de vulneración de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Estos defectos refieren a (i) la manifiesta incorrección teórica y fáctica de la interpretación del artículo 45 del Reglamento del Consejo de Estado; (ii) el desconocimiento del valor constitucional del voto secreto como garantía de imparcialidad y transparencia en la elección de los

magistrados de la Corte Constitucional; y (iii) el desbordamiento del marco de análisis propio de la acción de tutela, al convertir un juicio de validez de lo fallado por uno de corrección de los argumentos de la sentencia objeto de cuestionamiento.

8. En lo relativo al primer aspecto, es necesario detenerse en la redacción del artículo 45 del Reglamento del Consejo de Estado, en su versión vigente al momento de la elección de la terna que integró el actor, contenida en el Acuerdo 59 de 1999, la cual es la siguiente:

“ARTÍCULO 45. Toda elección se hará por voto secreto. Si la Constitución o la ley no señalan el mínimo de votos necesarios para elegir, éste será el de las dos terceras partes de los miembros que componen el Consejo, la Sala, Sección o Subsección a la que corresponda la elección.

PARAGRAFO. En caso de reiteradas votaciones sin poder elegir la Corporación podrá, para ese caso específico, optar por otro procedimiento”.

La mayoría considera que si bien la norma establecía que toda elección se haría por voto secreto, en cualquier caso el contenido del párrafo permitía optar por un procedimiento distinto cuando no se pudiese elegir luego de reiteradas votaciones. Además, también concluyeron que, en cualquier circunstancia, la integración de la terna de la que hizo parte del magistrado Rojas Ríos sí fue realizada bajo el mecanismo de voto secreto, en tanto luego del sondeo realizado por el Presidente del Consejo de Estado a través de la puesta en pie de algunos de los consejeros, se procedió a votar mediante papeletas.

Este argumento se basa en considerar que el párrafo en el caso analizado opera como un mecanismo que resta todo efecto útil a la norma en la que se encuentra inserta, lo cual es inconsistente desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica. En efecto, la regla obligatoria prevista en la norma es el voto secreto, pues no de otra manera puede comprenderse la expresión “toda elección se hará por voto secreto” y el párrafo no establece una excepción expresa a esa regla, como se demostrará en apartado posterior de este salvamento de voto, por lo que no es aceptable otorgarle a esa previsión un alcance del que carece.

De otro lado, es también importante advertir que la mayoría acepta el carácter imperativo de la regla del voto secreto, pues no de otra manera se comprende la conclusión según la

cual, en todo caso, se preservó el precepto con la votación subsiguiente mediante el sistema de papeletas. Sin embargo, esta inferencia se basa en una razón evidentemente contrafáctica, consistente en que lo que dejó de ser secreto, en virtud del procedimiento de ponerse de pie, ahora se torna en reservado con una ratificación mediante papeletas. En contrario, la regla de voto secreto fue quebrantada, de manera permanente e irremediable, debido al erróneo procedimiento adoptado por la Presidencia del Consejo de Estado, el cual (i) hizo evidente el sentido del voto de los magistrados electores; y (ii) impidió cumplir con los fines constitucionales del voto secreto, los cuales serán explicados con mayor detenimiento en apartado posterior de este salvamento de voto.

Sobre el particular, la mayoría considera que la votación pública fue ratificada con un voto escrito y secreto a fin de no violar el reglamento, por lo que no se habría desconocido la normativa en comento. En contrario, consideramos que la interpretación de la Sección Quinta es plausible y cuenta con varias razones para no configurar un defecto sustantivo. En efecto, existe un acuerdo en el sentido que la actuación posterior tuvo como objeto ratificar la votación que se hizo de manera pública y a través del mecanismo de ponerse de pie. En su acepción lexicográfica, ratificar significa aprobar o confirmar actos, palabras o escritos, dándolos por valederos y ciertos[157]. Por ende, resulta imperativo concluir que la ratificación de una decisión pública por medio de un mecanismo secreto implica obligatoriamente que el carácter secreto de la determinación desapareció, puesto que la expresión de la voluntad de los nominadores se hizo manifiesta cuando utilizaron el método de ponerse de pie como modo de votación pública. La garantía del voto secreto no corresponde a la ratificación de una decisión pública, consiste en diseñar y aplicar un proceso que asegure el carácter reservado de la decisión. Así, cuando dentro del proceso se evidencia una etapa en donde la votación pasa a ser pública, al margen de la denominación que quiera otorgársele (sondeo, tanteo, pronóstico, etc.), en todo caso la regla de votación secreta se habrá irremediabilmente desconocido.

A este respecto debe insistirse en que el vínculo entre el voto secreto y las garantías de independencia e imparcialidad, como se explicará con mayor detalle en apartado posterior, se concentra en permitir la discrecionalidad del elector o nominador, de manera tal que esté en plena libertad de apoyar al candidato que considere más idóneo para el cargo o la nominación respectiva. Esta posibilidad se afecta cuando en cualquier etapa del trámite de votación la misma se hace pública, sin que resulte aceptable que en un proceso de

ratificación posterior la configure nuevamente en secreta, pues ello no es fenomenológicamente posible.

9. Conforme lo expuesto, es claro que la inviolabilidad del voto secreto es una garantía estrechamente vinculada con la protección de la autonomía de la voluntad de los magistrados del Consejo de Estado que ejercen funciones electorales, pues no es para nada soslayable la dignidad de sus cargos y de la misión constitucional que les ha sido asignada.

Por lo tanto, la interpretación realizada por la Sección Quinta del Consejo de Estado se muestra razonable y compatible con el ordenamiento constitucional. Esto debido a que es acertado afirmar que el contexto de la elección que suprimió la regla obligatoria del voto secreto, no sólo invalidó la actuación por ir en contra de la norma reglamentaria, sino que incidió en la voluntad de los Consejeros de Estado e incluso llevó a varios de ellos a poner de presente que se estaba ante una actuación irregular, y optaron en consecuencia por marginarse de la votación para no incumplir la norma.

En el caso objeto de estudio, se evidencia que durante el desarrollo de la Sala Plena en la que se eligió la terna, varios Consejeros de Estado se opusieron al procedimiento de ponerse de pie para manifestar su intención de voto aunque posteriormente se ratificara por escrito, por considerarlo contrario al Reglamento y porque con ello se perdería el secreto del voto, independientemente de que fuera ratificado con papeleta. Sin embargo, del desarrollo de dicha sesión se demuestra que, por la complejidad y duración del proceso de elección de la terna, que llevaba a la necesidad de adoptar la decisión ese mismo día, se configuraron diferentes formas de votación pública que incidieron en la voluntad de los nominadores.

En efecto, las grabaciones de la sesión muestran que la Sala Plena se enfrentaba a la necesidad de tomar una decisión ese mismo día, debido a que la plaza del remplazo del Magistrado Humberto Sierra Porto llevaba mucho tiempo vacante, pues el Consejo de Estado no había elaborado la terna. Con fundamento en lo anterior, y en consideración a que el Presidente de la Sala Plena tiene la función de presidir las sesiones, dirigir los debates que se generen en las mismas y velar porque los Consejeros de Estado desempeñen cumplidamente sus funciones[158], el Consejero Alfonso Vargas Rincón, en su

calidad de Presidente de la Sala Plena, expresó la urgencia de adoptar una decisión pronta sobre ese particular.

Con todo, en la misma sesión se hicieron manifiestas las dificultades para llegar a consenso sobre la conformación de la terna, lo que llevó a que se formularan diversas alternativas para ello. Entre tales opciones el Presidente propuso que luego de identificados tres nombres, utilizaran un mecanismo de sondeo a través del acto de ponerse de pie[159].

Sin embargo, ante dicha proposición hubo diferentes manifestaciones de varios Consejeros de Estado que se opusieron a implementar dicho procedimiento por considerarlo contrario al Reglamento y porque con el mismo se perdería el secreto del voto, pues eventualmente podría afectar la conciencia de cada uno de ellos. Esta comprobación es importante, pues demuestra que efectivamente al interior de la Sala Plena del Consejo de Estado existía el convencimiento, cuando menos por parte de varios magistrados, que si bien era posible buscar alternativas para hacer viable la definición de la terna, todas ellas debían garantizar el carácter secreto del voto, pues de lo contrario se desconocería el Reglamento. De allí que la opción de ponerse de pie era incompatible con esa premisa[160].

De lo anterior se demuestra que varios Consejeros de Estado consideraban que con ponerse de pie se vulneraría el secreto del voto, por lo que preferían no proceder con tal forma de votación. Sin embargo, las circunstancias del contexto anteriormente descrito (llevar a término el proceso nominador con celeridad ante la tardanza y la necesidad de adoptar un mecanismo eficiente para escoger) llevaron a que se votara la dupla conformada por Martha Lucía Zamora y por Alberto Rojas Ríos, poniéndose de pie y posteriormente ratificándola en una papeleta.

De esta manera, existe evidencia que en la última ronda no se siguió la regla de voto secreto, de hecho se efectuó como una simple formalidad, puesto que como se ha insistido en este salvamento de voto, lo que sucedió fue que la votación para la conformación de la terna se hizo de manera pública y fue ratificada luego, sin que ello tuviese la virtualidad de subsanar el defecto observado por la Sección Quinta del Consejo del Estado a través del fallo cuestionado por el actor. Es indiscutible que para ese momento ya se había levantado la reserva del voto, pues en la ronda de votación anterior, 21 de los Consejeros de Estado se pusieron de pie debido a que el Presidente de la Sala indicó que votaran de esa manera, lo que vulneró la regla del voto secreto.

En este sentido, si el proceso de elección sólo puede darse por voto secreto, cada una de esas etapas y votaciones debe asegurar esa reserva. De lo contrario, una vez rota la secuencia de votaciones secretas, se ha perdido la privacidad exigida, lo que significa que esos 21 votos no fueron sacrificados como lo indica el accionante, sino que perdieron su validez por haber violado la regla del secreto ante la imposición del presidente de la Sala, la misma que varios consejeros de Estado se negaron a seguir.

Por esas mismas razones, advertimos que no le asiste razón al juez de segunda instancia dentro del proceso de tutela, comprensión que es parcialmente acogida por la mayoría, pues su argumento central fragmenta el proceso electoral en “rondas de votación” para concluir que la ronda de la cual fue obtenida la terna sí fue votada de manera secreta y por escrito, a pesar de que la ronda anterior había adelantado un procedimiento que revelaba públicamente la intención de voto. Esta tesis desconoce la unidad e integralidad del proceso de votación y la importancia de interpretarlo de conformidad con esas características.

10. Ahora bien, conviene hacer un mayor énfasis en las razones de tipo jurídico argumentativo que demuestran la validez del razonamiento del juez electoral. Para este efecto, debe partirse de considerar que el artículo 4º de la Norma Superior permite derivar dos reglas de interpretación: (i) la Carta Política es norma de normas, lo que significa que se impone jerárquicamente en el sistema de fuentes de derecho y (ii) ante la incompatibilidad entre las normas constitucionales y otras de inferior jerarquía prevalecen las primeras[161].

Lo anterior tiene dos consecuencias directas, la primera, es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que tenga un nivel superior a la Constitución Política y, la segunda, es que la Norma Superior sirve como parámetro de validez formal y material de las demás normas del ordenamiento jurídico[162]. De la misma manera, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que esta Corporación es el órgano límite de interpretación de la Carta y debe salvaguardar su integridad, tal y como lo establece el artículo 241 Superior. Por consiguiente, debe verificar que las disposiciones legales objeto de estudio por parte de este Tribunal se encuentren conformes con el texto constitucional. En sede de control abstracto, las sentencias C-128 de 2002[163] y la C-820 de 2006[164], indicaron que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional determinar el sentido de las disposiciones legales; no obstante, en algunas ocasiones debe intervenir en debates

hermenéuticos relacionados con el sentido y alcance de ciertas disposiciones normativas en las que resulta necesario fijar una interpretación jurídica que resulte constitucionalmente admisible y, con base en ello, acreditar o no la existencia de un defecto sustantivo que haga procedente la acción de tutela contra decisiones judiciales.

Para tales fines, esta Corporación ha utilizado diversos métodos de interpretación como herramientas para buscar el sentido de las normas y determinar una comprensión acorde con la Constitución Política. Un ejemplo de ello se encuentra en la sentencia C-461 de 2011[165], en la que la Corte se refirió a los diferentes métodos de interpretación para verificar si la norma demandada restringía las competencias de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y los Personeros Municipales y Distritales, en relación con su obligación de realizar las visitas de inspección y garantía a los establecimientos de reclusión del Estado.

Asimismo, en la sentencia C-054 de 2016[166], este Tribunal utilizó métodos de interpretación legal para analizar la exequibilidad del artículo 27 del Código Civil. En esa oportunidad, la Sala indicó que, en todo caso, las fórmulas de interpretación deben garantizar la jerarquía de las normas consagrada en la Carta Superior.

Estas herramientas de interpretación también han sido utilizadas en casos de tutela. En particular en la sentencia SU-047 de 1999[167], al analizar la sentencia por medio de la cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ordenó la apertura de instrucción y vinculó al proceso penal a los Representantes a la Cámara que votaron por la preclusión del proceso iniciado contra el expresidente Ernesto Samper, esta Corporación utilizó los métodos tradicionales de interpretación para concluir que los congresistas se encontraban amparados por la inviolabilidad del voto en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Los métodos anteriormente mencionados también han sido utilizados por el Consejo de Estado como criterios de interpretación. En particular, la sentencia proferida el 14 de abril de 2016, por la Sección Segunda de dicha Corporación[168], utilizó los métodos de interpretación histórico y teleológico con el fin de determinar la intención del Legislador cuando se tramitó la Ley 91 de 1989.

Asimismo, el auto emitido el 1º de febrero de 2017 por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado[169], interpretó teleológicamente su reglamento, y concluyó

que tal Sección no debía conocer de la demanda presentada contra dos resoluciones, mediante las cuales la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas le negó al accionante la inscripción en el registro de tierras despojadas y abandonas de un predio ubicado en el municipio del Carmen de Bolívar. En esa oportunidad, el Consejo de Estado indicó que, a partir de un criterio finalista sobre la determinación de competencias, no todos los asuntos relacionados con la explotación agrícola de la tierra debían ser estudiados por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

11. Con fundamento en lo anterior, se advierte que en el ejercicio de su labor constitucional como intérprete de la Norma Superior, en algunas oportunidades la Corte Constitucional tiene que realizar una labor interpretativa de normas que no son de rango constitucional, en casos de control abstracto y concreto, con el fin de determinar su interpretación constitucionalmente aceptable. Para ello, este Tribunal ha utilizado diversos métodos de interpretación con el fin de cumplir con tal objetivo. Incluso, los razonamientos clásicos de la hermenéutica han sido usados como herramientas para la interpretación y argumentación constitucional.

12. Ahora bien, en los casos de control concreto, en los que se discute un defecto sustantivo por indebida interpretación de la norma, se ha evidenciado la necesidad de determinar la interpretación de la referida disposición, con el único fin de establecer si los argumentos utilizados por el juez en el fallo censurado eran jurídicamente razonables, o si por el contrario, el funcionario judicial fundamentó su decisión en una interpretación evidentemente desproporcionada y arbitraria, en la que la vulneración a los derechos sustanciales se puede comprobar a simple vista.

Respecto del caso objeto del examen, consideramos que desde una aproximación gramatical, sistemática y teleológica del Reglamento del Consejo de Estado, se llega a la unívoca conclusión que la regla de voto secreto no podía ser válidamente exceptuada, inclusive habida consideración del tantas veces mencionado párrafo del artículo 45. En efecto, la interpretación gramatical permite concluir que la regla de voto secreto en el ejercicio de las funciones electorales y nominadoras de los Consejeros de Estado, no admite la imposición de alguna modificación en la forma de votación en los procesos de elección. En efecto, del texto del artículo 45 del Reglamento del Consejo de Estado, se infiere necesariamente lo siguiente:

12.1. La característica definitoria de la votación: toda elección se debe hacer por voto secreto. Esta idea implica, a su vez, que no se puede imponer una regla de elección pública. De esta forma, está permitido que el elector haga público su voto de manera voluntaria, a partir de una decisión propia y no de una imposición por parte del Presidente de la respectiva Sala. El enunciado es absoluto y encabeza el artículo. Su ubicación debe tener un sentido, y es guiar la interpretación de los demás incisos que lo componen.

12.2. La regla de mayorías exigida para que un candidato resulte elegido: a falta de disposición constitucional o legal distinta, todo aspirante deberá ser seleccionado por un quorum equivalente a dos terceras partes de los miembros que componen el Consejo, la Sala, Sección o Subsección a la que corresponda la elección.

13. La mayoría considera que la fuente textual del defecto sustantivo está en que el párrafo permite excepcionar el procedimiento de votación secreta. Así, para dilucidar el punto es necesario discutir a qué procedimiento hace referencia la norma, pues el artículo revisado y el Reglamento del Consejo de Estado no consagraban un proceso particular que regulara de manera detallada los pasos que debía seguir la Sala Plena en el ejercicio de sus funciones electorales.

Para los suscritos magistrada y magistrados, el procedimiento del que trata la disposición se refiere a los mecanismos utilizados por la Sala Plena del Consejo de Estado para elegir a un candidato en particular. En este sentido, el párrafo no permite modificar aspectos diferentes a los regulados por la norma, es decir, la regla de voto secreto y el quorum decisorio. Efectivamente, sobre esos elementos el mismo texto prevé un carácter definitorio cuando el texto dice “toda elección” y consagra como las únicas excepciones posibles las “constitucionales o legales”, en las dos proposiciones normativas vistas previamente.

Cabría preguntarse, en la práctica, cuál es el sentido útil de este párrafo si no es incidir en las dos reglas contenidas en los primeros enunciados del artículo. Una interpretación integral del texto lleva a concluir que la disposición se refiere a la infinidad de detalles e hipótesis del trámite que caracteriza las complejas elecciones que adelanta el Consejo de Estado. Por ejemplo, aunque la Sala Plena inicie con la consideración de todos los candidatos, podía decidir no votar por la totalidad de candidatos de la lista en una ronda posterior determinada, sino solo por los que hubieran tenido la mayor votación en la última

ronda, o volver a los candidatos iniciales y considerarlos a todos nuevamente aunque en las últimas votaciones ya se hubieran descartado[170].

Ahora bien, a partir de la interpretación gramatical también es lógico descartar la posibilidad de admitir que el párrafo en comento pueda servir de base para permitir la votación pública. En efecto, las normas jurídicas deben interpretarse de manera razonable, sin que pueda dársele a uno de sus componentes la función de invalidar todo el precepto en que se encuentra inserto. Si, como ya se ha explicado, el aspecto más importante que regula el artículo 45 mencionado es prescribir que la votación debe ser secreta, no es aceptable concluir que el párrafo puede restar toda fuerza a la disposición, haciéndola inaplicable ante el supuesto que se esté ante reiteradas votaciones sin que se pueda adoptar una decisión. Antes bien, dicho párrafo, en tanto precepto subordinado a la cláusula general, debe interpretarse de manera tal que no la anule, esto es, que mantenga la obligatoriedad del voto secreto en todo evento de elección o nominación.

Por lo tanto, el procedimiento al que se refiere el párrafo del artículo 45 citado no tiene la potestad de alterar los enunciados que lo preceden. En cambio, se refiere a la posibilidad de flexibilizar las complejas hipótesis que en la práctica se presentan en estos procesos. Esta disposición pretende que la Sala Plena del Consejo de Estado no esté atada de manera rígida a sus propios trámites internos, derivados de infinidad de avatares diferentes en cada caso, y que podrían impedir el logro de las mayorías necesarias para concretar la nominación que la Constitución le ha encargado.

En suma, la interpretación gramatical de la norma permite concluir que es razonable inferir una prohibición para que la Sala Plena aplique una forma de votación que suprima la regla de voto secreto en los procesos electorales y de nominación que se desarrollen en el Consejo de Estado. El alcance de esta prohibición se encuentra estrechamente relacionado con la voluntad del elector. En efecto, la disposición proscribe cualquier apremio institucional que obligue a los electores a revelar su voto, por ejemplo si el presidente de una Sala impone una forma de votación que tenga como resultado la publicidad del voto de cada elector. Sin embargo, no implica que si uno de los electores decide de forma autónoma hacer público su voto, este pierda validez, pues en esos casos se trata de una decisión autónoma del votante sin ningún tipo de injerencia externa.

14. Esta comprensión concuerda con una interpretación sistemática que considere a la norma como parte de un reglamento completo, como una de varias normas consagradas en diferentes Corporaciones para efectos electorales y, finalmente, como parte de todo un sistema jurídico subordinado a la Constitución.

En efecto, el artículo 37 del Reglamento Interno del Consejo de Estado establece lo siguiente:

“ARTICULO 37. FORMA DE VOTACION. Las votaciones serán nominales, salvo cuando se trate de hacer elecciones en cuyo caso siempre serán secretas”. (Negrilla fuera del texto original)

Como puede observarse, la determinación del voto secreto en elecciones corresponde a una excepción expresa a la regla general de votación, que se caracteriza por ser nominal. Sin embargo, se reitera que una de las características principales de los procesos electorales, es la regla del voto secreto, cuyo único matiz se presenta en los casos en los que el elector decide de forma autónoma hacer público su voto.

Por otra parte, es importante señalar que esta disposición también se encuentra en los reglamentos de otras altas cortes. En particular, el artículo 6º del Acuerdo No. 006 de 2002[171] o Reglamento de la Corte Suprema de Justicia, dispone que la votación para elegir funcionarios, empleados y escoger ternas será secreta.

Igualmente, el artículo 35 del Acuerdo 02 de 2015[172] o Reglamento de la Corte Constitucional, consagra que en casos de elecciones y nominaciones la votación debe ser secreta. Adicionalmente, los artículos 94[173] y 96[174] de la misma normativa establecen que toda elección de funcionarios cuya designación corresponda a la Sala Plena de la Corte Constitucional se efectuará mediante votación secreta.

15. Ahora bien, del diseño del Estado constitucional es posible derivar que la regla de voto secreto en el ejercicio de las funciones electorales y nominadoras de las altas cortes se encuentra relacionada con los artículos 113 y 228 Superiores que establecen la autonomía e independencia de las ramas de poder público y el principio de autonomía e independencia judicial, respectivamente, pues con tal exigencia se asegura que los jueces puedan ejercer sus funciones electorales sin ninguna clase de coerción o influencia. Del mismo modo se

garantiza que puedan continuar en el ejercicio de su función principal como administradores de justicia sin ninguna presión indebida.

En otras palabras, la votación secreta es el mecanismo más ajustado al objetivo superior de preservar la independencia e imparcialidad en los procesos de nominación y elección de dignatarios, atributos que cumplen, a su vez, con el requerimiento de objetividad antes explicado. Es por esta razón que las normas reglamentarias sobre la materia y en el caso de las altas cortes, establecen esa condición como propia de los procedimientos electorales y de nominación. Asimismo, también debe tenerse en cuenta que incluso respecto de otros órganos, estos sí de origen y justificación político partidista, la regla general de votación nominal y pública es exceptuada precisamente en el caso de elecciones, donde se exige la votación secreta.

En efecto, el artículo 113 de la Constitución señala que el voto de los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. Sobre el particular, el artículo 131 del Reglamento del Congreso parte de reconocer el carácter general de la votación nominal y pública, exceptuándola solo en dos eventos: (i) cuando se deba hacer elección; y (ii) para decidir sobre proposiciones de amnistías e indultos, de acuerdo con las reglas allí previstas para esos eventos.

A nuestro juicio, esta comprobación es importante porque demuestra que inclusive en el caso del Congreso, donde las elecciones están necesariamente mediadas por decisiones de bancadas políticas y mayorías partidistas y, por lo mismo, no se predica un deber de objetividad en los términos planteados, concurren escenarios donde los congresistas sí deben contar con garantías plenas de independencia e imparcialidad, las cuales se logran a partir del carácter secreto de la votación[175].

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se encuentra que el voto secreto es una regla general y determinante en los procesos de elección que se desarrollan en las altas cortes. Esta previsión concuerda con los principios de autonomía e independencia judicial consagrados en la Carta, los cuales tienen una especial importancia para la decisión objetiva y discrecional sobre el candidato que se considere más idóneo para ser elegido o para integrar el grupo de nominados, según sea el caso. Desde una concepción que considere todos estos elementos normativos, es evidente que el voto secreto protege la

voluntad de los jueces, en especial en el ejercicio de sus funciones electorales. Esto debido a que garantiza su derecho a elegir sin estar sometidos a presiones indebidas, y además brinda protección frente a injerencias externas o cualquier tipo de intromisión en los asuntos que deben decidir según sus competencias.

16. En este sentido, no es admisible que la regla de voto secreto fuera modificada por la Sala Plena del Consejo de Estado para casos particulares, pues una decisión de esa naturaleza afecta desproporcionadamente las garantías de independencia e imparcialidad, imperativas en los procesos electorales que la Constitución asigna a las cortes.

Incluso, también es importante señalar que la hermenéutica desarrollada en este salvamento de voto es confirmada por la reforma al artículo 45 en comento. Así, mediante el Acuerdo 110 de 2015, el Consejo de Estado modificó el artículo 45 de su Reglamento Interno y estableció lo siguiente:

“ARTICULO 45. VOTACION. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acuerdo 110 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Toda elección, designación o integración de ternas, se hará por voto secreto. La mayoría, para esos efectos, será las dos terceras partes de los magistrados en ejercicio. En todo caso se requerirá como mínimo la mitad más uno del número total de integrantes de la Corporación previsto en la ley.

PARÁGRAFO. La elección de magistrados del Consejo de Estado podrá hacerse en sesiones ordinarias o extraordinarias.

En las sesiones ordinarias, dicha elección tendrá prelación sobre cualquier asunto administrativo de competencia de la Sala Plena”.

Esta disposición (i) reiteró la regla de voto secreto para el ejercicio de las funciones electorales del Consejo de Estado y (ii) eliminó la posibilidad que tenía la Sala Plena para optar por un proceso de elección diferente al establecido en el artículo 45 de dicho reglamento en los casos en que no se hubiera podido elegir a un candidato después de varias rondas de votación.

En este sentido, la Sala encuentra que desde una interpretación teleológica, que también se evidencia en la jurisprudencia analizada, tampoco es posible considerar que concurren

razones constitucionalmente atendibles para obviar la regla de voto secreto, de modo que puede ser modificada por la Sala Plena en las funciones electorales que desarrolla el Consejo de Estado en casos particulares. Ello debido a que su finalidad es garantizar la independencia de los electores al momento de tomar su decisión y evitar cualquier indagación sobre el sentido de su voto, con las posibles consecuencias que eso puede tener en el elector, tanto en su perspectiva personal como de juez. En este sentido, no se vulnera la regla del voto secreto cuando es el mismo elector quien decide hacer público su voto, a partir de una decisión autónoma

17. En consecuencia, sostenemos que no se configuraba defecto alguno en este caso, contrario a la conclusión de la mayoría, porque la interpretación que hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado frente al artículo 45 del Reglamento de dicha Corporación, no fue arbitraria ni desproporcionada, por cuanto se basó en criterios hermenéuticos que estimamos no solo plausibles sino obligatorios, en tanto salvaguardan los principios de imparcialidad e independencia en el ejercicio de las funciones electorales y nominadoras de las Altas Cortes, por lo que no se configuraba el defecto sustantivo alegado frente a la declaratoria de nulidad de la elección.

Estimamos, en contrario, que las variaciones ad hoc a la regla del voto secreto vulneran principios constitucionales fundamentales. Desde esa perspectiva, las alteraciones a la regla del voto secreto no podrían estar sujetas a análisis de proporcionalidad, puesto que simplemente no podían ser modificadas porque en sí mismas desconocerían garantías constitucionales institucionales como la transparencia, la independencia y la autonomía de los jueces, consagradas en los artículos 1º, 113 y 228 de la Carta Política.

Sobre este particular debe insistirse en un aspecto que resulta central para inferir la inexistencia de defecto sustantivo por parte de la actuación de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Dicha corporación, en ejercicio de sus competencias que implican la interpretación autorizada de las normas infraconstitucionales, en este caso su propio reglamento, concluyó que el artículo 45 mencionado debía interpretarse de manera tal que no pueda excusarse, en ninguna circunstancia, la exigencia que la votación sea secreta. Esta hermenéutica es una expresión válida de la potestad jurisdiccional de adjudicación, como se ha explicado en precedencia y que, a su vez, desarrolla postulados constitucionales de primer orden, que vinculan la comprobación de la votación secreta y la

independencia e imparcialidad exigida en los actos de elección y nominación. En ese orden de ideas, carecería por completo de sentido concluir simultáneamente que la actuación de la Sección Quinta del Consejo de Estado expresa genuinamente imperativos constitucionales pero que, a su vez, configura un defecto sustantivo.

En relación con el defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto

18. Advertimos que el defecto en mención tampoco se configura, como quiera que las conclusiones a las cuales llegó la sentencia atacada con respecto al desarrollo del proceso de conformación de la terna, se derivan justamente de la aplicación de las normas reglamentarias, las cuales, como se dijo, fueron razonablemente interpretadas por el juez electoral.

En esa medida, resulta un contrasentido afirmar que, en todo caso, se está ante un defecto procedimental por no haber aceptado la interpretación del Reglamento del Consejo de Estado que exceptúa la aplicación de la regla del voto secreto, hermenéutica que incluso fue cuestionada por varios Consejeros de Estado al momento de la votación de la terna. Ello precisamente al contradecir los fundamentos constitucionales de ese mecanismo de elección, los cuales fueron expuestos en el apartado anterior.

De esta manera, es desacertada la tesis planteada por el accionante y acogida por la mayoría, según la cual, la votación secreta en ejercicio de la función nominadora era prescindible o que podía ser supuestamente convalidada a través de una nueva votación, con carácter eminentemente formal, en la medida en que ya se había evidenciado el sentido del voto de los magistrados que decidieron sobre la integración de la terna y en consecuencia se incumplió la regla del voto secreto. Por lo tanto, si se aceptase el razonamiento planteado por la mayoría, se anula la vigencia de la regla en comento, porque una vez se hace pública la voluntad de los nominadores no es fácticamente posible restituir el carácter secreto del voto.

Además, se debe tener en cuenta que la conformación de la terna se realizó en el marco de un solo proceso, como lo recocieron los mismos Consejeros de Estado y el Presidente de esa Corporación, quienes denominaron la votación seguida del acto de ponerse de pie como una “ratificación” de lo decidido.

19. De otro lado, también debe advertirse que los argumentos presentados por el actor no se refieren a un exceso ritual manifiesto, pues no van encaminados a atacar el uso del procedimiento como un obstáculo del derecho sustancial, sino que controvierten la interpretación que realizó la Sección Quinta del artículo 45 del Consejo de Estado y en esa medida, su eventual procedencia estaría ligada a la prosperidad del defecto sustantivo. En esa medida, resultan aplicables los argumentos antes expuestos, que a juicio de la magistrada y magistrados que salvamos nuestro voto, demuestran fehacientemente que no concurre en el caso analizado el defecto sustantivo. Así, el alegado exceso ritual que se presentaría como consecuencia del defecto interpretativo, carece de sustento. De hecho, aunque se aceptara que son razones distintas por abordar los hechos desde diferentes puntos de vista, se encuentra que el actor alude a las mismas razones que fundamentaron el defecto sustantivo ya analizado.

20. El exceso en el margen propio de la acción de tutela contra sentencias se evidencia, del mismo modo, en la índole de la decisión adoptada por la mayoría. En efecto, conforme al precedente de esta Corte, la comprobación de los defectos antes mencionados requería necesariamente que se dejara sin efectos el fallo cuestionado y el asunto fuese devuelto al Consejo de Estado, a fin que (i) adoptara una nueva sentencia, que subsanase los mencionados defectos; y (ii) resolviese los demás cargos contenidos en la demanda electoral y que no fueron objeto de la acción de tutela.

Con todo, la mayoría optó por una decisión diferente, a partir de la suplantación del ámbito de competencia propio del juez natural del caso, para terminar resolviendo sobre la ausencia de nulidad del acto de conformación de la terna. Esta materia, como es apenas evidente, es por completo ajena a la acción de tutela contra decisiones judiciales y, además, opera sobre el desconocimiento de la competencia que la Constitución y la ley confieren al Consejo de Estado para dirimir esta clase de controversias.

Conclusión

21. Con base en las anteriores razones, consideramos que la mayoría de la Sala Plena adoptó una decisión que sobrepasa a los límites previstos en el precedente sobre la acción de tutela contra decisiones judiciales, los cuales resultan más estrictos cuando se trata de fallos adoptados por las Altas Cortes, en virtud de sus funciones constitucionales de

unificación e intérpretes autorizados de las normas legales y reglamentarias. Lo anterior puesto que lo decidido por la Sección Quinta del Consejo de Estado no es irrazonable o carente de fundamento, sino antes bien desarrolla valores y principios constitucionales de la mayor importancia, en particular la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función nominadora y electoral de las Altas Cortes.

En ese sentido, la función de la Corte en sede de revisión de tutela era determinar si la Sección Quinta había incurrido en un exceso que hiciese la sentencia incompatible con la Constitución. En el asunto objeto de estudio, la Sala excedió ese preciso marco, a través de un análisis propio de una nueva instancia al fallo del juez electoral, sin que se permitiese que la jurisdicción contenciosa se pronunciase nuevamente sobre la materia, subsanando los defectos reconocidos por la mayoría y pronunciándose sobre las demás materias contenidas en la acción electoral y que no fueron objeto de debate en sede constitucional.

22. Advertimos entonces que el voto secreto es una garantía institucional que está vinculada a la vigencia de principios constitucionales de primer orden. Por ende, es conforme a Derecho la consideración según la cual se encuentra prohibida la imposición de una forma de votación que suprima la regla del voto secreto, pues con ella se garantiza la protección de la independencia y autonomía judiciales, asuntos que trascienden a cada persona considerada por separado y que se caracterizan por tener una dimensión institucional. De manera correlativa, concluir, como lo hace la mayoría, que una interpretación del Reglamento del Consejo de Estado que otorgue mayor peso específico al carácter secreto del voto, es una desviación susceptible de configurar una violación del derecho al debido proceso, no resulta en modo alguno razonable.

Inclusive, consideramos que es válido afirmar que el desconocimiento del carácter secreto del voto, no solo es una variación que afecta la independencia y autonomía de los electores, sino que incluso puede ser comprendida como una modificación del sistema mismo de elección. Esto debido a que se pasa de un enfoque de plena discrecionalidad, basado en la convicción íntima de los electores, a otro de carácter deliberativo, donde deben sustentarse las razones del voto respectivo. Así, aunque en el caso analizado no hubo tal espacio de deliberación, la consecuencia de la publicidad forzada del voto fue, presumiblemente, la de llevar a votar con la mayoría a quienes, en amparado en la garantía del secreto del voto,

habrían preferido, y de hecho prefirieron, no hacer un debate público de sus razones.

23. De la misma manera, incluso si se aceptase que estos defectos existen, las reglas jurisprudenciales aplicables exigían que el asunto fuese enviado nuevamente al Consejo de Estado para lo de su competencia. No obstante, la mayoría optó por asumir funciones propias del juez contencioso, sin que se advirtiese razón alguna para ello.

Por las consideraciones expuestas, salvamos nuestro voto en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra.

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONJUEZ

CATALINA BOTERO MARINO Y DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO

Referencia: Sentencia SU-050 de 2018

Acción de tutela promovida por Alberto Rojas Ríos en contra de la Sección Quinta del Consejo de Estado

Aunque compartimos la decisión adoptada mediante la providencia de la referencia, en nuestra opinión ella ha debido fundarse en el defecto orgánico alegado por el accionante,

por las siguientes razones:

1. La acción de tutela la dirigió contra la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual esa Corporación declaró la nulidad de su elección como magistrado de la Corte Constitucional.
2. Tal declaratoria de nulidad se fundó en el argumento de que la conformación de la terna por parte de esa misma Corporación había desconocido su propio reglamento interno, en cuanto exige que toda elección se realice mediante voto secreto.
3. Al revisar las decisiones judiciales relacionadas con la mencionada acción de tutela, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó la sentencia de segunda instancia, mediante la cual se concedió el amparo solicitado y dejó sin efectos la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, ordenando a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y a la Corte Constitucional el reintegro al cargo del Magistrado.
4. La Corte fundó su decisión en el defecto sustantivo, el defecto fáctico y el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, conforme a los argumentos expuestos en la providencia, pero sostuvo que no se había configurado el defecto orgánico por falta de jurisdicción, al estimar que el acto de elección era de naturaleza compleja y, por ende, la conformación de la terna, como acto preparatorio, no tenía una existencia jurídica independiente y separada del acto de elección proferido por el Senado, razón por la cual el Consejo de Estado era el órgano competente para conocer del medio de impugnación de nulidad electoral formulado contra dicha elección.
5. En nuestra opinión, al proferir la providencia judicial objeto de amparo el Consejo de Estado sí incurrió en un defecto orgánico, por cuanto carecía de jurisdicción para decidir sobre la legalidad de un acto administrativo a cuya formación había concurrido. En efecto, el parágrafo 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece expresamente que corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer de la nulidad de los actos de elección y nombramiento efectuados por el Consejo de Estado.
6. Si bien el Consejo de Estado no realizó directamente la elección demandada, lo cierto es que, por tratarse de un acto complejo en cuya formación participaron el Consejo

de Estado -al integrar la terna en la cual fue incluido su nombre- y el Senado de la República -al elegirlo-, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 239 de la Constitución[176], dicho acto es inescindible. Esto es, fue, producto de la voluntad administrativa de dos órganos estatales, pues la elección que realiza el Senado sólo puede recaer en uno de los integrantes de la terna que le presenta el Consejo de Estado. Al respecto, se recuerda que ese Tribunal ha indicado que el acto administrativo complejo propiamente dicho, se caracteriza por:

“A. De manera conjunta o sucesiva existe concurrencia de voluntades de la administración, ya sea que se produzcan por (i) varios órganos dentro de una misma entidad pública, o por (ii) el concurso de varias entidades.

B. Las manifestaciones concurrentes de la voluntad tienen unidad de contenido y fin.

C. La unidad antes señalada impide predicar que se trata de decisiones individuales, al punto que se requiere de dicha concurrencia para considerar que el acto administrativo tiene vida jurídica propia.

D. En virtud de tal unidad, para la revisión judicial se requiere acusar y juzgar las manifestaciones concurrentes de la voluntad, pues una de ellas resulta insuficiente para considerar la existencia de un acto administrativo susceptible de control.”[177]

7. Así las cosas, la conformación de la terna es parte del proceso de elección, forma parte del acto administrativo complejo demandado y, por lo mismo, cabe afirmar que el Consejo de Estado participa en la elección. La sentencia debió, cuando menos, ponderar la finalidad que persigue el hecho de que el legislador hubiere asignado a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer los procesos sobre la nulidad de los actos administrativos expedidos por el Consejo de Estado, la cual no es otra que asegurar que la entidad que ha proferido un acto no sea la misma que decida sobre su legalidad, resguardando la imparcialidad objetiva del juzgador[178]. Cabe recordar que los magistrados del Consejo de Estado que participaron en la elección debieron declararse impedidos para participar en la decisión de la demanda de nulidad de la elección.

8. Por todo lo anterior, consideramos que en sede de revisión debió declararse la configuración del defecto orgánico, pese a que este no fue alegado dentro del proceso

ante el Consejo de Estado[179], por razón del carácter insaneable del vicio por falta de competencia y la necesidad de asegurar la efectividad y la vigencia del derecho fundamental al debido proceso del actor, establecida en el artículo 2 Superior. Se precisa que este Tribunal, en sentencia C-537 de 2016, reconoció que el vicio por falta de jurisdicción o de competencia funcional o subjetiva no puede ser subsanado y debe ser declarado de oficio por el juez, a quien corresponde percatarse de su existencia en ejercicio del control permanente de legalidad del proceso[180]. De lo contrario, “la sentencia proferida por el juez incompetente deberá ser anulada”, consecuencia que se deriva del desconocimiento del derecho al juez natural, consistente en la garantía de ser juzgado por quien tiene la atribución constitucional y legal para hacerlo[181], y de las formas propias de cada juicio, es decir, del procedimiento establecido para el ejercicio de la labor jurisdiccional[182].

Fecha ut supra,

CATALINA BOTERO MARINO

Conjuez

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

[1] Acta individual de reparto, folio 98, cuaderno 1.

[2] Escrito de tutela, folios 1-23, cuaderno 1.

[3] Escrito de tutela, folios 1-23, cuaderno 1.

[4] Escrito de tutela, folios 1-23, cuaderno 1.

[5] El artículo 232 de la Constitución Política dispone los requisitos para ser Magistrado de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En el momento en el que se interpuso la demanda de nulidad, el numeral 4º de dicha norma establecía la siguiente: “Haber desempeñado, durante diez 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”. Este artículo fue modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 2 de 2015 y en la actualidad consagra lo siguiente: “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. Para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, la cátedra universitaria deberá haber sido ejercida en disciplinas jurídicas relacionadas con el área de la magistratura a ejercer”.

[6] Escrito de tutela, folio 2, cuaderno 1.

[7] Escrito de tutela, folios 1-23, cuaderno 1.

[8] Escrito de tutela, folios 1-23, cuaderno 1.

[9] Escrito de tutela, folios 1-23, cuaderno 1.

[10] Folio 2, cuaderno 1.

[11] Folio 2 y 3, cuaderno 1.

[12] “ARTÍCULO 250. CAUSALES DE REVISIÓN. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión: 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior

que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

[13] Folio 3, cuaderno 1.

[14] Folio 3, cuaderno 1.

[15] Folio 3, cuaderno 1.

[16] Folio 4, cuaderno 1.

[17] Folio 5, cuaderno 1.

[18] Folios 4 y 5, cuaderno 1.

[19] Folio 6, cuaderno 1.

[20] Folio 6, cuaderno 1.

[21] Folio 7, cuaderno 1.

[22] Folio 7, cuaderno 1.

[23] Folio 7, cuaderno 1. }

[24] Folio 7, cuaderno 1.

[25] Folio 7, cuaderno 1.

[26] Folio 7, cuaderno 1.

[27] Folio 7, cuaderno 1.

[28] Folio 7, Cuaderno 1.

[29] Folio 9, Cuaderno 1.

[30] Folio 9, Cuaderno 1.

[31] Folio 9, Cuaderno 1.

[32] Folio 9, Cuaderno 1.

[33] Folio 10, Cuaderno 1.

[34] Folio 10, Cuaderno 1.

[36] Folio 11, Cuaderno 1.

[37] Folio 12, Cuaderno 1.

[38] Folio 12, Cuaderno 1.

[39] Folio 12, Cuaderno 1.

[40] Folio 12, Cuaderno 1.

[41] Folio 12, Cuaderno 1.

[42] Folio 12, Cuaderno 1.

[43] Folio 13, Cuaderno 1.

[44] ARTÍCULO 171. ADMISIÓN DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, mediante auto en el que dispondrá: 1. Que se notifique personalmente a la parte demandada y por Estado al actor. 2. Que se notifique personalmente al Ministerio Público. 3. Que se notifique personalmente a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso. (...)

[45] ARTÍCULO 172. TRASLADO DE LA DEMANDA. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer

excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención.

[46] Folio 14, Cuaderno 1.

[47] ARTÍCULO 277. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACIÓN. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá: (...) 2. Que se notifique personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en los términos previstos en este Código.

[48] Folio 14, Cuaderno 1.

[49] Folio 15, Cuaderno 1.

[50] Folio 15, Cuaderno 1.

[51] ARTÍCULO 111. FUNCIONES DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Sala de lo Contencioso administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones: (...) PARÁGRAFO. La Corte Suprema de Justicia conocerá de los procesos contra los actos administrativos emitidos por el Consejo de Estado.

[52] Folio 16, Cuaderno 1.

[53] Folio 16, Cuaderno 1.

[54] Folio 16, Cuaderno 1.

[55] Folio 16, Cuaderno 1.

[56] Folio 17, Cuaderno 1.

[57] Folio 17, 18 y 19, Cuaderno 1.

[58] Folio 19, Cuaderno 1.

[59] ARTÍCULO 115. CONJUECES. Los conjueces suplirán las faltas de los Magistrados por

impedimento o recusación, dirimirán los empates que se presenten en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la Sala de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y en Sala de Consulta y Servicio Civil, e intervendrán en las mismas para completar la mayoría decisoria, cuando esta no se hubiere logrado. Serán designados conjuces, por sorteo y según determine el reglamento de la corporación, los Magistrados de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil de la Corporación. Cuando por cualquier causa no fuere posible designar a los Magistrados de la Corporación, se nombrarán como conjuces, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento interno, a las personas que reúnan los requisitos y calidades para desempeñar los cargos de Magistrado en propiedad, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados. Los conjuces tienen los mismos deberes y atribuciones que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos. La elección y el sorteo de los conjuces se harán por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por la Sala de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y por la Sala de Consulta y Servicio Civil, según el caso. (...)

[60] Folio 19, Cuaderno 1.

[61] Folio 20, Cuaderno 1.

[62] Folio 1, Cuaderno 1.

[63] Folios 149-157, Cuaderno 1.

[64] Se vinculó a los ciudadanos Mauro Alberto Aponte Guerrero, María Patricia Balanta Medina, Luis Eduardo Cerra Jiménez, Ana Zenobia Giacomette Ferrer, Alexei Egor Julio Estrada, Alejandro Linares Cantillo, Roberto Molina Palacios, Néstor Iván Javier Osuna Patiño, Cerveleón Padilla Linares, Clara Elena Reales Gutiérrez, Julio César Rodas Monsalve, Abraham Sánchez, Isduar Javier Tobo Rodríguez, Mario Trujillo Hernández, Camilo Eduardo Velásquez Turbay, Gustavo Zafrán Roldán, Martha Lucía Zamora Ávila y Piedad Amparo Zúñiga Quintero. Folios 361-373, cuaderno primera instancia.

[65] Folios 737-753, Cuaderno 2.

[66] Folio 741, Cuaderno 2.

[67] Folios 745-746, Cuaderno 2.

[68] Folio 748, Cuaderno 2.

[69] Folios 749, Cuaderno 2.

[70] Folios 749, Cuaderno 2.

[71] Folios 750, Cuaderno 2.

[72] Folios 750, Cuaderno 2.

[73] Folios 751-752, Cuaderno 2.

[74] Folios 752, Cuaderno 2.

[76] Folios 793-794, Cuaderno 2.

[77] Folios 795 y 797, Cuaderno 2.

[78] Folios 796, Cuaderno 2.

[79] Folios 797, Cuaderno 2.

[80] Folios 798, Cuaderno 2.

[81] Folios 1152-1188, Cuaderno 3.

[82] Folios 1152-1188, Cuaderno 3.

[83] Folios 1170, Cuaderno 3.

[84] Folios 1172-1173, Cuaderno 3.

[85] Folios 1177-1180, Cuaderno 3.

[86] Folio 1182, Cuaderno 3.

[87]Folio 1185, Cuaderno 3.

[88]Folio 1186, Cuaderno 3.

[89]Folio 1187, Cuaderno 3.

[90] Expediente T- 5.027.021, folios 1-23, cuaderno 1.

[91] Expediente T- 5.027.021, folios 1-23, cuaderno 1.

[92] Constitución Política de Colombia. Artículo 232.

[93] Expediente T- 5.027.021, folio 2, cuaderno 1.

[94] Constitución Política de Colombia. Artículo 86.

[95] Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005 (MP. Jaime Córdova Triviño).

[96] Corte Constitucional, sentencia T-125 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[97] Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005 (MP. Jaime Córdova Triviño).

[98] Corte Constitucional, sentencias SU 573 de 2017 (MP. Antonio José Lizarazo), SU- 050 de 2017 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y SU- 917 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[99] Expediente T- 5.027.021. Acta individual de reparto, folio 98, cuaderno 1.

[101] Expediente T-5.027.021, folios 1170, cuaderno 3.

[102] Constitución Política de Colombia. Artículo 113.

[103] Corte Constitucional, sentencia C- 285 de 2016 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[104] En relación con la función electoral, el artículo 254 de la Constitución consagra que los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura son elegidos de la siguiente manera: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado. El artículo 249 de la Carta dispone que el Fiscal General de la Nación sea elegido

por la Corte Suprema de Justicia de una terna enviada por el Presidente de la República. Igualmente, el artículo 274 Superior consagra que el Auditor General de la República, que ejerce la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República sea elegido por el Consejo de Estado de una terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. Con respecto a la función nominadora, el artículo 276 de la Constitución establece que el Procurador General de la Nación sea elegido por el Senado de la República de una terna conformada por candidatos nominados por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En relación con la función mixta, el artículo 231 de la Constitución señala que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado son elegidos por los miembros de la respectiva Corporación, de una lista de elegibles enviada por el Consejo Superior de la Judicatura, que a su vez proviene de una convocatoria pública. Además dispone que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado reglamentaran la fórmula de votación y el término en el cual deberán llevar a cabo la referida elección

[105] El Acuerdo 110 de 2015 del Consejo de Estado modificó el artículo 45 de su Reglamento Interno, en esta reforma, reiteró el carácter secreto del voto pero eliminó la posibilidad de la Sala Plena de optar por un proceso de elección diferente al establecido en el artículo 45. El texto de la norma nueva es el siguiente: Artículo 45. Votación. Toda elección, designación o integración de la terna, se hará por voto secreto. La mayoría para esos efectos, será las dos terceras partes de los magistrados en ejercicio. En todo caso se requerirá como mínimo la mitad más uno del número total de integrantes de la Corporación previstos en la ley. Parágrafo. La elección de magistrados del Consejo de Estado podrá hacerse en sesiones ordinarias o extraordinarias. En las sesiones ordinarias, dicha elección tendrá prelación sobre cualquier asunto administrativo de competencia de la Sala Plena.

[106] Este artículo fue modificado por el artículo 1º del Acuerdo 110 de 2015.

[107] Corte Constitucional, sentencia C- 245 de 1996.

[108] Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. Artículo 139.

[109] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 149 numeral 4.

- [110] Corte Constitucional, sentencia C-391 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis).
- [111] Corte Constitucional, sentencia C- 437 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- [112] Corte Constitucional, sentencia C- 437 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- [113] Corte Constitucional, sentencia C- 437 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- [114] Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia del 6 de marzo de 2012 (Expediente 2011-0003). MP Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- [115] Corte Constitucional, sentencias T-1160 de 2003. (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).
- [116] Corte Constitucional, sentencia T- 945 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).
- [117] Corte Constitucional, sentencia SU-400 de 2012 (MP. Adriana Guillen Arango).
- [118] Corte Constitucional, sentencia C-630 de 2012 (MP. Mauricio Gonzáles Cuervo).
- [119] Corte Constitucional, sentencia T-500 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis).
- [120] Corte Constitucional, sentencia T-412 de 2017 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado).
- [121] Corte Constitucional, sentencia SU- 201 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell).
- [122] Corte Constitucional, sentencia T-533 de 2014 (MP. Luis Guillermo Guerrero).
- [123] Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 26 de noviembre de 2002, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. En el mismo sentido revisar: (i) Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 7 de septiembre de 2016: en esta sentencia el Consejo de Estado determinó que no era posible admitir la nulidad del acto mediante el cual se conformó la terna por medio de la cual el Senado de la República iba a elegir al Procurador General de la Nación. En esta providencia consideró que la legalidad de este tipo de actos solo puede estudiarse a través del control al acto definitivo de elección. (ii) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre de 2016. Magistrada Ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

[124] Corte Constitucional, sentencia C- 173 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

[125] Constitución Política de Colombia. Artículo 29.

[126] Corte Constitucional, sentencias T - 008 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T- 267 de 2013 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[127] Al respecto se puede recordar por ejemplo el caso paradigmático estudiado en la Sentencia T-058 de 2006

[128] Corte Constitucional, sentencia T- 267 de 2013 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio)

[129] Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), reiterada en sentencias como la T-555 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-1100 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-781 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), entre otras.

[130] Corte Constitucional, sentencia SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Pinilla Pinilla), citando la sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

[131] Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

[132] Corte Constitucional, sentencia T-781 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en la sentencia SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Pinilla Pinilla).

[133] “Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)”.

[134] “Cfr. sentencia T-329 de 1996. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en

absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

[135] “Corte Constitucional, sentencia T-576 de 1993 (MP Jorge Arango Mejía)”.

[136] “Ver por ejemplo la sentencia T-442 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell)”.

[137] Corte Constitucional, sentencia T-538 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

[138] Algunas decisiones en que la Corte Constitucional ha considerado que se configura un defecto fáctico son: T-996 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-778 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-996 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-171 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-908 y T-808 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1065 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-162 de 2007 (MP Jaime Araújo Rentería), T-458 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-1082 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-417 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-808 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-653 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Elías Pinilla Pinilla), T-350 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa; SV Mauricio González Cuervo), SU-424 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-261 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa), SU-950 de 2014 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), SU-240 de 2015 (MP Martha Victoria SÁCHICA Méndez), SU-406 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-090 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), entre muchas otras.

[139] T-902 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

[140] “Un caso en el que esta Corporación consideró que existió vía de hecho por defecto fáctico, por haberse omitido la valoración de algunas pruebas, lo constituye la sentencia T-039 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre este mismo tópico, la sentencia T-902 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, igualmente es ilustrativa.” Otros casos en los que la Corte Constitucional ha fallado por encontrarse un defecto fáctico por omitir la valoración de alguna prueba son: T-458 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-747 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-078 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-360

de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez; SV Mauricio González Cuervo), T-628 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-1100 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-803 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Pinilla Pinilla), T-261 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa), T-734 de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos), T-241 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

[141] “Ibídem”.

[142] “Al respecto, puede consultarse la sentencia T-235 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra”.

[143] Corte Constitucional, sentencia T-916 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), reiterada, entre otras, en la sentencia SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Pinilla Pinilla).

[144] Corte Constitucional, sentencias SU- 159 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

[145] Corte Constitucional, sentencias T-140 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-007 de 2014 (MP. Mauricio González Cuervo).

[146] T-389 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1267 de 2008 (MP. Mauricio González Cuervo), T- 386 de 2010 (Nilson Pinilla Pinilla).

[147] T- 327 de 2011 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T- 591 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-213 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[149] T- 1306 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

[150] T- 892 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

[151] T- 531 de 2010 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T- 950 de 2010 (Nilson Pinilla Pinilla) y T- 327 de 2001 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[152] T- 264 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva, T- 950 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T- 158 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T- 363 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas

Silva).

[153] T-264 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva)., T- 550 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

[154] T- 1306 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

[155] T- 1306 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

[156] T- 926 de 2014 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[157] Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Actualización 2017.

[158] Acuerdo 58 de 1999, Artículo 8 FUNCIONES. Corresponde al Presidente: 1. Orientar y coordinar las relaciones con las demás ramas y órganos del poder público. 2. Convocar a las sesiones de las Salas que presida. 3. Presidir las sesiones de la Sala Plena, de la Sala de Gobierno y de la Sala de lo Contencioso Administrativo, cuando pertenezca a ésta. Señalar el orden en que deben considerarse los asuntos y dirigir los debates de acuerdo con el reglamento. 4. Tramitar y decidir los asuntos que sean de su competencia. 5. Velar porque los Consejeros, los Secretarios, y los demás empleados desempeñen cumplidamente sus funciones. 6. Verificar el reparto de los asuntos y el sorteo de conjueces.

[159] En efecto, al minuto 45:38 de la sesión de Sala Plena del 6 de Marzo de 2013 se verifica al respecto cuando el Presidente expresa que “tenemos tres nombres uno con 20 votos, dos con 17. La propuesta del Doctor Alvarado para que me pongan cuidado, no me vayan a interpretar mal es del siguiente tenor: tenemos esos 3 nombres que nos pongamos de pie luego nos sentamos y lo ponemos por escrito, si nos fracasa entonces intentamos la que la que (sic) propuso la Doctora Susana es para no perder esa...” Cfr. CD Folio 289, Cuaderno 1 en 2.

[160] Este fue el sentido de las intervenciones que en la sesión del 6 de marzo de 2013 realizaron los consejeros William Zambrano Cetina, Gustavo Gómez Aranguren, Stella Conto Díaz del Castillo, Danilo Rojas Betancourth y Martha Teresa Briceño Valencia. Cfr. CD Folio 289, Cuaderno 1 en 2, minuto 46:57.

[161] C-054 de 2016.

[162] Sentencia C-054 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[163] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[164] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[165] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[166] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[167] Ms.Ps. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

[168] Sección Segunda del Consejo de Estado, Sentencia No. CE-SUJ2-15001-33-33-010-2013-00134-01 del 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[169] Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, auto del 1 de febrero de 2017, Radicación No. 11001-03-26-000-2016-00100-00(57420), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[170] Sesión Sala Plena del Consejo de Estado del 6 de marzo de 2013, Acta No. 7.

[171] Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, Artículo 6º. “Votaciones. La votación para elegir funcionarios y empleados y para escoger candidatos a ternas o para integrar éstas será secreta. Para las demás decisiones, serán públicas y nominales, a petición de cualquiera de los asistentes”.

[172] Reglamento de la Corte Constitucional. Artículo 35. “Votaciones. Las votaciones serán ordinarias, nominales y secretas. Las votaciones ordinarias se efectúan con cualquier manifestación externa inequívoca que indique asentimiento o negación por parte de los Magistrados, a la proposición interrogativa presentada por el Presidente. Esta indicará en cada caso la forma de dicha manifestación. En las votaciones nominales el secretario llamará a lista y cada Magistrado, al ser nombrado, expresará su voto diciendo únicamente sí o no, según sea su voluntad. El resultado se publicará en el acta. Estas votaciones sólo se llevarán a cabo cuando lo solicite algún Magistrado. Las votaciones secretas se harán mediante papeleta. Tendrán lugar únicamente en caso de elecciones. Abierta la votación de

cualquier clase, le está prohibido a los Magistrados abandonar el salón de sesiones, salvo autorización de la Sala. Solamente podrán depositar su voto los Magistrados que estén presentes al momento de realizarse dicho acto”. (Negrilla fuera del texto original).

[173] Artículo 94. Para toda elección en propiedad o en interinidad de funcionarios o empleados de la Corporación cuya designación corresponda a la Sala Plena, o para cualquier otra decisión relacionada con el manejo de personal que deba adoptarse en esta instancia, se tendrán en cuenta las reglas establecidas en los siguientes artículos.

[174] Artículo 96. Votación. La votación estará sujeta a las siguientes reglas: 1. La elección se efectuará mediante votación secreta. 2. Para una elección se requiere el voto favorable de la mayoría de los magistrados. 3. Antes de abrir la votación, el Presidente propondrá que se delibere sobre los candidatos y, concluida la deliberación, designará dos Magistrados escrutadores. 4. Cada voto sólo contendrá el nombre del candidato que el elector escoja. Toda adición se tendrá por no escrita. 5. El voto es obligatorio pero podrá votarse en blanco. El voto en blanco no se agregará a ningún candidato. Parágrafo. Cuando ninguno de los candidatos obtenga la mayoría requerida, la votación se repetirá, con los mismos candidatos, u otros nuevos que se propongan, hasta cuando alguno de los candidatos alcance la mayoría.

[175] Sobre este asunto, la sentencia C-1017 de 2012[175], que analizó la constitucionalidad de la norma orgánica que incorporó al Reglamento del Congreso las excepciones a la votación nominal y pública, expuso la siguiente tipología de la funciones electorales del Congreso, destacándose en qué eventos resultaba necesaria aplicar la excepción de la votación secreta:

“El ejercicio de la función electoral por parte del Congreso de la República, no es igual en todos los casos, ni siempre responde a los mismos objetivos constitucionales. Así, se encuentran tres modalidades de elección a cargo de las cámaras: en primer lugar, la dirigida a integrar otros órganos del Estado, a partir de ternas presentadas a su consideración por otros poderes públicos (v.gr. Defensor del Pueblo, Contralor General, etc.). En esta modalidad no cabe duda que la consagración del voto secreto garantiza plenamente la preservación de la independencia y de la libertad del elector, sin coacciones externas que nublen su juicio. En segundo término, esta la modalidad en la que el Congreso

participa directamente en la conformación del poder político, a través de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos. En este evento, la opción del voto secreto pierde su razón de ser, ya que la finalidad de protección del elector frente a la injerencia de otros poderes públicos o privados no se vislumbra como necesaria. Son las mismas colectividades quienes directamente deben postular a sus candidatos, postulación que por su propia naturaleza es pública. En esta modalidad se prioriza entonces la disciplina del voto como expresión del régimen de bancadas, con el fin de evitar el transfuguismo de los miembros de una colectividad que ha tomado partido con la presentación pública de un candidato y que, por ese mismo hecho, ha fijado con anterioridad el sentido de su votación. Como ejemplos de esta modalidad, se encuentra la elección de los integrantes de cada una de las comisiones constitucionales permanentes del Congreso y de los miembros del Consejo Nacional Electoral. En tercer lugar, existe la modalidad de postulación de candidatos por los congresistas, pero sin que se encuentre sometida al régimen de bancadas, pues incluso permite la eventual disputa entre los miembros de un mismo partido o movimiento político, por lo que se parte de la base de un ejercicio de nominación individual y no necesariamente colectiva (v.gr. elección de las mesas directivas o del secretario general de cada cámara). En esta modalidad, más allá de los intereses colectivos de una organización política, se preserva el criterio individual del congresista en lo referente a la idoneidad y experticia de la persona que es postulada para ejercer un cargo que se somete a un proceso de elección, por lo que adquiere relevancia el voto secreto.” (Negrillas no originales).

[176] “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”.

[177] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 21 de junio de 2018. Rad. 00289-01.

[178] La imparcialidad objetiva hace referencia a la garantía de que el juez del asunto no haya tenido contacto con el tema a decidir y, por ende, se acerque al asunto sin prevenciones de ánimo, “de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto” (Sentencia T-1034 de 2006)

[179] Se destaca que la Corte Constitucional reconoció la ocurrencia de un defecto orgánico en un caso en el que este no fue invocado ni en el proceso contencioso administrativo ni en la acción de tutela, debido a que en el juicio se encontraban en juego recursos públicos. En esa ocasión, decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso de forma que la entidad pública pudiera contar, “con el medio procesal más adecuado y eficaz para la defensa y la protección de sus intereses”.

[180] El deber de control de legalidad está establecido en el artículo 132 del Código General del Proceso en los siguientes términos: “Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.”

[181] Sentencia C-594 de 2014.

[182] Sentencia C-537 de 2016